

Revista

ISSN 0076-8855

do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região

Edição Especial



Reforma Trabalhista



**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
3ª REGIÃO**

CONSELHO EDITORIAL

JÚLIO BERNARDO DO CARMO - Desembargador Presidente do TRT/MG

LUIZ RONAN NEVES KOURY - Desembargador 2º Vice-Presidente, Ouvidor e
Diretor da Escola Judicial do TRT/MG

MARIA RAQUEL FERRAZ ZAGARI VALENTIM - Juíza Coordenadora
Acadêmica da Escola Judicial do TRT/MG

DENISE ALVES HORTA - Desembargadora Coordenadora da Revista do
TRT/MG

RICARDO MARCELO SILVA - Juiz Coordenador da Revista do TRT/MG

MARCEL LOPES MACHADO - Juiz Coordenador da Revista do TRT/MG

LUIZ EVARISTO OSÓRIO BARBOSA - Juiz Coordenador da Revista do TRT/MG

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA - Ministro do TST

MAURICIO GODINHO DELGADO - Ministro do TST

AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR - Desembargador do TRT/MS

ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ - Desembargador do TRT/RS

BIANCA BASTOS - Desembargadora do TRT/SP

CÁSSIO COLOMBO FILHO - Desembargador do TRT/PR

LEANDRO KREBS GONÇALVES - Juiz Titular do TRT/RS

MÁRCIO TÚLIO VIANA - Desembargador aposentado do TRT/MG

SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA - Desembargador do TRT/MG

TAISA MARIA MACENA DE LIMA - Desembargadora do TRT/MG

ANTÔNIO GOMES DE VASCONCELOS - Juiz Titular do TRT/MG

MARTHA HALFELD FURTADO DE MENDONÇA SCHMIDT - Juíza Titular do
TRT/MG

ANA CLÁUDIA NASCIMENTO GOMES - Procuradora do MPT em Minas Gerais

ELAINE NORONHA NASSIF - Procuradora do MPT em Minas Gerais

HELDER SANTOS AMORIM - Procurador do MPT em Minas Gerais

LUTIANA NACUR LORENTZ - Procuradora do MPT em Minas Gerais

ADRIÁN GOLDIN - Professor Plenário na Universidad San Andrés - Argentina

ANTONIO PEDRO BAYLOS GRAU - Catedrático de Derecho del Trabajo en
la Universidad de Castilla La Mancha - Espanha

GIANCARLO PERONE - Professor Ordinário de Diritto Del Lavoro Nellla
Universita di Roma Tor Vergata - Itália

MARIE-FRANCE MIALON - Professora da Universidade Paris II - Panthéon -
Assas - França



PODER JUDICIÁRIO JUSTIÇA DO TRABALHO

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO 3ª REGIÃO

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA
3ª REGIÃO**

Os acórdãos, sentenças e
artigos doutrinários selecionados para esta
Revista correspondem, na íntegra,
às cópias dos originais.

BELO HORIZONTE

SEMESTRAL

ISSN 0076-8855

ESCOLA JUDICIAL

Editora-Chefe

Denise Alves Horta

Secretária

Rejane de Paula Dias

SEÇÃO DA REVISTA

Bacharel

Isabela Márcia de Alcântara Fabiano

Editoração de texto, Normalização e Diagramação

Patrícia Côrtes Araújo

REDAÇÃO: Av. do Contorno, 4.631 - 10º andar
Bairro Funcionários
CEP 30110-027 - Belo Horizonte - MG - Brasil
Telefone: (31) 3228-7169
e-mail: revista@trt3.jus.br
escola@trt3.jus.br

CAPA: Evaristo Moura - Secom TRT-3ªR./Seção de Publicidade e Comunicação Interna

IMPRESSÃO: Globalprint Editora Gráfica
globalprinteditora@yahoo.com.br
Telefone: (31) 3198-1100

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região / Tribunal Regional do Trabalho
3ª Região; n. 1, (1965 -). Belo Horizonte, 1965.

Semestral.

Periodicidade irregular até 1998, a partir do volume 59 de 1999 passa a ser
semestral. Disponível também na *internet* (<http://www.trt3.jus.br/escola/institucional/revista/estante.htm>) a partir do volume 64 de 2004

ISSN 0076-8855

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

CDU: 347.998:331(81)(05)
34:331(81)(094.9)(05)

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista, as afirmações
e os conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus
autores.

Nenhuma parte desta obra poderá ser reproduzida, sejam quais forem os
meios empregados, sem a permissão, por escrito, do Tribunal.

É permitida a citação total ou parcial da matéria nela constante, desde que
mencionada a fonte.

Impresso no Brasil

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA TERCEIRA REGIÃO
BIÊNIO: 2016/2017

Desembargador **JÚLIO BERNARDO DO CARMO** - Presidente

Desembargador **RICARDO ANTÔNIO MOHALLEM** - 1º Vice-Presidente

Desembargador **LUIZ RONAN NEVES KOURY** - 2º Vice-Presidente

Desembargador **FERNANDO ANTÔNIO VIÉGAS PEIXOTO** - Corregedor

Desembargador **CÉSAR PEREIRA DA SILVA MACHADO JÚNIOR** - Vice-Corregedor

PRIMEIRA TURMA

Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior - Presidente da Turma

Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault

Desembargador Emerson José Alves Lage

Desembargadora Maria Cecília Alves Pinto

SEGUNDA TURMA

Desembargador Jales Valadão Cardoso - Presidente da Turma

Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira

Desembargadora Maristela Íris da Silva Malheiros

Desembargador Lucas Vanucci Lins

TERCEIRA TURMA

Desembargador Luís Felipe Lopes Boson - Presidente da Turma

Desembargadora Emília Facchini

Desembargadora Camilla Guimarães Pereira Zeidler

Desembargador Milton Vasques Thibau de Almeida

QUARTA TURMA

Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho - Presidente da Turma

Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães

Desembargadora Denise Alves Horta

Desembargadora Paula Oliveira Cantelli

QUINTA TURMA

Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal - Presidente da Turma

Desembargador Marcus Moura Ferreira

Desembargador Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes

Desembargador Manoel Barbosa da Silva

SEXTA TURMA

Desembargador Rogério Valle Ferreira - Presidente da Turma
Desembargador José Murilo de Moraes
Desembargador Anemar Pereira Amaral
Desembargador Jorge Berg de Mendonça

SÉTIMA TURMA

Desembargador Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto - Presidente da Turma
Desembargador Paulo Roberto de Castro
Desembargador Marcelo Lamego Pertence
Desembargadora Cristiana Maria Valadares Fenelon

OITAVA TURMA

Desembargador Márcio Ribeiro do Valle - Presidente da Turma
Desembargador Sércio da Silva Peçanha
Desembargadora Ana Maria Amorim Rebouças
Desembargador José Marlon de Freitas

NONA TURMA

Desembargadora Mônica Sette Lopes - Presidente da Turma
Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador João Bosco Pinto Lara
Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos

DÉCIMA TURMA

Desembargadora Taisa Maria Macena de Lima - Presidente da Turma
Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida
Desembargadora Rosemary de Oliveira Pires
Desembargador Paulo Maurício Ribeiro Pires

DÉCIMA PRIMEIRA TURMA

Desembargador Luiz Antônio de Paula Iennaco - Presidente da Turma
Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini
Desembargadora Juliana Vignoli Cordeiro
Desembargador Marco Antônio Paulinelli de Carvalho

ÓRGÃO ESPECIAL

Desembargador Júlio Bernardo do Carmo (Presidente)
Desembargador Ricardo Antônio Mohallem (1º Vice-Presidente)
Desembargador Luiz Ronan Neves Koury (2º Vice-Presidente)
Desembargador Fernando Antônio Viégas Peixoto (Corregedor)
Desembargador César Pereira da Silva Machado Júnior (Vice-Corregedor)
Desembargador Márcio Ribeiro do Valle

Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault
Desembargadora Emília Facchini
Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Desembargador Marcus Moura Ferreira
Desembargador José Murilo de Moraes
Desembargadora Denise Alves Horta
Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira
Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal
Desembargador Emerson José Alves Lage
Desembargador João Bosco Pinto Lara
Desembargador Sércio da Silva Peçanha

SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS COLETIVOS (SDC)

Desembargador Júlio Bernardo do Carmo - Presidente
Desembargador Márcio Ribeiro do Valle
Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault
Desembargadora Emília Facchini
Desembargador Marcus Moura Ferreira
Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira
Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida
Desembargador Anemar Pereira Amaral
Desembargador Jorge Berg de Mendonça
Desembargador João Bosco Pinto Lara
Desembargadora Cristiana Maria Valadares Fenelon

1ª SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (1ª SDI)

Desembargador Jales Valadão Cardoso - Presidente
Desembargador Paulo Roberto de Castro
Desembargador Marcelo Lamego Pertence
Desembargador Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto
Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior
Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos
Desembargador Sércio da Silva Peçanha
Desembargadora Ana Maria Amorim Rebouças
Desembargador José Marlon de Freitas
Desembargadora Maria Cecília Alves Pinto
Desembargador Paulo Maurício Ribeiro Pires
Desembargador Manoel Barbosa da Silva
Desembargadora Maristela Íris da Silva Malheiros
Desembargador Lucas Vanucci Lins
Desembargadora Paula Oliveira Cantelli

Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini
Desembargadora Juliana Vignoli Cordeiro
Desembargador Marco Antônio Paulinelli de Carvalho

2ª SEÇÃO ESPECIALIZADA DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (2ª SDI)

Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal - Presidente
Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Desembargador José Murilo de Moraes
Desembargadora Denise Alves Horta
Desembargador Emerson José Alves Lage
Desembargador Rogério Valle Ferreira
Desembargadora Mônica Sette Lopes
Desembargadora Camilla Guimarães Pereira Zeidler
Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho
Desembargador Luiz Antônio de Paula Iennaco
Desembargadora Taisa Maria Macena de Lima
Desembargador Luís Felipe Lopes Boson
Desembargador Milton Vasques Thibau de Almeida
Desembargador Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes
Desembargadora Rosemary de Oliveira Pires

Diretor-Geral: Ricardo Oliveira Marques

Diretora Judiciária: Telma Lúcia Bretz Pereira

Secretário-Geral da Presidência: Douglas Eros Pereira Rangel

VARAS DO TRABALHO
TRT/ 3ª REGIÃO
MINAS GERAIS

1ª Vara de Alfenas	Frederico Leopoldo Pereira
2ª Vara de Alfenas	Antônio Neves de Freitas
Vara de Almenara	José Barbosa Neto Fonseca Suett
Vara de Araçuaí	Júnia Márcia Marra Turra
1ª Vara de Araguari	Christianne de Oliveira Lansky
2ª Vara de Araguari	Zaida José dos Santos
Vara de Araxá	Fabiana Alves Marra
1ª Vara de Barbacena	Anselmo José Alves
2ª Vara de Barbacena	Vânia Maria Arruda
1ª Vara de Belo Horizonte	Paula Borlido Haddad
2ª Vara de Belo Horizonte	
3ª Vara de Belo Horizonte	Erdman Ferreira da Cunha
4ª Vara de Belo Horizonte	Paulo Emilio Vilhena da Silva
5ª Vara de Belo Horizonte	Célia das Graças Campos
6ª Vara de Belo Horizonte	Alexandre Wagner de Moraes Albuquerque
7ª Vara de Belo Horizonte	Luciana Nascimento dos Santos
8ª Vara de Belo Horizonte	Cristina Adelaide Custódio
9ª Vara de Belo Horizonte	Érica Aparecida Pires Bessa
10ª Vara de Belo Horizonte	Marcelo Furtado Vidal
11ª Vara de Belo Horizonte	Érica Martins Júdice
12ª Vara de Belo Horizonte	Vitor Salino de Moura Eça
13ª Vara de Belo Horizonte	Olívia Figueiredo Pinto Coelho
14ª Vara de Belo Horizonte	Ângela Castilho Rogêdo Ribeiro
15ª Vara de Belo Horizonte	Gastão Fabiano Piazza Júnior
16ª Vara de Belo Horizonte	Flávia Cristina Rossi Dutra
17ª Vara de Belo Horizonte	Helder Vasconcelos Guimarães
18ª Vara de Belo Horizonte	Vanda de Fátima Quintão Jacob
19ª Vara de Belo Horizonte	Leonardo Passos Ferreira
20ª Vara de Belo Horizonte	Cláudio Roberto Carneiro de Castro
21ª Vara de Belo Horizonte	Cleber Lúcio de Almeida
22ª Vara de Belo Horizonte	Jessé Cláudio Franco de Alencar
23ª Vara de Belo Horizonte	Márcio José Zebende
24ª Vara de Belo Horizonte	Charles Etienne Cury
25ª Vara de Belo Horizonte	Maria Tereza da Costa Machado Leão
26ª Vara de Belo Horizonte	Laudenicy Moreira de Abreu
27ª Vara de Belo Horizonte	Carlos Roberto Barbosa
28ª Vara de Belo Horizonte	Marco Antônio Ribeiro Muniz Rodrigues
29ª Vara de Belo Horizonte	André Figueiredo Dutra
30ª Vara de Belo Horizonte	Clarice dos Santos Castro

31ª Vara de Belo Horizonte	Marcos César Leão
32ª Vara de Belo Horizonte	Sabrina de Faria Fróes Leão
33ª Vara de Belo Horizonte	Márcio Toledo Gonçalves
34ª Vara de Belo Horizonte	Adriana Campos de Souza Freire Pimenta
35ª Vara de Belo Horizonte	Marco Túlio Machado Santos
36ª Vara de Belo Horizonte	Flânio Antônio Campos Vieira
37ª Vara de Belo Horizonte	Ana Maria Espi Cavalcanti
38ª Vara de Belo Horizonte	Eduardo Aurélio Pereira Ferri
39ª Vara de Belo Horizonte	Luciana Alves Viotti
40ª Vara de Belo Horizonte	Maria Cristina Diniz Caixeta
41ª Vara de Belo Horizonte	Ricardo Marcelo Silva
42ª Vara de Belo Horizonte	Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo
43ª Vara de Belo Horizonte	Jaqueline Monteiro de Lima
44ª Vara de Belo Horizonte	Marcos Penido de Oliveira
45ª Vara de Belo Horizonte	Antônio Gomes de Vasconcelos
46ª Vara de Belo Horizonte	Rodrigo Ribeiro Bueno
47ª Vara de Belo Horizonte	Wilméia da Costa Benevides
48ª Vara de Belo Horizonte	Danilo Siqueira de Castro Faria
1ª Vara de Betim	June Bayão Gomes Guerra
2ª Vara de Betim	Renata Lopes Vale
3ª Vara de Betim	Daniel Gomide Souza
4ª Vara de Betim	Marcelo Ribeiro
5ª Vara de Betim	Silene Cunha de Oliveira
6ª Vara de Betim	Sandra Maria Generoso Thomaz Leidecker
Vara de Bom Despacho	Ângela Cristina de Ávila Aguiar Amaral
Vara de Caratinga	Jônatas Rodrigues de Freitas
Vara de Cataguases	Tarcísio Corrêa de Brito
Vara de Caxambu	Agnaldo Amado Filho
Vara de Congonhas	Felipe Clímaco Heineck
Vara de Conselheiro Lafaiete	
1ª Vara de Contagem	Fabiano de Abreu Pfeilsticker
2ª Vara de Contagem	Marcelo Oliveira da Silva
3ª Vara de Contagem	Jésser Gonçalves Pacheco
4ª Vara de Contagem	Walder de Brito Barbosa
5ª Vara de Contagem	Cristiana Soares Campos
6ª Vara de Contagem	João Bosco de Barcelos Coura
1ª Vara de Coronel Fabriciano	Daniel Cordeiro Gazola
2ª Vara de Coronel Fabriciano	Flávia Cristina Souza dos Santos Pedrosa
3ª Vara de Coronel Fabriciano	Vivianne Célia Ferreira Ramos Corrêa
4ª Vara de Coronel Fabriciano	Cláudio Antônio Freitas Delli Zotti
Vara de Curvelo	Vanda Lúcia Horta Moreira
Vara de Diamantina	Edson Ferreira de Souza Júnior
1ª Vara de Divinópolis	Marina Caixeta Braga

2ª Vara de Divinópolis	Bruno Alves Rodrigues
1ª Vara de Formiga	
2ª Vara de Formiga	Marco Antônio Silveira
Vara de Frutal	Raíssa Rodrigues Gomide
1ª Vara de Governador Valadares	Fernando Rotondo Rocha
2ª Vara de Governador Valadares	Renata Batista Pinto Coelho Fróes de Aguiar
3ª Vara de Governador Valadares	Geraldo Hélio Leal
Vara de Guanhães	Ana Carolina Simões Silveira
Vara de Guaxupé	Anselmo Bosco dos Santos
1ª Vara de Itabira	Cristiano Daniel Muzzi
2ª Vara de Itabira	Adriano Antônio Borges
Vara de Itajubá	Cláudia Rocha Welterlin
Vara de Itaúna	Valmir Inácio Vieira
1ª Vara de Ituiutaba	Marcel Lopes Machado
2ª Vara de Ituiutaba	Sheila Marfa Valério
Vara de Iturama	Andréa Rodrigues de Moraes
Vara de Januária	Neurisvan Alves Lacerda
1ª Vara de João Monlevade	Gilmara Delourdes Peixoto de Melo
2ª Vara de João Monlevade	Ronaldo Antônio Messeder Filho
1ª Vara de Juiz de Fora	José Nilton Ferreira Pandelot
2ª Vara de Juiz de Fora	Fernando César da Fonseca
3ª Vara de Juiz de Fora	Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt
4ª Vara de Juiz de Fora	Léverson Bastos Dutra
5ª Vara de Juiz de Fora	Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim
Vara de Lavras	Raquel Fernandes Lage
Vara de Manhuaçu	Hitler Eustásio Machado Oliveira
Vara de Monte Azul	Carlos Adriano Dani Lebourg
1ª Vara de Montes Claros	Rosa Dias Godrim
2ª Vara de Montes Claros	Júlio César Cangussu Souto
3ª Vara de Montes Claros	Daniela Torres Conceição
Vara de Muriaé	Marcelo Paes Menezes
Vara de Nanuque	José Ricardo Dily
1ª Vara de Nova Lima	Mauro César Silva
2ª Vara de Nova Lima	Vicente de Paula Maciel Júnior
Vara de Ouro Preto	Graça Maria Borges de Freitas
Vara de Pará de Minas	Weber Leite de Magalhães Pinto Filho
Vara de Paracatu	Ézio Martins Cabral Júnior
1ª Vara de Passos	Sílvia Maria Mata Machado Baccarini
2ª Vara de Passos	Maria Raimunda Moraes
Vara de Patos de Minas	
Vara de Patrocínio	Sérgio Alexandre Resende Nunes
1ª Vara de Pedro Leopoldo	Maria Irene Silva de Castro Coelho
2ª Vara de Pedro Leopoldo	Solange Barbosa de Castro Coura

Vara de Pirapora	Júlio Corrêa de Melo Neto
1ª Vara de Poços de Caldas	Delane Marcolino Ferreira
2ª Vara de Poços de Caldas	Renato de Sousa Resende
Vara de Ponte Nova	Márcio Roberto Tostes Franco
1ª Vara de Pouso Alegre	Ana Paula Costa Guerzoni
2ª Vara de Pouso Alegre	Eliane Magalhães de Oliveira
3ª Vara de Pouso Alegre	Andréa Marinho Moreira Teixeira
Vara de Ribeirão das Neves	Maritza Eliane Isidoro
Vara de Sabará	Marcelo Moura Ferreira
Vara de Santa Luzia	Antônio Carlos Rodrigues Filho
Vara de Santa Rita do Sapucaí	Edmar Souza Salgado
Vara de São João Del Rei	Betzaida da Matta Machado Bersan
Vara de São Sebastião do Paraíso	Adriana Farnesi e Silva
1ª Vara de Sete Lagoas	Paulo Eduardo Queiroz Gonçalves
2ª Vara de Sete Lagoas	Rosângela Alves da Silva Paiva
3ª Vara de Sete Lagoas	Cleber José de Freitas
Vara de Teófilo Otoni	Juliana Campos Ferro Lage
Vara de Três Corações	Luiz Olympio Brandão Vidal
Vara de Ubá	David Rocha Koch Torres
1ª Vara de Uberaba	Cleyonara Campos Vieira Vilela
2ª Vara de Uberaba	Henrique Alves Vilela
3ª Vara de Uberaba	Karla Santuchi
4ª Vara de Uberaba	Flávio Vilson da Silva Barbosa
1ª Vara de Uberlândia	Marco Aurélio Marsiglia Treviso
2ª Vara de Uberlândia	Tânia Mara Guimarães Pena
3ª Vara de Uberlândia	João Rodrigues Filho
4ª Vara de Uberlândia	Marcelo Segato Moraes
5ª Vara de Uberlândia	Alexandre Chibante Martins
6ª Vara de Uberlândia	Fernando Sollero Caiaffa
Vara de Unaí	Simey Rodrigues
1ª Vara de Varginha	Henoc Piva
2ª Vara de Varginha	Leonardo Toledo de Resende
Viçosa	Luiz Cláudio dos Santos Viana

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Adriano Marcos Soriano Lopes
Alessandra Duarte Antunes dos Santos Freitas
Alessandra Junqueira Franco
Alexandre Gonçalves de Toledo
Alexandre Pimenta Batista Pereira
Alexandre Reis Pereira de Barros
Alfredo Massi
Aline Paula Bonna
Aline Queiroga Fortes Ribeiro
Ana Luiza Fischer Teixeira de Souza Mendonça
Anaximandra Kátia Abreu Oliveira
André Barbieri Aidar
André Luiz Maia Secco
André Vitor Araújo Chaves
Andréa Buttler
Andressa Batista de Oliveira
Anielly Varnier Comério Menezes Silva
Anna Elisa Ferreira de Resende
Arlindo Cavalaro Neto
Augusto Pessoa de Mendonça e Alvarenga
Camila César Corrêa
Camilo de Lelis Silva
Carla Cristina de Paula Gomes
Carolina Lobato Goes de Araújo Barroso
Celso Alves Magalhães
Cláudia Eunice Rodrigues
Daniel Chein Guimarães
Daniel Ferreira Brito
Daniele Cristine Morello Brendolan Maia
Danusa Almeida dos Santos Silva
Diego Alírio Oliveira Sabino
Ednaldo da Silva Lima
Élen Cristina Barbosa Senem
Fabiana Maria Soares
Fábio Gonzaga de Carvalho
Fabrício Lima Silva
Fernanda Cristine Nunes Teixeira
Fernanda Garcia Bulhões Araújo
Fernando Saraiva Rocha
Filipe de Souza Sickert
Flávia Fonseca Parreira Storti

Francisco José dos Santos Júnior
Frederico Alves Bizzotto da Silveira
Geraldo Magela Melo
Glaucio Rodrigues Becho
Hadma Christina Murta Campos
Haydee Priscila Pinto Coelho de Sant'ana
Helena Honda Rocha
Henrique de Souza Mota
Henrique Macedo de Oliveira
Isabella Silveira Bartoschik
Iuri Pereira Pinheiro
Jane Dias do Amaral
Jéssica Grazielle Andrade Martins
Josias Alves da Silveira Filho
Keyla de Oliveira Toledo e Veiga
Lenício Lemos Pimentel
Leonardo Tibo Barbosa Lima
Lilian Piovesan Ponssoni
Liza Maria Cordeiro
Luciana de Carvalho Rodrigues
Luciana Jacob Monteiro de Castro
Luciano José de Oliveira
Luís Henrique Santiago Santos Rangel
Luiz Evaristo Osório Barbosa
Luiz Fernando Gonçalves
Maila Vanessa de Oliveira Costa
Manuela Duarte Boson Santos
Marcelo Alves Marcondes Pedrosa
Marcelo Marques
Marcelo Palma de Brito
Marco Aurélio Ferreira Clímaco dos Santos
Marcos Vinícius Barroso
Maria José Rigotti Borges
Marisa Felisberto Pereira
Matheus Martins de Mattos
Melania Medeiros dos Santos Vieira
Murillo Franco Camargo
Nara Duarte Barroso Chaves
Natália Azevedo Sena
Nelsilene Leão de Carvalho Dupin
Nelson Henrique Rezende Pereira
Ordenísio César dos Santos
Osmar Rodrigues Brandão

Patrícia Vieira Nunes de Carvalho
Pedro Mallet Kneipp
Pedro Paulo Ferreira
Priscila Rajão Cota Pacheco
Rafaela Campos Alves
Reinaldo de Souza Pinto
Renato de Paula Amado
Ricardo Gurgel Noronha
Ricardo Luís Oliveira Tupy
Rodrigo Cândido Rodrigues
Rosério Firmo
Samantha da Silva Hassem Borges
Sandra Carla Simamoto da Cunha
Sérgio Silveira Mourão
Simone Soares Bernardes
Sofia Fontes Regueira
Solainy Beltrão dos Santos
Stella Fiúza Cançado
Tatiana Carolina de Araújo
Thaís Santana Souza Schneider
Thiago Saço Ferreira
Uilliam Frederic D'Lopes Carvalho
Ulysses de Abreu César
Vanderson Pereira de Oliveira
Vaneli Cristine Silva de Mattos
Verena Sapucaia da Silveira Gonzalez
Victor Luiz Berto Salomé Dutra da Silva
Vinícius Mendes Campos de Carvalho
Vitor Martins Pombo
Wanessa Mendes de Araújo
Washington Timóteo Teixeira Neto
William Martins

SUMÁRIO
(títulos em ordem alfabética)

DOCTRINA

AGRATUIDADE DA JUSTIÇA NO PROCESSO DO TRABALHO: REFLEXÕES À LUZ DO CPC E DA LEI N. 13.467/17= <i>THE FREE LEGAL SERVICE IN THE LABOUR PROCESS: REFLECTIONS IN THE LIGHT OF THE CPC AND LAW N. 13.467/17</i> Luiz Ronan Neves Koury, Carolina Silva Silvino Assunção	29
A JORNADA DE TRABALHO E A LEI N. 13.467/2017: O ESVAZIAR DA AMPULHETA NA NOVA LÓGICA DA CONTAGEM DO TEMPO DO TRABALHO= <i>THE WORK JOURNEY AND LAW N. 13.467/2017: EMPTYING OF THE HOURGLASS IN THE NEW LOGIC OF JOB TIME COUNT</i> Carolina Tupinambá	49
A REFORMA TRABALHISTA E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA= <i>THE LABOR REFORM AND THE DISREGARD OF LEGAL PERSONALITY</i> Adriana Campos de Souza Freire Pimenta, Leonardo Evangelista de Souza Zambonini	67
A REFORMA TRABALHISTA E A SEGURANÇA JURÍDICA: ANÁLISE CRÍTICA= <i>LABOR REFORM AND LEGAL SAFETY: A CRITICAL ANALYSIS</i> João Bosco Pinto Lara	97
A REFORMA TRABALHISTA E O FIM DA EXECUÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ COMO REGRA GERAL - EFEITOS= <i>LABOR REFORM AND THE END OF THE ENFORCEMENT PROCEEDINGS BY THE JUDGE ON HIS OWN AS A GENERAL PROCEDURE - EFFECTS</i> Anna Carolina Marques Gontijo	143
A REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES NA EMPRESA E SUAS IMBRICAÇÕES NO ÂMBITO DA LUTA COLETIVA=	

<i>THE REPRESENTATION OF THE WORKERS IN THE COMPANY AND ITS IMBRICATIONS ON THE COLLECTIVE STRUGGLE</i>	
Wanessa Mendes de Araújo	153
A VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS COLETIVAS - MUDANÇA DE PARADIGMA INTERPRETATIVO - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E LEI 13.467/2017 (REFORMA TRABALHISTA)= <i>THE VALIDITY AND EFFECTIVENESS OF COLLECTIVE NORMS - INTERPRETIVE PARADIGM SHIFT - FEDERAL SUPREME COURT AND LAW 13.467/2017 (LABOR REFORM)</i>	
Marcel Lopes Machado	169
CONEXÃO TELEMÁTICA E DESCONEXÃO VALORATIVA NO TRABALHO - UMA CRÍTICA À REIFICAÇÃO DO TELETRABALHO OPERADA PELO LEI N. 13.467/2017, NA PERSPECTIVA DA DIALÉTICA MATERIALISTA DE KARL MARX= <i>TELEMATIC CONNECTION AND VALUE-OFFICIAL AT WORK - A CRITIQUE OF THE REIFICATION OF TELEWORKING OPERATED BY THE LAW 13.467/2017, IN THE PERSPECTIVE OF THE MATERIALIST DIALECTIC OF KARL MARX</i>	
Bruno Alves Rodrigues	187
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TUTELA EMPREGATÍCIA DIANTE DA REFORMA TRABALHISTA - LEI 13.467/17= <i>CONSIDERATIONS REGARDING THE EMPLOYMENT GUARANTEE BEFORE THE LABOR REFORM - LAW 13.467/17</i>	
Andréa de Campos Vasconcellos	195
DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA INTERNACIONAL: CONTRIBUIÇÕES PARA UMA APLICAÇÃO (CRIATIVA) DA TEORIA DO CONTROLE JURISDISSIONAL DE CONVENCIONALIDADE E DE LEGALIDADE DAS LEIS TRABALHISTAS= <i>DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX DANS LA PERSPECTIVE INTERNATIONALE: CONTRIBUTIONS À L'APPLICATION (CRÉATIVE) DE LA THÉORIE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA CONVENTIONALITÉ ET DE LA LÉGALITÉ DES LOIS DU TRAVAIL</i>	
Tarcísio Corrêa de Brito	203

FIM DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA - CONSEQUÊNCIAS PARA AS ENTIDADES SINDICAIS E CATEGORIAS REPRESENTADAS= <i>THE END OF SYNDICATES OBLIGED CONTRIBUTION - CONSEQUENCES FOR TRADE UNIONS ENTITIES AND REPRESENTED CATEGORIES</i>	
Aldemiro Rezende Dantas Júnior	271
O ACESSO À JUSTIÇA SOB A MIRA DA REFORMA TRABALHISTA- OU COMO GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DA REFORMA TRABALHISTA= <i>ACCESS TO JUSTICE UNDER LABOR REFORM: OR HOW TO GUARANTEE ACCESS TO JUSTICE IN THE FACE OF LABOR REFORM</i>	
Jorge Luiz Souto Maior, Valdete Souto Severo	289
O DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA APÓS A LEI N. 13.467/2017, MODIFICADA PELA MP N. 808, DE 14 NOVEMBRO DE 2017= <i>EXTRAPATRIMONIAL LABOR DAMAGE AFTER LAW N. 13.467/2017, CHANGED BY MP N. 808, OF NOVEMBER 14, 2017</i>	
Sebastião Geraldo de Oliveira	333
O DIREITO INTERTEMPORAL E A REFORMA TRABALHISTA: QUESTÕES DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL A SEREM ENFRENTADAS COM O ADVENTO DA LEI N. 13.467/17= <i>INTERTEMPORAL LAW AND LABOR REFORM: QUESTIONS OF MATERIAL AND PROCEDURAL LAW TO BE FACED WITH THE ADVENT OF LAW N. 13.467/17</i>	
Rosemary de Oliveira Pires, Arnaldo Afonso Barbosa	369
PRESCRIÇÃO TRABALHISTA. O QUE MUDA COM AS NOVAS DISPOSIÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA= <i>LABOR PRESCRIPTION. WHAT CHANGES WITH THE NEW PROVISIONS OF THE LABOR REFORM</i>	
Mauro Schiavi	411
REFORMA TRABALHISTA E A POLÊMICA SOBRE A ULTRATIVIDADE DAS CONDIÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO= <i>LABOR REFORM ON THE OVER VALIDITY OF THE COLLECTIVE CONDITIONS OF LABOR</i>	
Cláudio Armando Couce de Menezes	423

REFORMA TRABALHISTA E JUSTIÇA DO TRABALHO: OLHOS VENDADOS E MÃOS ATADAS?= <i>LABOR REFORM AND JUSTICE OF WORK: EYES SHUTTED AND HANDS TIED?</i> Florença Dumont Oliveira	443
“REFORMA TRABALHISTA” E TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXÕES CRÍTICAS= <i>“LABOR REFORM” AND OUTSOURCING IN PUBLIC ADMINISTRATION: CRITICAL REFLECTIONS</i> Bárbara Natália Lages Lobo, Regiane Pereira da Silva	457
REFORMA TRABALHISTA: RISCOS E INSEGURANÇAS DE APLICAÇÃO= <i>LABOR REFORM: RISKS AND INSECURITIES OF APPLICATION</i> Rodrigo Trindade	471
UM CONVITE AO LITÍGIO RESPONSÁVEL: GRATUIDADE DE JUSTIÇA, HONORÁRIOS PERICIAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO PROCESSO DO TRABALHO, SEGUNDO A LEI N. 13.467/2017= <i>AN INVITATION TO RESPONSIBLE DISPUTE: GRATUITOUS LITIGATION, EXPERT CONSULTANT FEES AND ATTORNEY FEES ON THE LABOR PROCEDURE UNDER THE LAW N. 13.467/2017</i> Ana Luiza Fischer Teixeira de Souza Mendonça	479

APRESENTAÇÃO

Em iniciativa inédita, a Escola Judicial do TRT da 3ª Região lança um número especial de sua revista, versando exclusivamente sobre a Reforma Trabalhista, exatamente no momento em que a Lei n. 13.467/2017 e a Medida Provisória n. 808 de 14 de novembro de 2017 passam a vigor.

Este número, como os demais lançados no decorrer da gestão 2016/2017, apresenta estudos sobre as recentes alterações legislativas, antes referentes ao CPC/2015 e agora com a Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, complementada pela Medida Provisória n. 808 de 14 de novembro de 2017.

O tema tem suscitado acalorados debates sobre a sua oportunidade, finalidade e especialmente sobre os interesses que visa contemplar, sempre com o risco de ideologizar o debate que, na nossa seara, deve se comportar nos limites técnicos e jurídicos, sem alimentar um dissenso que contribui para dividir ainda mais nossa sociedade.

Tudo isso, como bem lembrou o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, em momento de uma crise de múltiplas dimensões - moral, humana, social e política, que se reflete também na análise e posições adotadas sobre a alteração legislativa no âmbito da Justiça do Trabalho.

Talvez a melhor abordagem para um tema tão delicado seja do viés constitucional, exatamente iniciando por uma concepção do Estado Democrático de Direito, que alia legalidade com a democracia e esta última em uma perspectiva muito mais participativa do que meramente formal, em cujo interior devem conviver a livre iniciativa e a justiça social, ou seja, a produção, o desenvolvimento econômico com o pleno emprego e a garantia de direitos para os trabalhadores.

É certo, portanto, pelos valores consagrados na Constituição Federal, que não se pode pavimentar o futuro sem aprender lições do passado e desprezar o déficit de justiça social presente em nossa história.

Impõe-se, como já mencionado em Acórdão do STF, que seja assegurado o direito de ter direitos ou mesmo o direito daqueles que nada têm e de tudo necessitam, o que dificilmente a compatibilizará com um liberalismo exacerbado nas relações de trabalho, para o qual talvez ainda não estejamos preparados.

Mudanças deverão acontecer para um ajuste com a modernidade, mas que seja respeitado o tempo necessário e suficiente, com conjuntura social diversa, para que seja estabelecido um novo paradigma nas relações trabalhistas e sociais.

Enfim, todo esse caldo de mudança e da sua contextualização em uma sociedade formada por trabalhadores, em sua maioria precarizados em termos de emprego e sua garantia, é que representa um desafio para todos aqueles que lidam com o Direito e o Processo do Trabalho, na condição de operadores jurídicos nos mais variados campos de atuação.

É a tentativa de responder às inúmeras questões agora apresentadas que se propõe esta obra, apontando, do ponto de vista estritamente jurídico sem desconsiderar a realidade social, os pontos positivos e negativos da alteração realizada na CLT, com vigência a partir de 11/11/2017, complementada pela Medida Provisória n. 808 de 14/11/2017.

Muito mais do que ficar medindo força no espectro político e ideológico, o objetivo é o de fazer uma leitura técnica das novas normas, sem perder de vista o espírito, a tradição e a história do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho.

Os trabalhos apresentados nesta obra têm o objetivo claro de municiar os estudiosos do direito com informações indispensáveis para que possam refletir sobre as alterações na Lei e, principalmente, a sua aplicação na solução dos litígios sem que tal postura importe em desnaturar a estrutura do Direito do Trabalho.

Por último, como já foi dito em outra oportunidade, o que se deve almejar com obra dessa natureza é a construção de uma hermenêutica jurídica que não abdique dos valores maiores do direito, representados pela verdade, paz e principalmente justiça.

LUIZ RONAN NEVES KOURY

Desembargador 2º Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da
Terceira Região, Ouvidor e Diretor da Escola Judicial

DENISE ALVES HORTA

Desembargadora e Coordenadora da Revista do Tribunal Regional do
Trabalho da Terceira Região

DOCTRINA

**A GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO PROCESSO DO TRABALHO:
REFLEXÕES À LUZ DO CPC E DA LEI N. 13.467/17**

***THE FREE LEGAL SERVICE IN THE LABOUR PROCESS:
REFLECTIONS IN THE LIGHT OF THE CPC AND LAW N. 13.467/17***

Luiz Ronan Neves Koury*
Carolina Silva Silvino Assunção**

RESUMO

Este artigo apresenta reflexões atuais sobre a gratuidade da justiça no Processo do Trabalho, considerada a aprovação das Leis n. 13.105, de 16 de março de 2015, e 13.467, de 13 de julho de 2017, denominada esta última “Reforma Trabalhista”. O estudo aponta as alterações normativas do instituto, bem como as possibilidades de interpretação e aplicação, considerado o contexto justralhista.

Palavras-chave: Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil). Direito Processual do Trabalho. Justiça Gratuita.

1 INTRODUÇÃO

A gratuidade da justiça era um tema pouco explorado na doutrina, mas que ganhou relevância com o seu tratamento em Seção específica do Código de Processo Civil.

É natural o espaço normativo dado ao tema no ordenamento processual em função das normas fundamentais positivadas no próprio Código somado à preocupação do legislador processual em estabelecer um diálogo com o Direito Constitucional e a sua disposição de transcrever parte dos princípios processuais constitucionais, tornando-os objeto de toda ação legislativa subsequente.

* Desembargador 2º Vice-Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor de Direito Processual do Trabalho da Faculdade de Direito Milton Campos.

** Advogada. Pós-graduanda em Direito do Trabalho pela FGV. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade de Direito Milton Campos. Graduada pela Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do Grupo de Estudos em Processo do Trabalho da Faculdade de Direito Milton Campos.

Cabe mencionar, em primeiro lugar, o art. 1º do CPC em que o legislador infraconstitucional presta reverência e faz verdadeira profissão de fé em relação aos valores e normas constitucionais. Para o nosso tema de estudo - gratuidade da justiça - tem relevância o valor embutido na norma constitucional, de que o Estado prestará assistência jurídica, integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos (inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal), como instrumento indispensável para o amplo acesso à justiça.

Muito mais do que uma simples norma trata-se nesse caso de valor positivado na Constituição Federal, de interesse direto da sociedade, com origem nos fundamentos republicanos, representados pela valorização da cidadania, dignidade da pessoa humana (incisos II e III do art. 1º da CF) e da igualdade de todos perante a lei, de forma substancial e não apenas formal, como extensão do direito à jurisdição sem quaisquer privilégios (*caput* do art. 5º).

Como o caderno processual fixa a previsão de acesso amplo à justiça nos moldes constitucionais (art. 3º), tornou-se quase uma exigência, de mais básica coerência por parte do legislador, a existência de normas garantidoras de sua concretização por meio da gratuidade da justiça.

Também se inscreve a gratuidade da justiça como extensão do tratamento igualitário atribuído às partes quanto ao exercício de seus direitos, faculdades e ônus no processo (art. 7º), o que só será implementado, em alguns casos, se a justiça gratuita for reconhecida à parte carente.

Na mesma linha têm-se os requisitos para a boa aplicação do ordenamento (art. 8º) quando faz expressa referência ao resguardo e preservação da dignidade humana, no início como no curso do processo, o que também, em muitos casos, só será possível se às partes for garantida isonomia de condições e oportunidades no processo.

Outro aspecto a ser mencionado é que a referência à gratuidade da justiça aparece em outros artigos do Código além daqueles de sua Seção própria - art. 98 a 102, a exemplo dos arts. 82 (cabe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo), 95 (quando o custeio da perícia for de responsabilidade do beneficiário da justiça gratuita) e 105 (poderes especiais para o advogado assinar declaração de hipossuficiência econômica), entre outros.

A gratuidade da justiça é colocada como exceção à onerosidade do processo (art. 82), pois, em se tratando de serviço judiciário, espécie de serviço público, faz-se necessária a imposição de um custo na sua utilização, mesmo porque a sua manutenção acarreta um encargo elevado para a sociedade.

A exceção, representada pela justiça gratuita, ganha contornos de interesse público, de forma pontual, quando se garante o pagamento de

honorários do perito pelo poder público (art. 95), porquanto nesse caso está em jogo a necessidade de remuneração por um trabalho realizado em prol da justiça e também como medida de política judiciária. Previne-se, com esse procedimento, eventual parcialidade no exame da pretensão daquele que é beneficiário da justiça gratuita e não poderá arcar com o ônus representado pelos honorários periciais.

Os poderes especiais para declarar a hipossuficiência econômica por parte do advogado em relação ao seu cliente devem constar da procuração (art. 105) em razão das consequências que uma declaração falsa pode gerar para a parte representada.

A disposição legal acarretou o cancelamento da OJ 331 do TST, que dizia ser desnecessária a outorga de poderes especiais ao patrono da causa a fim de firmar declaração de insuficiência econômica para concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Como o entendimento contido na OJ 331 se fundamentava no art. 4º da Lei n. 1.060/50, alterado pela Lei n. 7.510/86, que exigia apenas a afirmação na inicial de insuficiência econômica para gozo dos benefícios da assistência judiciária, agora revogado no inciso III do art. 1.072 do Código de Processo Civil, é inequívoco o acerto do cancelamento da referida Orientação Jurisprudencial.

Adequando-se à nova ordem processual, o C. TST, em 26/6/17, editou a Súmula n. 463, estabelecendo a necessidade de o procurador ter poderes específicos para firmar declaração de hipossuficiência. O Verbete teve seus efeitos modulados de forma a se exigir a cláusula especial apenas para requerimentos formulados após a data da publicação da Súmula. Apesar de o Tribunal Superior do Trabalho não ter sinalizado, na Instrução Normativa n. 39/16, sobre a aplicação da norma contida no art. 105 do CPC ao processo do trabalho, observam-se os esforços contínuos da Corte em compatibilizar a jurisprudência laboral ao novo contexto normativo.

Não obstante, cumpre registrar que, em razão das alterações introduzidas no art. 790 da CLT pela Lei n. 13.467/17, a previsão legal que permite ao juiz, de ofício, conceder os benefícios da justiça gratuita restou mitigada, haja vista ter limitado a concessão da gratuidade apenas àqueles que recebem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social (§ 3º do art. 790 da CLT). Não se pode olvidar, contudo, de que a referida norma, que notadamente engloba a grande maioria dos trabalhadores que demandam na Justiça Especializada, servirá, no âmbito do processo do trabalho, para relevar a exigência de poderes especiais prevista na norma processual.

É preciso, portanto, verificar, com a inclusão de Seção própria levada

a efeito no ordenamento processual, se a sua aplicação se faz de forma automática ao processo do trabalho, considerando as suas peculiaridades e a existência de normas, tratando do tema na CLT, como se vê dos arts. 790, 790-A e 790-B e 791-A. A análise da medida da compatibilidade ganha ainda maior relevância com o advento da Lei n. 13.467/17, também conhecida como reforma trabalhista, que trouxe especificidades quanto à responsabilidade do beneficiário da justiça gratuita pelo pagamento dos honorários periciais e advocatícios quando sucumbente na pretensão posta à apreciação do órgão jurisdicional.

Nesse ponto pode até mesmo ser vislumbrada uma eventual inconstitucionalidade no cotejo da norma celetista, que determina o pagamento de honorários periciais, ainda que a parte seja beneficiária da justiça gratuita, com o dispositivo constitucional (inciso LXXIV do art. 5º CF/88) em que o Estado deve conceder assistência jurídica aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Aliás, a norma contraria até mesmo o acesso à jurisdição, pois tem o condão de inibir o requerimento para produção de provas, funcionando como verdadeiro mecanismo de cerceamento de defesa.

No sentido de sua inconstitucionalidade, cabe mencionar a ADI 5.766, que suscita a inconstitucionalidade parcial dos arts. 790-B, *caput* e § 4º, 791-A, § 4º e § 2º do art. 844 da CLT no que se refere ao pagamento dos honorários periciais e advocatícios, ainda que a parte seja beneficiária da justiça gratuita, bem como o seu pagamento em consequência de parcelas advindas do processo ou de outro processo.

Como cria verdadeira mitigação dos efeitos da gratuidade da justiça nos processos que tramitam perante a Justiça do Trabalho, necessário se faz analisar se a abrangência da justiça gratuita, o seu procedimento e peculiaridades, impugnação ao pedido, os recursos próprios e as consequências do trânsito em julgado na hipótese de revogação da gratuidade, matérias contidas nos arts. 98 a 102 do CPC, podem ser harmonizados às novas regras inseridas no texto celetista.

2 CONCEITO - ABRANGÊNCIA SUBJETIVA E OBJETIVA

Antes mesmo de fixar o conceito de gratuidade da justiça, é necessário, em coro com a melhor doutrina, fazer a distinção entre justiça gratuita, assistência judiciária e assistência jurídica, objetos da Constituição Federal, Leis n. 1.060/50 e 5.584/70.

A assistência jurídica, da qual a assistência judiciária é espécie, é aquela prevista no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, devendo ser a mais ampla possível, judicial e extrajudicialmente, até mesmo em atividades de consultoria e aconselhamento. A assistência jurídica prevista

na Constituição é de tal amplitude que engloba a assistência judiciária e a justiça gratuita.¹

Para a referida doutrina apenas será concretizado o comando do preceito constitucional, de assistência jurídica universal e gratuita, se o cidadão tiver assegurada a possibilidade de defender seus interesses em juízo com a isenção das despesas do processo e o patrocínio de um profissional sem qualquer custo, embora reconhecendo a distinção dos institutos da assistência judiciária e da justiça gratuita.²

A assistência judiciária, muitas vezes confundida com a gratuidade de justiça na Lei n. 1.060/50, é aquela prestada por advogado em determinado processo ou mesmo pelo sindicato, de forma gratuita, como se verifica na Lei n. 5.584/70.

A gratuidade da justiça, de que trata o Código de Processo Civil, com o significado preciso de eximir o seu beneficiário das despesas pelos atos processuais e requerimentos realizados, não se refere à assistência por advogado, dizendo respeito apenas ao âmbito da atuação judicial e, ao contrário da legislação anterior, não faz referência à chamada assistência judiciária.

Na distinção das figuras acima mencionadas, pode-se dizer em conjunto com a doutrina específica sobre o tema que, em síntese,

[...] a assistência jurídica é a orientação jurídica ao hipossuficiente, em juízo ou fora dele; a assistência judiciária é o serviço de postulação em juízo (portanto, inserido na assistência jurídica) e a justiça gratuita é a isenção de custas e despesas (seja diante do serviço prestador de assistência jurídica, seja diante do advogado).³

No processo do trabalho a Lei n. 5.584/70 trata da assistência judiciária prestada pelo sindicato, as condições em que ela se torna devida e os honorários advocatícios, entre outros temas, sem que se refira à gratuidade da justiça propriamente dita.

¹ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *In: SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira (Coord.). Comentários ao novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho*. Parte geral - Arts. 1º ao 317 - atualizado conforme a Lei n. 13.256. São Paulo: LTr, 2016. vol. 1, p. 146.

² DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. *In: SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira (Coord.). Comentários ao novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho*. Parte geral - Arts. 1º ao 317 - atualizado conforme a Lei n. 13.256. São Paulo: LTr, 2016. vol. 1, p. 146.

³ TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. Gratuidade da justiça no novo CPC. *Revista de Processo*. Out./2014. vol. 236, p. 307.

Fixado o conceito de gratuidade da justiça e as distinções com a assistência jurídica, da qual é espécie, e da assistência judiciária, em relação à qual guarda similitude e representa parte de um todo positivado pela assistência jurídica prevista na Constituição Federal, cabe agora verificar a sua abrangência, que se distingue em subjetiva e objetiva, na forma prevista no art. 98 do Código de Processo Civil.

Em relação aos beneficiários da justiça gratuita, o caput do art. 98 do CPC estabelece que será a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, desde que com insuficiência de recursos para pagar custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

É essa a abrangência subjetiva que agora, de forma expressa, encontra-se prevista no Código de Processo Civil, anotando-se que o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, embora não faça referência a pessoas naturais ou jurídicas, permite que o legislador infraconstitucional assim proceda, porquanto prevê que a assistência jurídica será concedida “aos que comprovarem a insuficiência de recursos”.

Em razão dessa abertura dada pelo legislador constitucional, mas sem a menção expressa às pessoas jurídicas, bem como a omissão constante do art. 2º da Lei n. 1.060/50, é que se discutiu no âmbito da doutrina se as pessoas jurídicas se beneficiariam da gratuidade da justiça.

A pacificação da matéria se deu com a edição da Súmula n. 481 do STJ e, agora, com a sua positivação no CPC no tocante à extensão do benefício às pessoas jurídicas, sendo que o único pressuposto exigido é a insuficiência de recursos.

Também não se exige mais a residência no país, seja de brasileiros ou estrangeiros, referindo-se apenas ao direito à gratuidade da justiça na forma da lei, que só pode se referir ao Código de Processo Civil e à Lei n. 1.060/50, esta última na parte que não foi revogada.

No processo do trabalho sempre existiu divergência quanto à concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, com posição que, por anos, firmou-se contrária ao seu deferimento. Necessário ressaltar, no entanto, que a Lei n. 13.467/17 inseriu, no art. 790 da CLT, o § 4º, que prevê a concessão dos benefícios da justiça gratuita à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. Observa-se que a nova norma legal não faz referência apenas às pessoas físicas, estendendo o direito subjetivo à qualquer parte, desde que seja comprovada a insuficiência financeira.

A matéria já vinha sendo flexibilizada no âmbito do TST ao deferir os benefícios da gratuidade da justiça às pessoas jurídicas, mas sem estender a isenção ao depósito recursal, que visa a garantir o cumprimento de futura execução. A alteração do entendimento majoritário do TST foi cristalizada no item II da nova Súmula n. 463, que prevê expressamente a possibilidade de concessão da gratuidade de justiça às pessoas jurídicas desde que

demonstrem, de forma cabal, a impossibilidade de arcar com as despesas do processo.

Note-se que a inovação implementada pela reforma trabalhista não permite extrair a conclusão de que a gratuidade de justiça engloba o depósito recursal, porquanto a redação do § 4º do art. 790 da CLT é clara em prever isenção apenas para as custas processuais.⁴

O § 1º do art. 98 trata da abrangência objetiva do instituto e sua extinção, apresentando as custas como compreendidas na gratuidade da justiça, acrescentando, como novidade, as despesas realizadas para exame de código genético - DNA - e outros exames considerados essenciais, sem cuidar de especificar estes últimos.

Também foram acrescentados a remuneração do intérprete ou tradutor para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira, bem como o custo para elaboração da memória de cálculo, necessária à instauração da execução.

No processo do trabalho, em especial na Justiça do Trabalho, a impossibilidade de elaboração da memória de cálculo para início da execução, mais precisamente da liquidação, acarreta o seu direcionamento para a contadoria do juízo ou do serviço (diretoria) de liquidação judicial.

Essa providência, no âmbito do processo do trabalho, era rotineira em face da possibilidade de instauração da execução e prática dos demais atos processuais de ofício pelo juiz, na forma da redação original do art. 878 da CLT, e também pela necessidade de se dar a mais completa efetividade à execução trabalhista. Com o advento da Lei n. 13.467/17, contudo, a partir do fim da *vacatio legis* - que se dará em 11/11/17, a elaboração de cálculos pela contadoria necessitará, como regra, de requerimento expresso do exequente. A execução, assim, apenas será impulsionada de ofício pelo magistrado caso a parte não esteja assistida por advogado. Não há dúvidas de que a referida alteração legislativa traz verdadeira involução, pois põe fim a um aspecto positivo do processo do trabalho, que proporcionava execuções mais céleres e eficazes.

O § 2º do art. 98 do CPC é uma exceção à extensão do benefício da justiça gratuita, que favorece o acesso à justiça, porque não se trata de uma garantia absoluta sem qualquer limite à parte beneficiada.

O referido parágrafo aplica-se ao beneficiário da justiça gratuita, vencido na demanda, que deve arcar com as despesas e honorários de sucumbência. A sua leitura deve ser conjugada com a do § 3º do mesmo art. 98 do CPC, porquanto, se tiver alterada a sua situação no prazo de 5 anos, deverá arcar com as despesas decorrentes da sucumbência.

⁴ No entanto, é preciso registrar que a Lei n. 13.467/17 incluiu o § 10 ao art. 899 da CLT que isenta, de forma expressa, o beneficiário da justiça gratuita do depósito recursal.

No processo do trabalho os honorários de sucumbência apenas eram devidos na hipótese de assistência pelo sindicato, despesa própria do reclamado, sendo ainda certo, pelos termos do art. 790-B da CLT, que, mesmo na sucumbência de honorários periciais, o beneficiário da justiça gratuita não suportava tal encargo, a teor da Resolução n. 66/2010 do CSJT.

A reforma trabalhista, ao alterar a redação do *caput* do art. 790-B da CLT e incluir o art. 791-A, modificou substancialmente a sistemática de pagamento dos honorários de sucumbência, de forma a admitir a responsabilização do reclamante pelo seu pagamento mesmo quando estiver sob o pálio da justiça gratuita. De acordo com a nova legislação, o reclamante que for sucumbente na pretensão ou no objeto da perícia terá que arcar com os honorários advocatícios sucumbenciais e/ou honorários do perito, devendo o magistrado descontar o valor devido dos créditos recebidos pelo trabalhador na própria ação ou em qualquer outro processo (arts. 790-B, § 4º e 791-A, § 4º).

Observa-se assim que, com a entrada em vigor da Lei n. 13.467/17, a Resolução n. 66/2010 do CSJT somente será aplicada nos casos em que o reclamante não obtiver êxito nas pretensões de natureza condenatória ou, apesar de lograr êxito em algum dos pedidos, o numerário não for suficiente para arcar com a remuneração do perito.

Quanto aos honorários advocatícios sucumbenciais, caso o reclamante não obtenha sucesso nas pretensões condenatórias em numerário suficiente para arcar com honorários do advogado da parte adversa, as obrigações decorrentes da sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subseqüentes 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 da gratuidade. Após o prazo de dois anos, extinguem-se as obrigações do beneficiário (§ 4º do art. 791-A da CLT).

É certo que o novo regramento ainda será objeto de inúmeras discussões. Por ora, parece-nos que, além de ser dissonante de toda a sistemática processual implementada pelo Código de Processo Civil, que veio ao ordenamento jurídico pátrio com clara vocação de código geral de processo, a Lei n. 13.467/17 não se preocupou em tratar de temas importantes, tais como o direito intertemporal e a forma de cômputo da sucumbência recíproca.

Observe-se que o legislador trabalhista adotou conceito mitigado da gratuidade da justiça, permitindo seu afastamento nos casos de insucesso do trabalhador na demanda. Com as alterações perpetradas, verifica-se verdadeira subversão às razões que deram origem ao processo do trabalho, que objetivavam suprir a hipossuficiência econômica e jurídica do trabalhador com a implementação de normas que permitissem a retomada da igualdade

material através da hipersuficiência judicial do empregado.

A partir da nova redação do texto celetista, passou o processo laboral a ser menos protetivo e benéfico que o processo comum, criando uma forma de relativização do benefício da justiça gratuita justamente àqueles que batem às portas do Poder Judiciário em busca do recebimento de verbas de natureza alimentar. A norma incorporada à CLT, além de violar diretamente o inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, desrespeita o princípio republicano do tratamento isonômico, haja vista tratar de maneira desigual os jurisdicionados a depender da matéria posta à análise do órgão jurisdicional.

Como mencionado anteriormente, a concessão da gratuidade da justiça refere-se a atuação judicial em relação às partes, pois, em uma perspectiva mais ampla, quando se negam os seus efeitos, é como se o Estado deixasse de cumprir a previsão constitucional de oferecer assistência jurídica, entendida, no aspecto, como sinônimo de jurisdição.

Cabe aqui transcrever tópicos da argumentação apresentada pelo Procurador-Geral da República na ADI 5.766:

A Constituição de 1988 consagra a garantia de amplo acesso à jurisdição no art. 5º, XXXV e LXXIV, que tratam dos direitos a inafastabilidade da jurisdição e a assistência judiciária integral aos necessitados.

Na contramão dos movimentos democráticos que consolidaram essas garantias de amplo e igualitário acesso à justiça, as normas impugnadas inviabilizam ao trabalhador economicamente desfavorecido assumir os riscos naturais de demanda trabalhista e impõe-lhe pagamento de custas e despesas processuais de sucumbência com uso de créditos trabalhistas auferidos no processo, de natureza alimentar, em prejuízo do sustento próprio e do de sua família.

[...]

Ao impor maior restrição à gratuidade judiciária na Justiça do Trabalho, mesmo em comparação com a Justiça Comum, e ao desequilibrar a paridade de armas processuais entre os litigantes trabalhistas, as normas violam os princípios constitucionais da isonomia (art. 5º, *caput*), da ampla defesa (art. 5º, LV), do devido processo legal (art. 5º, LIV) e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV).

Além disso, o legislador não se preocupou em estabelecer regras de direito intertemporal, fundamentais à segurança jurídica. Não há dúvidas de que a relativização da justiça gratuita será aplicada aos processos judiciais ajuizados após 11/11/17. A grande questão, no entanto, fica a cargo dos processos em curso que não foram sentenciados até a data de entrada em vigência da reforma trabalhista.

O direito transitório é regido pela regra do *tempus regit actum* de maneira que se aplica aos atos a lei vigente no momento de sua prática. O Direito Processual Brasileiro adotou a teoria do isolamento dos atos processuais, que se caracteriza por considerar o processo um conjunto concatenado de atos, que podem ser individualizados para fins de incidência de novas regras (art. 1.046 do CPC)

É certo que o momento processual em que se define a condenação e, conseqüentemente, a sucumbência é na prolação da sentença, de forma que, considerando o comando constitucional previsto no art. 5º, XXXVI, o art. 6º da LINDB e os arts. 14 e 1.046 do CPC, deverá ser considerada a norma vigente no momento da prolação da sentença.

Não se pode olvidar de que o descuido do legislador em não prever normas transitórias pautadas na razoabilidade, segurança jurídica, na preservação da boa-fé e confiança causará aos jurisdicionados que demandam sob o pálio da justiça gratuita verdadeira frustração de expectativas, porquanto não era esperada, quando do ajuizamento da ação, a possibilidade de pagamento dos honorários do advogado e/ou do perito em caso de insucesso na pretensão posta à análise do Poder Judiciário.

Outro ponto da reforma que também será objeto de insegurança e que influenciará diretamente na extensão dos benefícios da justiça gratuita concedidos à parte é a forma de cômputo da sucumbência recíproca. O art. 791-A, § 3º, apenas previu que, na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitraré honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

Ocorre que na Justiça do Trabalho a cumulação de pedidos é a regra, sendo certa a possibilidade de ocorrência de procedência parcial do pedido e de pedidos, o que, indubitavelmente, gera complexidade no cálculo da sucumbência. Não há dúvidas de que apenas o tempo dirá como os juslaboralistas conviverão com a nova realidade. Há de ser registrado que a jurisprudência estampada na Súmula n. 326 do STJ, que não reconhece a sucumbência recíproca em casos de procedência parcial do pedido de dano moral, pode ser um critério a ser considerado em face do número de pedidos presentes nas reclamações trabalhistas.

Retornando às disposições do CPC, observa-se que o § 4º do art. 98 refere-se a uma hipótese não abrangida pela justiça gratuita, como no caso das multas a serem pagas pela parte no curso do processo.

Trata-se de situação em que o comportamento da parte resvalou para deslealdade processual ou má-fé, com atitudes de procrastinação do feito ou abuso processual, não podendo se valer da nobreza do instituto da gratuidade da justiça para não ter que arcar com a multa que lhe foi imposta.

É indiscutível que a norma tem inspiração na previsão contida no art. 5º do CPC, que determina, àqueles que participem do processo, um

comportamento de boa-fé, seja hipossuficiente ou não.

A reforma trabalhista incluiu, no texto celetista, a Seção IV-A para tratar exclusivamente da responsabilidade por dano processual. Além de elencar rol taxativo de condutas consideradas desleais (art.793-B), estendeu a responsabilidade por danos processuais aos sujeitos intervenientes (art. 793- A) e às testemunhas que intencionalmente alterarem a verdade dos fatos ou omitirem fatos essenciais ao julgamento da causa (art. 793-D). Apesar de tratar de forma abrangente da responsabilidade daqueles que agem de má-fé, nada mencionou acerca da amplitude da gratuidade de justiça quanto às multas porventura aplicadas, de maneira que, no nosso sentir, permanece a utilização supletiva do §4º do art. 98 do CPC.

Os §§ 5º e 6º do art. 98 do CPC, tributários também da abrangência objetiva da gratuidade da justiça, dizem respeito à chamada, pela doutrina, modulação na concessão do benefício, a sua limitação a determinados atos processuais ou mesmo à redução percentual de despesas processuais como também o seu parcelamento.

Deve ser elogiada a iniciativa legislativa, considerando a realidade existente nos processos e que tem, ao contrário do que pensam alguns doutrinadores, inteira aplicação ao processo do trabalho nas raras hipóteses em que a parte recebe determinado valor antecipadamente ou mesmo quando se trata de reclamante que não é propriamente um hipossuficiente.

3 PROCEDIMENTO - PECULIARIDADES RELACIONADAS À GRATUIDADE DA JUSTIÇA

Embora o caput do art. 99 do CPC estabeleça a previsão de oportunidades processuais para apresentação do pedido de justiça gratuita, é certo que o § 1º do referido artigo desfaz a ideia de que seja uma regra absoluta quando permite que o pedido seja formulado por meio de simples petição se superveniente à primeira manifestação da parte na instância. Aliás, nesta última direção a jurisprudência do TST, consubstanciada na OJ 269 da SBDI-1.

Tem-se aqui também, em coerência com o artigo anterior, a mesma ideia de facilitação do acesso à justiça e de concretização do comando contido nos já mencionados princípios processuais constitucionais.

Quando se fixam diversos momentos processuais para que o pedido de justiça gratuita seja formulado, com a possibilidade de sua apresentação em petição simples como consta do CPC, o que se pretende é romper com eventuais amarras do procedimento e do formalismo processual a fim de que se alcance o bem maior representado pelo acesso à jurisdição.

Nessa linha de entendimento é a interpretação doutrinária dada ao texto legal no sentido de que teve o objetivo de sepultar de vez qualquer

exigência formal para requerimento da gratuidade da justiça, superando os limites temporais para a apresentação do requerimento. Esclarece também referida doutrina que a norma prevê a gratuidade como um direito que se estende ao réu e àquele que intervém no processo.⁵

De outro lado sempre surge a discussão doutrinária sobre os parâmetros para o reconhecimento do direito à gratuidade da justiça.

Entende parte da doutrina que não devem existir critérios objetivos, rígidos e matemáticos, mas que esses decorrem da indisponibilidade financeira do requerente, cotejando-se os seus ganhos e gastos com o sustento da família. Já outro segmento doutrinário ressente-se da existência de critérios objetivos para se aferir a necessidade ou não da gratuidade da justiça e, com isso, evitar eventuais disparidades.⁶

Rigorosamente o legislador apenas se preocupou com aspectos formais sobre o tema, em especial a sua inserção no itinerário procedimental e a superação de eventuais formalismos ou mesmo de uma interpretação restritiva, à luz da Lei n. 1.060/50, com a limitação do momento de apresentação do pedido com a petição inicial.

O legislador trabalhista, contudo, inovou quanto a esse aspecto, trazendo parâmetros objetivos a serem observados pelo juiz no momento da concessão dos benefícios da justiça gratuita, de ofício. Segundo a nova redação do § 3º do art. 790 da CLT, o magistrado apenas concederá, de ofício, o benefício àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

A fixação de parâmetros como regra a ser obrigatoriamente observada e considerada pelo juiz no momento de apreciar a pretensão é, sem dúvida, critério interessante, assim como ocorre com a fixação dos honorários advocatícios (art. 85) e com o lance a ser considerado vil (art. 891, parágrafo único). Em ambas as situações, o juiz, a despeito dos critérios legais, tem liberdade de avaliar as condições que envolvem o caso concreto para decidir sobre a sua aplicação. No processo do trabalho, a liberdade de adequação da norma ao caso concreto fica a cargo do § 4º do art. 790, que permite a concessão do benefício à parte que não se enquadrar na norma do § 3º, desde que o magistrado se convença da insuficiência de recursos da parte para o pagamento das custas do processo.

⁵ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. In: SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira (Coord.). *Comentários ao novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho*. Volume 1 - Parte geral - Arts. 1º ao 317 - atualizado conforme a Lei n. 13.256. São Paulo: LTr, 2016. p. 149.

⁶ TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz, Gratuidade da justiça no novo CPC. *Revista de Processo*. Out./2014. vol. 236, p. 5.

Verifica-se, portanto, a criação de exigência legal de comprovação de rendimentos, de qualquer natureza, bem como os eventuais gastos para sustento da família e a relação estabelecida entre eles para propiciar uma correta avaliação da necessidade do benefício quando o trabalhador auferir salários superiores ao limite fixado no § 3º do art. 790 da CLT. A necessidade de confrontação de faturamento e despesas também é necessária para a concessão do benefício às pessoas jurídicas.

Interessante ressaltar que, a partir das alterações introduzidas pela reforma trabalhista, não mais subsiste na seara laboral a hipótese de mera presunção de veracidade de declaração firmada pela parte, tal como preconiza o § 3º do art. 99 do CPC.

O § 2º do art. 99 do CPC fixou a justiça gratuita como direito processual da parte, somente deixando de ser concedido o benefício quando restar evidenciada a falta de pressupostos legais para sua concessão.

Como mencionado no artigo anterior, o legislador processual civil não estabeleceu os requisitos mínimos a serem observados para o deferimento da gratuidade da justiça, ficando a sua definição à inteira subjetividade do magistrado, excetuando-se as hipóteses legais também já mencionadas.

O dispositivo legal em comento fixou a exceção na hipótese em que o juiz poderá indeferir o pedido quando, dos elementos existentes nos autos, extrair a conclusão de que parte não faz jus ao benefício.

A regra no processo civil, portanto, é o deferimento do benefício, seja por presunção ou pela prova existente no processo, e o indeferimento, como exceção, ocorrerá quando evidenciada a ausência dos elementos necessários ao deferimento do benefício. Antes, todavia, de indeferir a pretensão, o juiz ainda deverá conceder à parte requerente a oportunidade de preenchimento dos pressupostos para concessão do benefício.

Como exemplo de situação que se enquadraria no dispositivo legal em comento pode ser descrita a juntada de comprovantes de rendimento elevado que acarretaria o indeferimento do benefício, mas, antes disso, o juiz deverá deferir à parte a oportunidade de demonstrar que os seus gastos são também elevados e que o pagamento das despesas processuais poderá comprometer o sustento de sua família.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão publicado já na vigência do CPC de 2015, entendeu que o indeferimento da gratuidade da justiça, na hipótese de não preenchimento dos pressupostos legais, trata-se de verdadeiro poder-dever do juiz desde que tenha fundada razão para tanto e propicie à parte demonstrar sua incapacidade econômico-financeira de fazer frente às custas e/ou despesas do processo.⁷

⁷ Processo Eletrônico - REsp. 1.584.130/15, 4ª Turma, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 19/4/2016.

O § 3º do art. 99 estabelece a presunção de insuficiência de recursos mediante alegação realizada pela parte, desde que se trate de pessoa natural.

Alguns autores citam a jurisprudência anterior e o STJ no sentido de que as pessoas jurídicas sem fins lucrativos gozavam também da presunção legal de insuficiência de recursos pela simples declaração.⁸

Tal posição não mais se sustenta em razão da forma expressa com que se encontra vazado o dispositivo legal mencionado, que apenas faz referência à pessoa natural. É certo, no entanto, que a presunção estabelecida legalmente admite prova em contrário, como se depreende do parágrafo anterior (§ 2º) e também da própria jurisprudência do STJ, apontada anteriormente.

Nelson Nery Júnior, referindo-se à legislação anterior (Lei n. 1.060/50), afirma que era suficiente a mera declaração de pobreza para fazer jus ao benefício. Agora é mantida a previsão da norma anterior, mas de forma relativa, pois o juiz pode, caso tenha dúvida quanto ao estado de pobreza, fazer um juízo de valor, cotejando-se a afirmação feita com as provas existentes nos autos, considerando a situação atual do requerente.⁹

A reforma trabalhista preferiu tomar caminhos contrários aos traçados pelo CPC/15. A partir das alterações do art. 790 e seguintes, passou-se a ser regra o deferimento do benefício somente mediante comprovação do preenchimento do requisito objetivo do § 3º ou da comprovação inequívoca de incapacidade financeira para arcar com os custos do processo de forma a não mais subsistir na seara laboral a presunção de veracidade da declaração feita por pessoa natural.

A alteração legislativa, no nosso sentir, mostra-se retrógrada e dissociada do devido processo constitucional instituído pela Constituição de 1988 e materializado pelo CPC, que presume a atuação das partes conforme os ditames da boa-fé objetiva.

O § 4º do art. 99 do CPC estabelece que a representação por advogado não impede a concessão da justiça gratuita.

Mesmo nas hipóteses de carência financeira e de capacidade postulatória da parte, como ocorre no processo do trabalho, a contratação de advogado se torna necessária pela complexidade da matéria tratada, ficando o pagamento dos honorários condicionado ao êxito na demanda.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 183.

⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 477.

É exatamente nessa hipótese que se torna evidente a distinção da assistência judiciária e justiça gratuita, pois na primeira, como já restou mencionado, trata-se da assistência por profissional do direito e, na segunda, é a exoneração do pagamento das despesas e custas do processo.

No caso do artigo em tela, trata-se de advogado particular, aspecto que não tem qualquer influência ou mesmo se comunica para análise do pedido de gratuidade da justiça.

O § 5º do art. 99 do CPC, que se encontra atrelado ao § 4º, refere-se à hipótese em que o recurso versa exclusivamente sobre o valor dos honorários de sucumbência em que estaria sujeito a preparo, salvo se o advogado demonstrar que faz jus à gratuidade.

Nessa hipótese, partindo do princípio de que o advogado é que teria legitimidade e interesse em recorrer, exige-se que seja realizado o preparo, salvo se o advogado demonstrar que também é beneficiário da justiça gratuita, já antecipando a previsão do parágrafo seguinte (§ 6º) de que a concessão desta última é pessoal. A referida norma ganha ainda mais relevância e aplicação no processo do trabalho em razão de a Lei n. 13.467/17 ter ampliado a incidência dos honorários sucumbenciais, inclusive para as lides que tratam exclusivamente de relação de emprego (art. 791-A CLT).

O § 6º do art. 99 do CPC fixa uma regra que atende ao imperativo de lógica, porquanto a concessão do benefício da justiça gratuita só pode ser pessoal, pois decorre do exame da situação do requerente.

Referida análise, como é evidente, não se estende a outras pessoas, razão pela qual o benefício, que é personalíssimo, não pode também ser estendido, ainda que se trate de litisconsorte ou sucessor do beneficiário, mesmo atuando em conjunto no mesmo polo da relação processual ou sucedendo a parte.

A rigor, o dispositivo legal é até mesmo dispensável, pois cada uma das partes, litisconsortes ou sucessores, tem uma situação financeira distinta em termos de ganhos e gastos, o que determina avaliação diversa em relação à gratuidade da justiça, como se denota da parte final do parágrafo em comento.

O § 7º do art. 99 do CPC trata do requerimento da justiça gratuita realizada em recurso, permitindo a dispensa do preparo a fim de que a pretensão seja apreciada para garantir o acesso à jurisdição.

A regra fixada no referido parágrafo atende à previsão contida no art. 3º do CPC no tocante ao acesso à justiça, porquanto, se a parte não satisfaz o preparo porque requer a concessão da justiça gratuita no recurso, a sua não apreciação por deserção constitui-se em rematada injustiça e clara vedação de acesso à jurisdição.

Nesse exato sentido é o julgamento realizado pelo STJ, no Ag. Rg.

nos ERESP 1.222.355/MG, em que a sua Corte Especial entendeu pela desnecessidade do preparo do recurso cujo mérito discute o próprio direito ao benefício da assistência judiciária gratuita.

Cabe apenas acrescentar que, também por razões de ordem lógica, indeferida a pretensão de gratuidade, deve ser concedido prazo à parte para se desincumbir do preparo, sob pena de deserção de seu recurso.

Não se tem a menor dúvida de que os aspectos referidos nos parágrafos do art. 99 do CPC, quanto à gratuidade da justiça, têm aplicação ao processo do trabalho, observadas, evidentemente, as disposições previstas na CLT sobre o tema, em especial o art. 790. Visando a adequar a jurisprudência ao devido processo constitucional, o TST alterou a redação da OJ 269 da SDI-I para aduzir, no item II, a necessidade de o relator fixar prazo para que o recorrente efetue o preparo nos casos em que seu requerimento de justiça gratuita for indeferido.

O art. 100, que se refere à impugnação ao deferimento do pedido de justiça gratuita, rompe com o sistema adotado pelo Código em relação ao contraditório prévio, exigido antes da decisão a ser tomada pelo juiz ainda que versando sobre matéria de ordem pública (art. 10).

Embora o deferimento da gratuidade da justiça não se trate de decisão contra uma das partes, na forma mencionada no art. 9º do CPC, é inequívoco que não se observou o comando contido no art. 10 do CPC já mencionado, de que o juiz não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar.

Como se sabe, o Novo CPC atribuiu indiscutível importância ao princípio do contraditório que tem cidadania constitucional, guardando coerência com a sua finalidade de ratificar expressamente os princípios processuais expressos na Constituição Federal, com a novidade de exigir que o contraditório seja observado antes das decisões judiciais.

Quanto ao mais, o referido dispositivo legal garantiu a igualdade das partes para o oferecimento da impugnação, observando-se as mesmas oportunidades oferecidas para o requerimento de gratuidade da justiça, com a qual guarda simetria, inclusive por intermédio de petição simples.

Em seu parágrafo único, o legislador prevê as consequências da revogação do benefício, que são agravadas na hipótese de configuração de má-fé, podendo chegar à importância de até dez vezes o valor a ser pago, com reversão para os cofres públicos e a possibilidade de inscrição como dívida ativa.

Coerente com as normas fundamentais inscritas nos arts. 1º ao 12 do CPC, em especial a que trata da boa-fé (art. 5º), o legislador reprime, de forma veemente, as tentativas de macular o processo com atitudes de má-fé, como já ocorria na legislação anterior (§ 1º do art. 4º da Lei n. 1.060/50) e agora se verifica do parágrafo único do art. 100 do CPC.

Não vemos como não aplicar o referido dispositivo legal ao processo do trabalho, como entende determinado segmento da doutrina trabalhista¹⁰, porquanto, ainda que a pretensão não seja apreciada no mesmo momento processual em que ocorre no processo civil, é certo que a parte deve ter garantido o contraditório, ainda que diferido, na forma do art. 100, *caput*, e deve sofrer as consequências da revogação do benefício, apenas com rigor no caso de má-fé, seja pessoa física ou jurídica (para aqueles que estendem os benefícios a ela).

O art. 101 do CPC e seus parágrafos tratam da medida a ser adotada quando indeferido ou revogado o pedido no curso do procedimento que, no cível, é o agravo de instrumento. E, quando na sentença, o recurso cabível é a apelação.

No processo do trabalho não cabe agravo de instrumento com esse objetivo, pois, como se sabe, ele só pode ser aviado das decisões que denegarem seguimento aos recursos.

Quando a medida judicial de indeferimento ou revogação do pedido for adotada na sentença, dela caberá recurso ordinário, com o mesmo procedimento tratado nos §§ 1º e 2º do art. 101 do CPC, como já mencionado por ocasião dos comentários ao § 7º do art. 99 do CPC, ainda que em distintos momentos processuais, por se tratar também de facilitação do acesso à jurisdição.

O art. 102 refere-se às consequências da decisão transitada em julgado que revoga a gratuidade concedida, advindo daí o recolhimento das despesas anteriormente dispensadas, sem prejuízo da aplicação de sanções previstas em lei.

Em seu parágrafo único, faz referência às consequências processuais do indeferimento tanto para o autor como para os demais participantes do processo, em que não se deferirá a realização de qualquer ato ou diligência requerida pela parte inadimplente.

Para Cássio Scarpinella Bueno a solução apontada pelo legislador, ao que parece, atrita-se com o inciso XXXV do art. 5º da CF, entendendo que a solução mais adequada para o caso é cobrar o valor devido e não impedir o acesso à jurisdição.¹¹

Também aqui não se vê dificuldade na sua aplicação ao processo do trabalho, que poderá ser concretizada na fase de execução, inclusive com as consequências pelo não recolhimento das importâncias devidas.

¹⁰ DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. In: SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira (Coord.). *Comentários ao novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho*. Parte geral - Arts. 1º ao 317 - atualizado conforme a Lei n. 13.256. São Paulo: LTr, 2016. vol. 1, p. 152.

¹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 142.

4 CONCLUSÕES

1) A gratuidade da justiça não tinha previsão no Código de Processo Civil anterior e, embora se trate de tema pouco estudado na doutrina, agora ganhou relevância com a sua previsão em Seção específica do novo CPC.

2) A previsão legal da justiça gratuita é uma decorrência da positivação de Normas Fundamentais do Processo, contida em Título Único do CPC, em especial a referência aos valores fundamentais consagrados na Constituição Federal, como a assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV), cidadania, dignidade da pessoa humana (incisos II e III do art. 1º da CF) e igualdade de todos perante a lei, sem quaisquer privilégios.

3) Com a ratificação dos princípios processuais constitucionais pelo Código de Processo Civil, tais como o acesso à justiça (art. 3º), o tratamento igualitário atribuído às partes (art. 7º), como também as regras para a boa aplicação do ordenamento jurídico (art. 8º), tornou-se um imperativo de coerência o tratamento, em Seção própria, do tema da gratuidade da justiça.

4) Ampliou-se a abrangência subjetiva do instituto da gratuidade da justiça, de trato exclusivo no Código, de forma expressa às pessoas jurídicas, utilizando como critério único para sua concessão a insuficiência de recursos. A reforma trabalhista também adotou esse critério de forma a permitir, expressamente, a concessão da gratuidade às sociedades empresariais.

5) O C. TST, que já vinha flexibilizando seu entendimento, passou a permitir a concessão da gratuidade de justiça às pessoas jurídicas. A nova posição do Tribunal Superior do Trabalho encontra-se estampada no item II da nova Súmula n. 463.

6) A abrangência objetiva, com novidades trazidas pelo Código de Processo Civil, diz respeito a exames, como o relativo ao código genético - DNA - e outros essenciais que não são especificados, a remuneração de tradutor ou intérprete e o custo para elaboração da memória de cálculo que, no processo do trabalho, nesta última (hipótese, é realizada pela contadoria do juízo ou diretoria de cálculo do Tribunal.

7) A reforma trabalhista traz mitigação à abrangência objetiva da concessão da gratuidade de justiça de forma a permitir a responsabilização pelo pagamento dos honorários advocatícios e periciais à parte sucumbente, mesmo que seja beneficiária da justiça gratuita. A inovação legislativa contrária, ao que parece, a norma prevista no inciso LXXIV do art. 5º da

Constituição Federal, pois, além de ferir o princípio da isonomia, porque permite tratamento desigual aos jurisdicionados hipossuficientes, inviabiliza o acesso à justiça em sua plenitude.

8) A reforma trabalhista não estabeleceu regras de direito intertemporal e não determinou a forma de cômputo da sucumbência recíproca, matérias que certamente serão objeto de debate na doutrina e jurisprudência e que causarão situações de extrema insegurança jurídica.

9) Na perspectiva da modulação do instituto da gratuidade da justiça, inclui-se a sua abrangência parcial a determinados atos processuais, redução percentual de despesas e o seu parcelamento, não ocorrendo a isenção de multas, porque tem fato gerador diverso (litigância de má-fé, protelação no desfecho do processo com medidas de abuso processual).

10) O legislador permitiu, na perspectiva do amplo acesso à justiça, que a pretensão à gratuidade da justiça possa ser apresentada em vários momentos processuais, assim como a sua impugnação.

11) Na hipótese anterior abre-se uma exceção ao contraditório prévio previsto em seu art. 10, porquanto autoriza a intimação da parte para impugnar a pretensão de justiça gratuita somente após o seu deferimento pelo juiz.

12) De acordo com o CPC, preenchidos os pressupostos legais, que não têm discriminação em qualquer dos artigos da Seção sobre gratuidade da justiça, a concessão da justiça gratuita passa a ser direito processual da parte, com oportunidade para comprovar o preenchimento dos requisitos legais na hipótese de indeferimento. A reforma trabalhista inova quanto a esse aspecto e traz parâmetros objetivos para a análise da necessidade de concessão dos benefícios da justiça gratuita de forma que, a partir de 11/11/17, o juízo somente poderá concedê-la de ofício àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

13) Conforme as normas processuais comuns, a declaração de miserabilidade legal realizada pela parte, pessoa natural, tem presunção de veracidade e é pessoal, sendo certo que o fato de o requerente estar representado por advogado particular não lhe retira o direito ao benefício. A partir das alterações introduzidas pela reforma trabalhista, não mais subsiste na seara laboral a hipótese de mera presunção de veracidade da declaração firmada pela parte, tal como preconiza o § 3º do art. 99 do CPC.

14) Os dispositivos que tratam da gratuidade da justiça no processo civil têm aplicação ao processo do trabalho, com a devida conformação à previsão contida nos arts. 769, 790, 790-A, 790-B e 791-A da CLT, inclusive em relação às novidades trazidas quanto à modulação do instituto da justiça gratuita.

ABSTRACT

This article presents current reflections on the free legal services in the Labour Process, considering the approval of laws 13.105 of March 16, 2015 and 13.467 of July 13, 2017, known as the latter "Labour Reform." The study points out the normative changes of the institute, as well as the possibilities of interpretation and application, considered the context of labour law.

Keywords: *Law 13.467/2017 (Labour Reform). Law 13.105/2015 (Code of Civil Procedure). Labor Law. Free Legal Services.*

A JORNADA DE TRABALHO E A LEI N. 13.467/2017: O Esvaziar da Ampulheta na Nova Lógica da Contagem do Tempo do Trabalho

THE WORK JOURNEY AND LAW N. 13.467/2017: EMPTYING OF THE HOURGLASS IN THE NEW LOGIC OF JOB TIME COUNT

Carolina Tupinambá*

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a alteração da Lei n. 13.467/2017 no que tange à jornada de trabalho, tendo como enfoque a necessidade de se entender a nova sistemática da contagem do tempo, diante dos novos modelos de relação trabalhista. A nova redação da CLT priorizou como tempo trabalho aquele em que efetivamente foi exercida alguma atividade laborativa, não servindo mais como base o despendido em atividades recreativas ou religiosas, por exemplo. Ademais, grande mudança foi encontrada no que tange à possibilidade de compensação das horas trabalhadas além da jornada regular de trabalho, ganhando bastante espaço o acordo individual e o coletivo.

Palavras-chaves: Jornada. Novos modelos. Tempo à disposição. Contagem. Flexibilização. Teletrabalho. Compensação de jornada. Intervalo.

Domenico de Masi, com escritos dedicados a temas que abrangem o mercado, a motivação para o trabalho, as estruturas organizacionais, dentre outros pontos de interesse, há alguns anos defende abordagem mais lúdica e prazerosa do trabalho. Segundo o autor italiano que se diz apaixonado pelo Brasil, não é próprio da espécie humana gostar de trabalhar. Os tempos modernos testemunhariam necessidades e instrumentos voltados à redução do tempo no trabalho.

* Advogada. Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Doutoranda no Programa de Pós-Doutoramento em Democracia e Direitos Humanos - Direito, Política, História e Comunicação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Adjunta de Processo do Trabalho e Prática Trabalhista da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora Assistente de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Centro de Estudos Avançados de Processo. Membro da *American Bar Association*.

Nesse contexto, o respeitado sociólogo do trabalho especula a chegada de um futuro no qual as pessoas estejam mais voltadas a trabalhar menos, eventualmente ganhando menos, dedicando-se mais ao tempo ocioso de forma criativa e, principalmente, abrindo mais vagas para quem esteja desempregado.

Domenico destaca, em sua obra, curioso ponto de convergência presente em todas as religiões, qual seja, o fato de que, em nenhuma delas, trabalha-se no “paraíso”. É dizer, qualquer que seja a concepção ou crença, se o trabalho fosse um valor positivo, no paraíso se trabalharia, o que não se verifica nos prognósticos religiosos.¹

As previsões sobre o futuro do trabalho não são de hoje. Na edição da *Revista Galileu*, de julho de 2008, reportagem assinada pela jornalista Rita Loiola trazia título e chamada promissores: “O futuro do trabalho - Esqueça os escritórios, os salários fixos e a aposentadoria. Em 2020, você trabalhará em casa, seu chefe terá menos de 30 anos e será uma mulher.” Há quase dez anos, lia-se o seguinte no referido periódico:

Para começar, esqueça essa história de emprego. Em dez anos, emprego será uma palavra caminhando para o desuso. O mundo estará mais veloz, interligado e com organizações diferentes das nossas. Novas tecnologias vão ampliar ainda mais a possibilidade de trabalhar ao redor do globo, em qualquer horário. Hierarquias flexíveis irão surgir para acompanhar o poder descentralizado das redes de produção. Será a era do trabalho *freelance*, colaborativo e, de certa forma, inseguro. Também será o tempo de mais conforto, cuidado com a natureza e criatividade.

A globalização e os avanços tecnológicos (alguns deles já estão disponíveis hoje) vão tornar tudo isso possível. E uma nova geração que vai chegar ao comando das empresas, com uma presença feminina cada vez maior, vai colocar em xeque antigos dogmas. Para que as empresas vão pedir nossa presença física durante oito horas por dia se podem nos contatar por videoconferência a qualquer instante? Para que trabalhar com clientes ou fornecedores apenas do seu país se você pode negociar sem dificuldades com o mundo inteiro? Imagine as possibilidades e verá que o mercado de trabalho vai ser bem diferente em 2020. O emprego vai acabar. Vamos ter que nos adaptar. Mas o que vai surgir no lugar dele é mais racional, moderno e, se tudo der certo, mais prazeroso.² (grifo nosso)

¹ DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. São Paulo: Sextante, 1997.

² LOIOLA, Rita. O futuro do trabalho. *Revista Galileu*, 2008. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Galileu/0EDG86980-7855-216,00-O+FUTURO+DO+TRABALHO.html>>. Acesso em: 04 set. 2017.

Temos testemunhado a realização de profecias como essas. O futuro se faz presente e é preciso reconhecer que, nesse ponto, de fato, a Consolidação das Leis do Trabalho não possuía o menor equipamento para responder aos anseios dos arranjos mais flexíveis de jornada de trabalho, dentre outras demandas decorrentes da modernização das relações de trabalho.

A Lei n. 13.467 é um marco paradigmático no Direito do Trabalho. Dentre inúmeras alterações, muda fortemente conceitos ligados à jornada de trabalho impingindo-lhes versão mais dinâmica e, aparentemente, mais eficiente ou mesmo aderente aos tempos atuais.

Doravante, passa-se a expor o novel cenário da duração do trabalho, com destaque para as alterações implementadas pela reforma trabalhista.

1 A NOVA COMPOSIÇÃO DO TEMPO JURIDICAMENTE RELEVANTE PARA AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Na sua interpretação literal, a etimologia da palavra jornada, *journalée*, francês, e *giornata*, italiano, refere-se ao “[...] montante de horas trabalhadas em um dia”, ou seja, “[...] diz respeito ao número de horas diárias de trabalho que o trabalhador presta à empresa.”³

Godinho descreve a jornada como “[...] a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador.”⁴ De fato, o artigo 4º da CLT discorre:

Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

Não há dúvida de que o tempo despendido em serviço efetivo como resultado do cumprimento do contrato de trabalho integra a jornada de trabalho, ao qual se soma aquele em que o trabalhador, em respeito à ordem do empregador, aguarda o momento em que lhe seja exigida a efetiva prestação.

Portanto, o “tempo à disposição” é espécie de ficção legal, uma vez que não se confunde apenas com o tempo efetivamente trabalhado. O fundamento perpassa pela proteção ao trabalhador dos abusos do poder

³ PINTO, Sérgio. *Direito do trabalho*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 437.

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 782.

econômico, que naturalmente podem criar longos períodos de espera para o serviço efetivo. Assim, computa-se na jornada de trabalho o tempo em que o obreiro se encontra efetivamente à disposição do empregador, trabalhando ou aguardando instruções para isso.

Dessa forma, ilustrativamente, se o empregador requisitar que o empregado aguarde no *locus* laborativo para algum fim específico (como, por exemplo, para prévia instrução sobre suas tarefas do dia seguinte ou sobre seu desempenho produtivo), ainda que o empregador retorne e dispense o trabalhador, sem que este último mais nada produza naquele dia, tal período de espera será computado como horas à disposição do empregador.

Da mesma maneira, uma vez firmado o contrato de trabalho, com a admissão do obreiro prevista para uma determinada data, caso a prestação de serviços seja adiada sem prévio e razoável aviso, esse tempo também será considerado à disposição do empregador.⁵

Ademais, se maior que 10 minutos, o deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, mesmo que não se tenha batido o ponto, será considerado em entendimento sumulado pelo TST como tempo à disposição do empregador⁶, o que parece ter sido conservado mesmo com a nova lógica de “tempo à disposição” decorrente da reforma trabalhista.

De fato, o texto reformado enxugou bastante o conceito até então vivenciado de “tempo à disposição”, reduzindo-o expressivamente. A leitura comparada não deixa dúvidas:

⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 620.

⁶ Nesse sentido, a Súmula n. 429 do TST informa: TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. ART. 4º DA CLT. PERÍODO DE DESLOCAMENTO ENTRE A PORTARIA E O LOCAL DE TRABALHO - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/5/2011. Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários.

REDAÇÃO ANTIGA	NOVA REDAÇÃO
<p>Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada. Parágrafo único - Computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e por motivo de acidente do trabalho. (Incluído pela Lei n. 4.072, de 16/6/1962)</p>	<p>Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada. § 1º Computar-se-ão, na contagem de tempo de serviço, para efeito de indenização e estabilidade, os períodos em que o empregado estiver afastado do trabalho prestando serviço militar e por motivo de acidente do trabalho. § 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, busca proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:</p> <ul style="list-style-type: none"> I - práticas religiosas; II - descanso; III - lazer; IV - estudo; V - alimentação; VI - atividades de relacionamento social; VII - higiene pessoal; VIII - troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa. (NR)

Em suma, com o advento da reforma trabalhista ocorre verdadeira flexibilização da ficção da disponibilidade. Partindo dos incisos do § 2º do artigo 4º, é possível perceber que nem sempre será computado como tempo à disposição o período em que o empregado esteja no trabalho ou na empresa. O tempo gasto com atividades de cunho religioso, momentos de repouso ou recreação, de estudo, de alimentação, ou de interações sociais não será mais considerado tempo à disposição do empregador, nem incluído na jornada de trabalho.

Antes da nova redação, o período de tempo consumido com a troca de uniforme, aparelhagem para o trabalho realizado, maquiagem e composição do personagem em meio artístico, dentre outros, era considerado tempo à disposição do empregador. Todavia, tendo em vista as alterações do dispositivo legal em questão, a “troca de roupa ou uniforme” tampouco será contabilizada como período de trabalho, salvo “[...] quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.”

Ademais, por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado o período em que o empregado, por escolha própria, busque proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas.

Nesse particular, vale destacar que, mesmo nos casos em que o trabalhador busque proteção pessoal dentro da empresa, ainda que por escolha própria, ou em qualquer uma das situações propostas no novel § 2º, se, de fato, houver prestação de serviço efetivo durante o período, logicamente o tempo será computado na jornada de trabalho.

Outra mudança importante no que se refere ao cômputo da duração do trabalho diz respeito ao tempo de deslocamento entre a casa do trabalhador e seu respectivo ofício. As horas *in itinere* deixam de ser juridicamente relevantes. Trata-se de considerável parcela de areia que deixa a ampulheta.

O § 2º do artigo 58 da CLT, conforme redação antiga, havia sido incluído pela Lei n. 10.243, de 19/6/2001, inspirada em jurisprudência inclusive posteriormente sumulada⁷ do TST, a qual interpretava extensivamente

⁷ Súmula n. 90 do TST: HORAS *IN ITINERE*. TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas n. 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais n. 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25/4/2005. I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula n. 90 - RA 80/1978, DJ 10/11/1978) II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas *in itinere*. (ex-OJ n. 50 da SBDI-1 - inserida em 1º/2/1995) III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas *in itinere*. (ex-Súmula n. 324 - Res. 16/1993, DJ 21/12/1993) IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as

o artigo 4º da Consolidação.⁸ Por tal entendimento, compreendia-se o período de traslado casa-trabalho-casa como tempo à disposição do empregador, logo, equivalente ao de “serviço efetivo”. Seria computado, portanto, como parte integrante da jornada laborativa o tempo despendido nesse deslocamento, quando presentes dois requisitos⁹: (i) fosse considerado o local de trabalho de difícil acesso ou, ainda, alternativamente, não servido por transporte público regular; e (ii) fosse a condução fornecida pelo empregador.

Com a reforma, as horas *in itinere* deixam de integrar a jornada por não serem consideradas “horas à disposição” do empregador.

De fato, as horas *in itinere* eram instituto que retratava uma invenção jurisprudencial a qual já dava sinal de desgaste e despropósito. Já era possível perceber nos tribunais alguma flexibilização do instituto. Em recente julgado do Recurso Extraordinário n. 895.759/PE, o voto condutor do acórdão, proferido pelo Ministro Roberto Barroso, reformou decisão que sustentava a indisponibilidade das horas *in itinere* em acordo coletivo, em consonância com o artigo 58, §§ 2º e 3º. O acordo coletivo em questão, inclusive, segundo o acórdão referido, embora suprimisse as horas *in itinere*, concedia uma série de outras vantagens, acima daquelas dispostas pela lei ao trabalhador,

[...] tais como fornecimento de cesta básica durante a entressafra; seguro de vida e acidentes além do obrigatório e sem custo para o empregado; pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários-mínimos [...]. [entre outras]¹⁰

Em análise superficial, parece positiva a exclusão das vetustas horas *in itinere* do cômputo da jornada, o que, de certa forma, poderá, inclusive, estimular a concessão de transporte do trabalhador pela empresa no trajeto casa-trabalho. No entanto, algumas conjeturas incomodam. Imagine-se o obreiro que labora em plataforma a qual acessa via helicóptero do empregador, por exemplo. Não havendo condições climáticas para voo, perderá o dia de

horas *in itinere* remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula n. 325 - Res. 17/1993, DJ 21/12/1993) V - Considerando que as horas *in itinere* são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ n. 236 da SBDI-1 - inserida em 20/6/2001.)

⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 622.

⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 982.

¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 895.759/PE, Rel. Min. Teori Zavascki, decisão monocrática, DJe 13/9/2016.

trabalho? Sua jornada só começará a contar quando aterrissar no local de trabalho? Seria possível caracterizar o tempo no helicóptero como período à disposição? São questões que desafiam uma reflexão menos precipitada, sob pena de se validar uma interpretação grotesca da extirpação das horas *in itinere* do cômputo da jornada.

Dando sequência ao elenco de interregnos temporais que passam a ser indiferentes ao Direito, vale uma breve exposição dos sujeitos excluídos do capítulo da jornada constante da Consolidação. É dizer, em relação a eles, pouco importa a duração do período em que estejam à disposição do empregador. Nesse aspecto, fechando os diagnósticos mais relevantes, dispõe o artigo 62 da CLT sobre aqueles cujo tempo de trabalho revele-se insensível, uma vez excluídos do regime de duração do trabalho.¹¹

Nas palavras de Gustavo Garcia, em relação aos trabalhadores que protagonizam o artigo 62, as “[...] próprias condições especiais em que o trabalho é desempenhado [...]” tornam “[...] as disposições pertinentes à duração do trabalho incompatíveis com o regime diferenciado dos referidos trabalhadores.”¹² O critério, em verdade, teria, originariamente, cunho predominantemente prático: se o trabalho não pode ser controlado ou fiscalizado, será impossível aferir a real jornada do empregado.¹³

Como indica o inciso I do referido dispositivo, não são abarcados pela jornada de trabalho os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de um horário de trabalho; ou seja, executam seus serviços fora das dependências da empresa e distantes de qualquer forma de fiscalização ou controle. Os trabalhadores externos podem ser divididos em 3 grupos¹⁴: (i) aqueles cuja jornada é imensurável, ou de difícil controle; (ii) aqueles obrigados a, durante o expediente, passar pelo estabelecimento empresarial, podendo ou não ser fiscalizados; (iii) aqueles que, apesar de trabalhar em ambiente externo, estão sujeitos a controle de horário. Segundo a doutrina majoritária, apenas o primeiro e parte do segundo grupo não se sujeitariam ao regime da duração do trabalho, uma vez confirmada a presunção jurídica de horário e produção incontrolável ou ineficaz.¹⁵

¹¹ Pode-se assim afirmar, uma vez que a expressão “regime previsto neste capítulo” refere-se ao “Capítulo II da CLT - Da Duração do Trabalho”.

¹² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 963.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.021.

¹⁴ CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 673.

¹⁵ *Ibidem*, p. 674.

Não compartilhamos dessa concepção. A lei simplesmente excluiu o trabalhador externo do capítulo da jornada de trabalho. Ainda que a possível origem da *mens legis* tenha sido, de fato, a viabilidade do controle, fato é que a lei não justificou nem adjetivou a opção da exclusão. Daí, sempre nos pareceu que o trabalhador externo, independentemente de ter ou não o horário controlado, por opção legislativa, teria a contagem do tempo à disposição como juridicamente irrelevante.

O inciso II do artigo 62 da CLT, por sua vez, exclui do capítulo da jornada de trabalho grupo de trabalhadores investidos de uma parcela maior do poder empregatício, pelo que não se submeteriam a estrito controle de horário. Os altos empregados são aqueles que, dentro do universo interno empresarial de hierarquia e distribuição de poderes, acabam por concentrar prerrogativas de direção e gestão próprias ao empregador. São empregados que, em razão dos poderes e prerrogativas que lhe são concedidos no contexto de estruturação e organização intraempresariais, são considerados como *longa manus* do próprio empregador.

Antes do advento da Lei n. 8.966/94, a alínea “b” do artigo 62 da CLT reportava-se aos

[...] gerentes, assim considerados os que, investidos de mandato, em forma legal, exerçam encargos de gestão, e, pelo padrão mais elevado de vencimentos, se diferenciem dos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso semanal.

Apenas exercia cargo ou função de confiança aquele situado na mais alta hierarquia administrativa da empresa. Eram conferidos ao empregado ocupante amplos poderes de representação e de decisão, cujo exercício colocasse em jogo a própria existência da empresa, seus interesses fundamentais, sua segurança e a ordem essencial ao desenvolvimento de sua atividade.

Com a evolução da matéria, a Lei n. 8.966/94 alterou a redação do artigo 62 da CLT, impondo modificações no conceito legal do cargo de confiança, reportando-se o dispositivo aos “[...] gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.” Com a progressão legislativa, deram-se contornos objetivos ao pressuposto do padrão remuneratório mais elevado, constando, no parágrafo único do mesmo artigo 62 da CLT, que:

O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).

A alteração legislativa que importou em verdadeira mudança de paradigma manteve o requisito das elevadas funções e atribuições de gestão, enquadrando, contudo, no respectivo tipo legal, os cargos de diretores e chefes de departamento ou filial, os quais, via de regra, não possuíam poderes tão elevados quanto àqueles exigidos pela redação anterior. Ou seja: já não mais seria preciso ter poderes de mandato para o enquadramento na exceção do artigo 62.

De todo modo, o enquadramento ou não na exceção do artigo 62 viveu período de altos e baixos, jamais tendo conquistado a paz em infinitas celeumas jurídicas. Doravante, em boa hora, a definição de cargo de confiança, para os efeitos ora refletidos, passa a poder ser objeto de convenção coletiva, o que certamente importará maior segurança e previsibilidade para as relações de trabalho.¹⁶

A reforma trabalhista incluiu um terceiro personagem a dispensar o cômputo do tempo de labor, quem seja, o teletrabalhador.

De acordo com dados levantados pela Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades - SOBRATT - em 2014, existiam por volta de 12 milhões de teletrabalhadores no país, predominantemente nas áreas de TI, comunicações, vendas.¹⁷

No Brasil, o teletrabalho, realidade de uma parcela considerável da população, possui em torno de trinta anos de existência. De fato, nos últimos tempos, ao redor do globo, diversos foram os estudos acerca do fenômeno, que se expandiu e tem crescido em velocidade assustadora, consolidando tendência decorrente da avançada modernização tecnológica que revolucionou as interações sociais das últimas décadas e de sua consequente dinâmica.

Em 1985, o teletrabalho, dando seus primeiros passos em busca do autoconhecimento, deu origem a um livro¹⁸ que analisou aproximadamente 50 definições de *telework*, ao que concluiu que a referida prática tem orbitado sempre em torno de três conceitos: infraestrutura (no sentido de organização da atividade), localidade e tecnologia.¹⁹

¹⁶BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho, art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 229, de 28/2/1967)

¹⁷Disponível em: <<http://macdatanews.com/brasil-ja-conta-com-ao-menos-12-milhoes-de-teletrabalhadores-garante-alvaro-mello/>>. Acesso em: 04 set. 2017.

¹⁸DE BEER, A.; BLANC, G. *Le travail à distance: enjeux et perspective, une analyse documentaire*. Paris, França: Associação Internacional Futuribles, 1985.

¹⁹No original: "*organisation, implantation et technologie*".

A definição de teletrabalho adotada pela OIT (Organização Internacional do Trabalho), e endossada mundialmente, parece conter os três pilares essenciais:

[...] a forma de trabalho efetuada em lugar distante do escritório central e/ou do centro de produção, que permita a separação física e que implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação.²⁰
(grifos nossos)

Para a nova redação da CLT, configurará teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Repare-se que mesmo eventual comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas não descaracterizará o regime de teletrabalho, o qual deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho.²¹

O texto reformado permite a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual. Assim, o trabalhador com contrato em curso poderá deixar de ter seu tempo à disposição computado a partir da conversão da tipologia contratual, passando, por exemplo, a não receber mais adicional noturno ou horas extras, ainda que, em casa, labore durante a noite ou muito além das oito horas de jornada.

No que tange ao teletrabalhador, destaque-se que, mesmo sendo perfeitamente possíveis o controle, a fiscalização e a mensuração do trabalho executado, a opção legislativa foi objetiva. Ou seja, para o teletrabalhador, ainda que haja controle de sua jornada pelos meios tecnológicos, como *login/logout*, *chat*, número de toques e/ou atendimento, GPS, telefones, rádios, *web* câmeras, *intranet* etc., o fato é que o tempo de trabalho do mesmo será juridicamente irrelevante e indiferente, a menos que haja acordo dispondo de outra forma.²²

²⁰DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda. *Telework: a new way of working and living*. International Labour Review, Vol. 129, 1990, n. 5, p. 2. Disponível em: <<http://www.oit.org/public/english/support/itcom/downloads/pdf/distance.pdf>.> Acesso em: 04 set. 2017.

²¹A responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como o reembolso de despesas arcadas pelo empregado serão previstos em contrato escrito.

²²BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho, art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

2 A LIMITAÇÃO DO TEMPO DE LABOR

Historicamente, a jornada de trabalho, atingindo de 12 a 16 horas no auge do fenômeno da Revolução Industrial, obteve sua primeira restrição legal expressiva na Inglaterra, em 1847, quando limitada a 10 horas diárias, ao que foi seguida, no ano seguinte, pela França, e pelos Estados Unidos em 1886, estabelecendo limite equivalente a 8 horas diárias.

Em 1891, a partir da Encíclica “*Rerum Novarum*” do Papa Leão XIII, a limitação da jornada para oito horas de trabalho passou a ser generalizada²³ até que, em 1948, as restrições da duração do trabalho restaram finalmente inseridas na Declaração Universal dos Direitos do Homem²⁴, em seu artigo XXIV, através da expressão “limitação razoável das horas de trabalho”.²⁵

No Brasil, em 1932, via regularizações específicas do comércio e da indústria, passando por todas as nossas Constituições desde a de 1934, fixou-se o limite de oito horas dia.²⁶

São as seguintes razões, em linhas gerais, que fundamentam a ingerência do Estado, por meio de normas imperativas, na fixação contratual da duração “normal” do trabalho: (i) de natureza biológica, uma vez que tal limitação tem por escopo combater os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga e da excessiva racionalização do serviço; (ii) de caráter social, pois possibilita ao trabalhador viver, como ser humano, na coletividade a que pertence, gozando os prazeres materiais e espirituais criados pela civilização, entregando-se à prática de atividades recreativas, culturais ou físicas, aprimorando seus conhecimentos e convivendo, enfim, com sua família; e (iii) de cunho econômico, porquanto restringe o desemprego e acarreta, pelo combate à fadiga, um rendimento superior na execução do trabalho.²⁷

²³ SÚSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à consolidação das leis do trabalho e à legislação complementar*. Freitas Bastos, 1960. p. 306.

²⁴ Diz Flávia Piovesan, em seu artigo “Direitos Humanos e o Trabalho”: “Introduz ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade.” E, em seguida, “[...] está definitivamente superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos e culturais não são direitos legais [...] São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância.” Quer dizer, não apenas os direitos sociais na DUDH contidos têm sua importância reconhecida e são exigíveis em juízo, como sua base é a dignidade da pessoa humana, também pilar de nossa CF88. (FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. *Direito do trabalho e direitos humanos*. São Paulo: BH Editora e Distribuidora de Livros, 2006. p. 291-297.)

²⁵ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 932.

²⁶ *Ibidem*, p. 933.

²⁷ SÚSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 801.

Em breve apanhado, o parâmetro ordinário de duração do tempo de serviço foi fixado pela Constituição Federal em termos diários e semanais. Dispõe a primeira parte do artigo 7º da Constituição ser “[...] a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais.” Será considerado extraordinário todo o tempo de serviço que extrapolar as 8 horas diárias e 44 semanais.

3 A EXTRAPOLAÇÃO DOS LIMITES DA JORNADA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O empregado que excede o tempo limite de trabalho deverá ser compensado. Essa compensação poderá ocorrer de duas possíveis maneiras; é dizer: ou ele receberá o valor das horas extras trabalhadas calculadas com adicional mínimo de 50%, ou ele poderá ganhar o tempo extra de volta, ou seja, trabalhará menos exatamente pelo mesmo período ao qual viu seu limite de jornada ser ultrapassado. Em suma: quem trabalha além da conta recebe dinheiro ou tempo a mais de volta.

Para o pagamento das horas extras não haverá mistérios: o trabalhador deverá receber a hora cheia com adicional mínimo e irrenunciável de 50%.²⁸

Para a compensação, algumas regras deverão ser observadas e sobre elas discorreremos mais adiante.

4 COMPENSAÇÃO DE JORNADA - REGRAS GERAIS

Quando a opção for receber o tempo ultrapassado de volta, a nova lei trouxe regras as quais deixam superadas as atuais disposições constantes da Súmula n. 85 do TST.²⁹

²⁸BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho, art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: [...] X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; [...].

²⁹Tribunal Superior do Trabalho, Súmula 85 TST, COMPENSAÇÃO DE JORNADA (inserido o item VI - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 3/6/2016. I. A compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (ex-Súmula n. 85 - primeira parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21/11/2003) II. O acordo individual para compensação de horas é válido, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário. (ex-OJ n. 182 da SBDI-1 - inserida em 8/11/2000) III. O mero não atendimento das exigências legais para a compensação de jornada, inclusive quando encetada mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária, se não dilatada a jornada máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (ex-Súmula n. 85 - segunda parte - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21/11/2003) IV. A prestação de horas extras habituais descaracteriza o acordo de compensação de jornada. Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto àquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas

Inicialmente, destaque-se que, consoante reza o novel artigo 59-B da CLT, o não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implicará a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

Ademais, o mesmo artigo ainda esclarece que a prestação de horas extras habituais não descaracterizará o acordo de compensação de jornada nem tampouco o banco de horas.

Finalmente, caso o contrato de trabalho seja rescindido sem ter havido a compensação integral da jornada extraordinária em crédito para o trabalhador, o obreiro terá direito ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão.

O regime de compensação poderá ser estabelecido por três vias distintas, quais sejam, acordo individual tácito, acordo individual expresso e acordo coletivo.

O acordo tácito individual, conforme o § 6º do artigo 59 da CLT, poderá reger a compensação de jornada no tocante ao (i) módulo diário; (ii) módulo semanal; e (iii) módulo mensal.

Já o acordo individual escrito poderá autorizar a compensação de jornada dentro dos seguintes limites: (i) módulo diário; (ii) módulo semanal; (iii) módulo mensal; e (iv) módulo semestral. Outrossim, o acordo individual será suficiente para dispor sobre (v) os intervalos para amamentação da mulher.³⁰

O regime de doze horas seguidas por trinta e seis interruptas de descanso, na redação original do artigo 59-A da CLT determinada pela Lei n. 13.467/17, poderia ser estabelecido por acordo individual escrito. Porém, a recentíssima Medida Provisória n. 808/17 admite a instituição de tal jornada de trabalho apenas por convenção coletiva ou acordo coletivo.³¹

o adicional por trabalho extraordinário. (ex-OJ n. 220 da SBDI-1 - inserida em 20/6/2001) V. As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade "banco de horas", que somente pode ser instituído por negociação coletiva. VI - Não é válido acordo de compensação de jornada em atividade insalubre, ainda que estipulado em norma coletiva, sem a necessária inspeção prévia e permissão da autoridade competente, na forma do art. 60 da CLT.

³⁰ BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho, Art. 396 - Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais, de meia hora cada um. [...] § 2º Os horários dos descansos previstos no *caput* deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador.

³¹ BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho, Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 e em leis específicas, é facultado às partes, por meio de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

No informativo n. 839 do Supremo Tribunal Federal, é possível verificar que a Suprema Corte, na ADI n. 4.842, que julgava o caso da carga horária do bombeiro civil, entendeu ser constitucional a jornada de 12 por 36, não a reputando extenuante.³²

A respeito da possibilidade de se pactuar esse tipo de jornada por acordo individual, a opção legal nos parece plenamente conforme com o querer constituinte. Isso porque a Constituição Federal, no artigo 7º, inciso XIII, não deixou dúvidas de que o acordo (não adjetivado e, portanto, coletivo ou individual) e a convenção coletiva são instrumentos legítimos de flexibilização. Em outras passagens, como as que se deram nos incisos VI e XXVI do mesmo artigo, o constituinte esclareceu que o acordo a que se refere somente poderá ser o coletivo. Não se pode ignorar ou fazer vista grossa a tão clara vontade constitucional.³³

A convenção e o acordo coletivo autorizam a compensação de jornada também dentro dos limites admitidos para o acordo individual tácito e escrito; é dizer: (i) módulo diário; (ii) módulo semanal; (iii) módulo mensal; (iv) módulo semestral; (v) regramento acerca dos intervalos para amamentação da mulher; (vi) instituição de regime de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso. Porém, as normas coletivas ainda poderão mais. O artigo 611-A da CLT assegura a prevalência do acordo coletivo sobre a lei quando dispuser sobre “pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais”, (vii) “banco de horas anual” e (viii) “intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas.”

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

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

³² Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.842, Rel. Min. Edson Fachin, p. 8/8/2017. Destaca-se a seguinte passagem do inteiro teor do referido acórdão: “A jornada de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso não afronta o art. 7º, XIII, da Constituição da República, pois encontra-se respaldada na faculdade, conferida pela norma constitucional, de compensação de horários.”

³³ Constituição Federal, art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; [...] XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; [...] XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; [...].

5 INTERVALOS

A CLT prevê, além do intervalo obrigatório de onze horas consecutivas entre duas jornadas de trabalho (artigo 66, mantido na íntegra pela reforma³⁴), um intervalo, no curso de cada jornada, para repouso ou alimentação (artigo 71). Como é cediço, àquele dá-se a denominação de intervalo interjornada; ao segundo, intervalo intrajornada.

De acordo com dicção do § 2º do artigo 71 da CLT³⁵, os chamados intervalos intrajornada não se computam na duração do trabalho. Disso decorrem efeitos práticos importantes. Por não integrar a jornada de trabalho, o tempo correspondente ao intervalo para repouso ou alimentação não é remunerado pelo empregador. Destarte, quando a Constituição menciona que a duração normal do trabalho, em termos diários, é de oito horas, não está incluindo aí o intervalo intrajornada. Isso significa que, durante o período de descanso, o empregado não está à disposição de seu empregador, isto é, nem está prestando serviços, tampouco aguardando ordens.

A disciplina legal quanto aos intervalos intrajornada impacta alterações relevantes no atual cenário. Doravante, reza a lei que a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo implicará o pagamento - e a título meramente indenizatório - apenas do período suprimido, com acréscimo de 50%, o que implica superação *in totum* do entendimento consubstanciado na Súmula n. 437 editada pelo Tribunal Pleno do Colendo Tribunal Superior do Trabalho³⁶, na sessão extraordinária do dia 14/9/2012,

³⁴BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho, art. 66 - Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso.

³⁵BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho, art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas. [...] § 2º - Os intervalos de descanso não serão computados na duração do trabalho.

³⁶BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Súmula-437 INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais n. 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27/9/2012 I - Após a edição da Lei n. 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração. II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), ofensa à negociação coletiva. III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei n. 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais. IV - Ultrapassada habitualmente a

na qual se aprovaram modificações na jurisprudência da Corte, com a unificação das Orientações Jurisprudenciais n. 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1, relativas ao intervalo intrajornada.

Outra alteração que merece registro diz respeito à revogação do intervalo de quinze minutos constante do artigo 384 da CLT³⁷, dispositivo o qual, diga-se de passagem, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 658.312, com repercussão geral reconhecida, havia firmado a tese da respectiva recepção pela Constituição da República de 1988.³⁸

6 CONCLUSÃO

A reforma trabalhista confere ares mais flexíveis à CLT, notadamente no que se refere à duração do trabalho, aspecto primordial das relações entre empregados e empregadores.

Tradicionalmente, o tempo admitido como jornada de trabalho era o que o empregado ficava à disposição do empregador. Contudo, em um mundo de relações trabalhistas tão dinâmicas, a CLT voltou a flexibilizar a ficção da disponibilidade, trazendo uma série de exceções de intervalos de tempo em que o empregado pode estar no trabalho e, mesmo assim, não estar cumprindo sua jornada, de acordo com os incisos do § 2º do artigo 4º da CLT.

A alteração legislativa também inovou ao acrescentar, no rol dos trabalhadores que não têm suas jornadas computadas, o teletrabalhador, mesmo que sua jornada seja rigorosamente fiscalizada.

Os acordos de compensação ganharam destaque nas versões tácita ou expressa individual e coletiva. Enquanto o acordo individual tácito poderá regular horas a serem compensadas até mensalmente, o escrito pode expandir esse prazo por seis meses, regular os intervalos para amamentação da mulher e instituir o regime de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso. Já a convenção e o acordo coletivo podem tratar de compensações anuais e até de redução de intervalo intrajornada para, no mínimo, trinta minutos para jornadas superiores a seis horas.

jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, *caput* e § 4º da CLT.

³⁷BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho, art. 384 - Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.

³⁸BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário (RE) 658.312: Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito do Trabalho e Constitucional. Recepção do art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho pela Constituição Federal de 1988. Constitucionalidade do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia. Mantida a decisão do Tribunal Superior do Trabalho. O referido acórdão foi anulado, em decisão posterior, por vício processual, estando, atualmente, com vistas ao Ministro Gilmar Mendes.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the amendment of Law 13.467/2017, regarding the work journey, focusing on the need to understand the new time counting system, in view of the new models of labor relations. The new edition of the “CLT” prioritized as work time, one that effectively exercised some work activity, no longer serving as a basis for spending on recreational or religious activities, for example. In addition, great change was found regarding the possibility of compensation of the hours worked beyond the regular work journey, gaining a lot of space the individual and collective agreement.

Keywords: *Journey. New models. Time available. Counting. Flexibilization. Teleworking. Journey compensation. Break.*

REFERÊNCIAS

- DE BEER, A.; BLANC, G. *Le travail à distance: enjeux et perspective, une analyse documentaire*. Paris, França: Associação Internacional Futuribles, 1985.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. São Paulo: Sextante, 1997.
- DI MARTINO, Vittorio; WIRTH, Linda. *Telework: a new way of working and living*. International Labour Review. Vol. 129, 1990, n. 5. Disponível em: <<http://www.oit.org/public/english/support/itcom/downloads/pdf/distance.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2017.
- FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. *Direito do trabalho e direitos humanos*. São Paulo: BH Editora e Distribuidora de Livros, 2006.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- LOIOLA, Rita. O futuro do trabalho. *Revista Galileu*, 2008. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Galileu/0EDG86980-7855-216,00-O+FUTURO+DO+TRABALHO.html>>. Acesso em: 04 set. 2017.
- PINTO, Sérgio. *Direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Comentários à consolidação das leis do trabalho e à legislação complementar*. Freitas Bastos, 1960.
- _____. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999.

A REFORMA TRABALHISTA E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

THE LABOR REFORM AND THE DISREGARD OF LEGAL PERSONALITY

Adriana Campos de Souza Freire Pimenta*
Leonardo Evangelista de Souza Zambonini**

SUMÁRIO

**A REFORMA TRABALHISTA E A ESSÊNCIA DO DIREITO DO
TRABALHO**
**CONCILIAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS DO
CONTRADITÓRIO E DA EFETIVIDADE - ESPECIFICIDADES DO
PROCESSO DO TRABALHO**
**A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O
PROCESSO DO TRABALHO**
CONCLUSÃO
REFERÊNCIAS

RESUMO

O presente artigo analisa as alterações sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica promovidas pela Lei n. 13.467/2017, sob a óptica do desenvolvimento dos direitos fundamentais, notadamente os que se referem às relações de trabalho. Tal qual em outras áreas do Direito, o Direito do Trabalho procura compensar com uma desigualação legal em sentido inverso a desigualdade econômica que, por definição, encontra-se presente entre patrões e empregados. O Processo do Trabalho, dotado de autonomia didática e doutrinária, possui princípios próprios, *v.g.*, celeridade, concentração, informalidade, oralidade, economia processual, dentre outros, plenamente compatíveis com o arcabouço principiológico constitucional citado, afinal voltado, precipuamente, para a efetivação prática do Direito do Trabalho (artigo 7º da CF/88), este, por sua vez, tendo por função primeira a proteção ao trabalhador hipossuficiente.

* Juíza do Trabalho, Titular da 34ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo.

** Analista Judiciário vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, comissionado a assistente e Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Execução. Incidente de descon sideração da pessoa jurídica. Direito Processual Civil.

A REFORMA TRABALHISTA E A ESSÊNCIA DO DIREITO DO TRABALHO

Ao argumento de modernizar as relações de trabalho no Brasil, entrará em vigor, após cento e vinte dias de sua publicação, havida em 13 de julho de 2017, a Lei n. 13.467, responsável pela maior flexibilização de direitos de que a seara trabalhista já foi alvo, manejada com o declarado fim de estimular a economia nacional, por meio da desregulamentação das relações laborais e sensível afastamento do Estado do papel de tutela que lhe era afeto. A partir de agora, como querem as alterações, o Governo haverá de se pautar pelo princípio da intervenção mínima, em sentido diametralmente oposto aos valores até então consolidados.

Com efeito, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT -, publicada em 1º de maio de 1943, mas já bastante modificada ao longo desses setenta anos, teve por linha condutora o princípio da proteção ao hipossuficiente, princípio este da essência do Direito do Trabalho, à consideração de que parte, enquanto sistema normativo, do pressuposto, tão assentado historicamente, da disparidade de forças inerentes às relações laborais.

Princípios, como se sabe, são uma proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos. Constituem, nas palavras de *Robert Alexy*, “mandados de otimização”¹, na medida em que demandam, na melhor forma possível, realização do arcabouço axiológico que refletem, segundo o qual o ordenamento jurídico deve ser erigido, ou seja, com fins à consecução daqueles valores.

Por isso, princípios, aqui tratando dos princípios com assento constitucional, têm conteúdo normativo, o qual vincula não só o intérprete, mas também o legislador, que fica impedido de editar regras que venham a contrariá-los, vedação, aliás, que é da essência do sistema democrático, no qual o poder político originário permanece afeto ao povo, a quem cabe, como soberano, determinar os rumos à luz dos quais pretende desenvolver-se como sociedade.

Canotilho define princípio como “[...] conjunto de normas constitutivas para a identidade de uma ordem política e social e do seu processo de realização [...]”, afirmando que a Norma Fundamental de um Estado

¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 112. (tradução livre)

[...] ordena o processo da vida política e fixa limites às tarefas do Estado e da comunidade; mas é também um documento prospectivo na medida em que formula os fins sociais mais significativos e identifica o programa da ação constitucional.²

Em sede de Direito Individual do Trabalho, destaca-se, como já pontuamos, o princípio da proteção, voltado para a parte mais fraca e que busca compensar, com uma desigualação jurídica, em sentido inverso, a desigualdade fática, em homenagem ao princípio da igualdade em sua concepção material, segundo a qual os desiguais devem ser tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades.

A proteção ao empregado tem uma série de desdobramentos e assento constitucional no artigo 7º, *caput*, que estabelece os direitos dos “[...] trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.” (grifamos)

Referido dispositivo estabelece, na dicção de Mauricio Godinho Delgado, Professor e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, uma função civilizatória e democrática.³

A partir do princípio da proteção, vários outros de direito individual e de direito coletivo do trabalho se consagram, porque o legislador constituinte brasileiro fez a opção clara pela efetividade dos direitos fundamentais sociais.⁴

Estamos em sede de direitos fundamentais de segunda (sociais) ou terceira geração (metaindividuais) em que, ao contrário dos direitos fundamentais de primeira geração, não se buscam, apenas, direitos e garantias diante do Estado, como liberdade e igualdade, mas, sim, prestações positivas que assegurem melhores condições de vida a todos os cidadãos e a eliminação dos denominados vazios de tutela pela extensão, aos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos)⁵, da proteção jurisdicional antes assegurada apenas aos direitos subjetivos tradicionais, de natureza estritamente individual.

Os direitos de segunda geração, também denominados prestacionais ou liberdades positivas, voltam-se, com efeito, à promoção da igualdade social, por meio de mandamentos que têm no Estado seu principal destinatário, a quem cabe o implemento da qualidade de vida de quem não

² CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional*, Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 147.

³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 55-59.

⁴ Sobre o tema já tivemos a oportunidade de escrever: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. *Modelo de asociación sindical en el presente: la experiencia brasileña*. In: *II Jornada de Derecho Laboral 2014 - II Congreso Latinoamericano de Derecho Material y Procesal del Trabajo*, Bogotá, 2015. p. 167-191.

⁵ Definidos no parágrafo único do artigo 81 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor.

tenha, por si, condições de alcançar melhorias em sua condição. Tais direitos, ademais, possuem avultada importância na seara trabalhista, porquanto constituem o cerne ou o eixo constitucional pétreo de regramento protetivo dos trabalhadores, em geral, e, principalmente, dos empregados.⁶

Em resumo, aos poucos foi sendo operada uma evolução dos direitos fundamentais, com a superação histórica do paradigma liberal individualista.⁷

O professor Cristiano Paixão⁸, de forma lapidar, trata a questão das conquistas e da ampliação dos direitos em nosso país, mormente dos direitos sociais:

Assim, os direitos sociais não são fruto de uma concessão de atores políticos à classe trabalhadora num determinado momento da trajetória política brasileira. Eles foram, em verdade, construídos pelos atores sociais ao longo de lutas, demandas, confrontos e estratégias de ação. É uma história rica e permeada de elementos contrastantes, e que precisa, sempre, ser resgatada. Quando se fala em interpretação constitucional, especialmente em matéria de direitos sociais, o que se coloca é a titularidade desse movimento de leitura e escritura, pois o texto constitucional se projeta para o futuro unicamente na perspectiva hermenêutica. Ele não existe fora de um contexto de aplicação. E há muitos atores envolvidos nesse movimento de leitura e escritura - as instituições, como os tribunais, são apenas um desses atores. São necessários, mas não são dominantes. Devem ser abertos à ressignificação constante do texto, e não enclausurados num universo de autorrepetição.

Movimentos sociais, compreendidos como sujeitos coletivos de direito, como é o caso dos sindicatos, são eles também autores do texto constitucional, na perspectiva em que foram protagonistas na sua escritura - e devem persistir nesse papel em sua releitura e reescritura. A linguagem dos direitos, particularmente no mundo do trabalho, desafia uma incessante reconstrução. Como dito por um narrador ao descrever uma experiência intensa de concentração de significados: "Toda linguagem é um alfabeto de símbolos cujo exercício pressupõe um passado que os interlocutores compartilham." Esse passado, no mundo do trabalho, é o do protagonismo dos trabalhadores na luta por aquilo que, na experiência brasileira, se resume, de modo inovador, numa tríade discursiva: trabalho, constituição e cidadania.

⁶ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

⁷ Vide DELGADO, Mauricio Godinho. As funções do direito do trabalho no capitalismo e na democracia. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da república e direitos fundamentais - dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 75.

⁸ PAIXÃO, Cristiano. Mundo do trabalho entre passado e futuro: das greves de 1978/1980 à assembleia nacional constituinte de 1987/1988. In: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Janotti da (Coord.). *Como aplicar a CLT à luz da constituição*. São Paulo, 2016. p. 36-43.

E, ao contrário do que faça crer o fato de sempre vincularem, direta ou indiretamente, o Estado, os direitos fundamentais não são oponíveis apenas em face dele.

A eficácia horizontal desses direitos fundamentais, conceituada por Carlos Henrique Bezerra Leite como aquela que “[...] decorre do reconhecimento de que as desigualdades estruturantes não se situam apenas na relação entre o Estado e os particulares, como também entre os próprios particulares [...]”⁹, também é muito importante.¹⁰

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de decidir:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE

⁹ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. *Revista LTr* 75-01/24-29.

¹⁰ PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. As ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares *et al.* (Coord.). *O que há de novo em processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 657-671.

NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

(Rel. Min. ELLEN GRACIE, rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 11/10/2005, 2ª T., DJ 27/10/2006, p. 64) - grifamos

O Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor são exemplos típicos de ramos jurídicos em que se parte de uma desigualação legislativa - onde as partes hipossuficientes são juridicamente protegidas - para se atingir a igualdade real entre particulares (empregado e empregador, empresa e consumidor), compensando-se a desigualdade existente no campo das relações econômicas e sociais. Ou seja, onde a igualdade formal¹¹ não é suficiente para assegurar, na prática, a igualdade real.

Isso é, nos dias de hoje, culturalmente mais facilmente aceito ao falarmos de Direito do Consumidor - embora se trate de ramo jurídico relativamente novo -, já que todos somos consumidores, pobres ou ricos, e temos consciência da nossa posição desprivilegiada perante as empresas, principalmente as de grande porte, cujos produtos, no mais das vezes, vemo-nos compelidos, pela cultura de massa de consumo, a adquirir - enquanto que, em relação aos trabalhadores, isso não acontece.¹²

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (CF/88)

¹² Sobre o tema, vide: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. *Substituição processual sindical*. São Paulo: LTr, 2011. p. 44.

Essa característica do Direito do Consumidor, que o assemelha ao Direito do Trabalho, é mencionada por *Gianpaolo Poggio Smanio*, dissertando sobre o princípio constitucional da vulnerabilidade do consumidor, com base no qual a legislação “[...] reconhece necessidade de sua proteção especial, porque reconhece a sua vulnerabilidade dentro da relação de consumo.”¹³

O já citado Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e Professor, Mauricio Godinho Delgado, em outra obra, conceitua o Estado Democrático de Direito, esclarecendo que o

[...] conceito inovador de Estado Democrático de Direito funda-se em um inquebrantável tripé conceitual: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; sociedade civil, concebida como democrática e inclusiva.¹⁴

Verificamos isso de forma mais enfática no Estado Brasileiro, que tem como fundamentos o valor do trabalho e da livre iniciativa, além da dignidade da pessoa humana¹⁵, todos no mesmo patamar.

Assim, a não ser que se pretenda afrontar, direta e propositalmente, a Norma Constitucional, não se pode falar em abandonar o princípio da proteção, explícito no já citado artigo 7º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal, este último ainda não regulamentado¹⁶, *in verbis*:

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

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

[...]

¹³ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 103.

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da república, estado democrático de direito e direito do trabalho. *In*: DELGADO, Gabriela Neves *et al.* (Coord.). *Direito constitucional do trabalho* - princípios e jurisdição constitucional do TST. São Paulo: LTr, 2015. p. 30.

¹⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

¹⁶ A Convenção 158 da OIT, relativa ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, em cumprimento ao texto constitucional insculpido no inciso I do artigo 7º, supramencionado, foi denunciada pelo então Presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso, em 20 de dezembro de 1996. Sobre os textos, consultar: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_158.html>. Acesso em: 09 ago. 2017.

Aliás, trata-se de um traço marcante das constituições democráticas do pós II Guerra, de Estados em que o nível de vida é, sabida e indiscutivelmente, superior ao nosso e a sociedade bem mais organizada, com menor desigualdade e sem tantos *gaps* de proteção.

Sobre o tema, Paulo Bonavides assim disserta¹⁷:

O Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade.

A Constituição francesa de 1946, tão prolixa na discriminação dos direitos sociais e tão sóbria respeitante aos direitos fundamentais e tradicionais, como direitos perante o Estado, juntamente com a Constituição de Bonn, que fundou, sem rodeios, um Estado Social, denotam a irrefragável preponderância da ideia social no constitucionalismo contemporâneo, mas nem por isso enfraquecem as esperanças de que esse princípio generoso e humano de justiça não se possa compadecer com a tese não menos nobre e verídica da independência da personalidade.

Vencidos os escolhos que apontamos, o Estado social da democracia realizará esse equilíbrio.

Daí a razão por que lhe consagramos nossa preferência política e doutrinária, sem embargo de reconhecermos, conforme ficou dito, as dificuldades que, na ordem positiva dos entrosques políticos, tão usualmente destroem a sua escala de valores e levantam no ânimo dos tímidos e desencorajados graves apreensões sobre o futuro da ideologia democrática.

A já tão espoliada América Latina não pode, por escolha sã, optar por dar as costas aos mais pobres e sem acesso à educação, à saúde, ao emprego, direitos assegurados a todos, indistintamente, no texto constitucional.¹⁸

O que devemos buscar é tornar realidade a constituição cidadã de 1988¹⁹, e não mudar o texto fundamental e a sua interpretação de modo a tornar nossa desigual condição atual justificada constitucional e legalmente.²⁰

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 204.

¹⁸ "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição."

¹⁹ Expressão empregada por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em relação à então nova Constituição Federal "[...] porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania." (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 90).

²⁰ Sobre o tema consultar dados do PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/03/21/politica/1490112229_963711.html>. Acesso em: 09 ago. 2017.

A propósito do continente sul-americano, como um todo, *Jürgen Weller* e *Claudia Roethlisberger*²¹:

En años recientes, muchos países de la región han hecho esfuerzos para mejorar la calidad de empleo, sobre todo por medio de la formalización de las relaciones laborales, pero también por medio del fomento de la capacitación y de la organización sindical. En efecto, para el fomento de la calidad del empleo por el lado de la institucionalidad, el contrato de trabajo aparece como instrumento clave, dado que está altamente correlacionado con casi todos los otros indicadores. Otras áreas con espacio para mejoras de la calidad de empleo por medio de intervenciones políticas son la jornada excesiva, la sindicalización y la capacitación, pero también otras que este trabajo dejó sin medir, como son la seguridad y la higiene en el trabajo.

Em consecuencia, se subraya por un lado la importancia de políticas para fomentar el crecimiento económico, la productividad laboral y la convergencia de la estructura productiva, y por el outro los espacios de la institucionalidad laboral para mejoras de la calidad del empleo, por medio de mecanismos legales y de la negociación colectiva.

Alterar uma legislação estruturada em torno de princípios próprios, direcionada a regulamentar as relações de trabalho e em estrita consonância com a CF/88, por si só, em nada moderniza a relação de trabalho. Ao contrário, ajuda a desconstruí-la, sem a substituir por algo com cientificidade e sistematização, permitindo, no nosso sentir, a possibilidade de exploração ilícita e desleal do mais fraco.

Bem por isso, e à consideração de que não é dado à lei excluir do Poder Judiciário o exame de lesão ou ameaça a direito, a teor do contido no inciso XXXV do art. 5º da Carta Política, entendemos que um dos mais propalados objetivos da reforma, a saber, evitar ou diminuir a judicialização

²¹WELLER, Jürgen; ROETHLISBERGER, Claudia. *La calidad del empleo en América Latina: un análisis de conjunto*. In: FARNÉ, Stefano (Comp.). *La calidad del empleo en América Latina a principios del siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 33-118.

Nos últimos anos, muitos países da região fizeram esforços para melhorar a qualidade do emprego, sobretudo através da formalização das relações de trabalho, mas também através da promoção da formação e da organização sindical. Com efeito, para promover a qualidade do emprego pelo lado das instituições, o contrato de trabalho aparece como um instrumento fundamental, uma vez que é altamente correlacionado com quase todos os outros indicadores. Outras áreas com espaço para melhoria na qualidade do emprego por intervenções políticas são a jornada excessiva, a sindicalização e a capacitação, mas também outros que este trabalho deixou sem medir, como segurança e higiene em trabalho.

Em consequência, destaca-se, por um lado, a importância das políticas para promover o crescimento econômico, a produtividade do trabalho e a convergência da estrutura de produção, e, por outro, os espaços de instituições de trabalho para melhorias na qualidade do emprego, através de mecanismos legais e da negociação coletiva. (tradução livre)

das relações de trabalho, também não será alcançado, e com muito mais razão nos primeiros anos de vigência das novas normas, à consideração de que, aos conflitos trazidos por elas, somar-se-ão outros, cuja origem remonte aos contratos de trabalho hoje celebrados à luz da antiga regulamentação.

Como já ponderamos, tal qual em outras áreas do Direito, o Direito do Trabalho procura compensar com uma desigualdade legal em sentido inverso a desigualdade econômica que, por definição, encontra-se presente entre patrões e empregados.

É também essencial a já igualmente mencionada valoração equitativa do trabalho e da livre iniciativa, sem nos olvidarmos da notória natureza alimentar do salário e da centralidade do trabalho na vida das pessoas, essencialmente dos mais pobres.

Em resumo, as partes contratantes não são idênticas e, como desiguais e nessa proporção, devem ser tratadas, de forma séria e leal, frisamos.

A prevalecer a ficção da igualdade absoluta entre elas, que, pelo menos, apliquemos o Código Civil, o qual prestigia a boa-fé nos negócios jurídicos, de forma sistemática e organizada, sem se olvidar da dignidade da pessoa humana e das conseqüentes normas de ordem pública, prevalentes onde o Estado tem por dever tutelar as relações.²²

Nesse sentido, é também a doutrina civilista, a partir do Código Civil/2002, conforme disserta Rose Melo Venceslau:

O Código Civil de 2002 rompeu com a estrutura codificada no tratamento do negócio jurídico ao consolidar a teoria dualista. Como se sabe, o Código Civil de 1916 adotou a teoria unitária do ato jurídico, disciplinando conjuntamente o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico. Ainda assim, via de regra, o estudo do tema considerava a existência de duas categorias distintas.

A categoria do negócio jurídico teve alta relevância num momento em que se procurava firmar a autonomia privada como autorreguladora das relações. Hoje, o que se tem é a revisão do dogma da autonomia privada. Nem sempre, a pessoa poderá regular seus interesses da forma que lhe convier, pois a tutela da vontade possui limitações em preceitos de ordem pública. Principalmente, a proteção da dignidade da pessoa humana surge como um limitador, uma vez que impõe seu respeito, mesmo contra vontade do declarante...

E para equilibrar a importância da vontade nos negócios jurídicos, além de outras normas antes carentes de solução normativa, o novo Código Civil trouxe a boa-fé objetiva como critério interpretativo, mas que completa sua função como justificadora de deveres anexos que surgem no curso de uma obrigação, ao lado e em função do dever principal, especialmente nos contratos.

²²VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e as suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 226-227.

É nesse sentido que hoje, mesmo no âmbito dos contratos paritários, a promoção da igualdade substancial, de que o princípio do equilíbrio processual é forte matiz, constitui-se como um dos alicerces hermenêuticos do negócio jurídico e tem no instituto da lesão (art. 157 do Código Civil²³) e nas teorias da imprevisão e da onerosidade excessiva seus principais reflexos.

CONCILIAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS DO CONTRADITÓRIO E DA EFETIVIDADE - ESPECIFICIDADES DO PROCESSO DO TRABALHO

Feitas essas considerações gerais acerca do Direito do Trabalho e da sua essência protetiva, mister tratarmos do Processo do Trabalho, que, sabidamente, estabelece os procedimentos para as pretensões trabalhistas deduzidas em juízo.

O Processo do Trabalho, dotado de autonomia didática e doutrinária, possui princípios próprios, *v.g.*, celeridade, concentração, informalidade, oralidade, economia processual, dentre outros, plenamente compatíveis com o arcabouço principiológico constitucional citado, afinal voltado, precipuamente, para a efetivação prática do Direito do Trabalho (artigo 7º da CF/88), este, por sua vez, tendo por função primeira a proteção ao trabalhador hipossuficiente.

Da mesma forma que não podemos interpretar a Constituição Federal à luz do direito infraconstitucional, como já enfatizamos anteriormente, também esse ramo especial do direito infraconstitucional - o Processo do Trabalho - não pode ser posto em prática como se de Direito Processual Comum se tratasse, pois ele deve se prestar, teleologicamente, a efetivar os direitos sociais constitucionalmente (materialmente) assegurados.

Com efeito, o artigo 769 da CLT continua a exigir compatibilidade principiológica para aplicação dos institutos do Processo Civil nos casos de omissão da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).²⁴

Contudo, hodiernamente, *v.g.*, o Processo civil - que também passou por recente modificação legislativa significativa (CPC/2015: Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015) - tem buscado prestigiar as tutelas de urgência e de evidência, de modo a garantir ao jurisdicionado o bem da vida, de forma mais célere²⁵, medida que nos parece plenamente consentânea com os fins do processo do trabalho, frise-se, voltado a dar efetividade aos direitos titulados

²³Art. 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. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.”

²⁴Vide PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Substituição processual sindical, *op. cit.*

²⁵V. os artigos 294, 295, 300, 301, 303, 304 e 1.059 do CPC/2015.

pelo trabalhador, o que, à evidência, não ocorre na hipótese de serem necessários anos de tramitação de seu processo judicial para que o bem da vida perseguido seja-lhe entregue.

Saliente-se que a legislação processual comum, em alguns pontos, chega a ser mais coerente e menos preconceituosa, *d.v.*, que a reforma trabalhista.

Destacamos, no particular, a nova redação do artigo 844 da CLT, *in verbis*:

Art. 844 [...]

§ 1º Ocorrendo motivo relevante, poderá o juiz suspender o julgamento, designando nova audiência.

§ 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda. (grifamos)

Qual a razão de se apenar, por regra, o empregado (geralmente desempregado, a propósito) que se atrasa para uma audiência trabalhista?

O normal é que ele não se atrase e, se o faz, isso costuma acontecer por problemas alheios à sua vontade, como trânsito, dificuldade de transporte, distâncias a enfrentar etc., tanto mais porque nenhuma vantagem, no mais das vezes, ele haveria de auferir da sua ausência à audiência, e isso mesmo considerando-se a anterior redação desse dispositivo consolidado.

Não deveríamos tratar as exceções como se fossem a regra, considerando-se que a norma processual comum²⁶ e a própria norma em

²⁶ Da Responsabilidade das Partes por Dano Processual (Código de Processo Civil/2015)

Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo. § 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

comento²⁷ já nos dão solução para isso?

Seria constitucional dificultar o acesso à justiça daquele que não tem como arcar com as despesas do processo sem prejuízo de seu sustento?

São questões a serem enfrentadas, doravante.²⁸

Na verdade, o dilema real dos aplicadores do direito é ver cumpridas as decisões judiciais proferidas e não filigranas jurídicas, como a acima trazida pela alegada modernização da lei trabalhista, *d. v.*

Melhor ainda que não cheguem a existir as demandas, e que nosso direito seja tão efetivo que o descumprimento reiterado e consciente da lei seja desestimulado. E, para isso, devemos voltar a nossa preocupação.

As sentenças que não mudam a realidade, não entregando àquele que tem razão o bem da vida pleiteado judicialmente, frustram a todos, mormente Magistrados e a parte que tem razão, além de contribuir, em muito, para o desprestígio do Poder Judiciário.

Processos lentos - principalmente na fase executiva - favorecem aquele que não tem razão.

Sobre tal tema têm se debruçado o próprio Poder Judiciário e instituições como o Conselho Nacional de Justiça - CNJ -, e as estatísticas mostram que o percentual de execuções trabalhistas que não chega ao fim é grande. Apenas 30%, em média, são bem-sucedidas!²⁹

²⁷ Da Responsabilidade por Dano Processual (CLT)

Art. 793-A. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente.

Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II - alterar a verdade dos fatos; III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI - provocar incidente manifestamente infundado; VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 793-C. De ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juízo condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. § 3º O valor da indenização será fixado pelo juízo ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

²⁸ A propósito, vale conferir a ADI 5.766 ajuizada pelo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, no Supremo Tribunal Federal, com pedido liminar, contra dispositivos da reforma trabalhista que, na visão do chefe do Ministério Público da União, importariam em "[...] restrições constitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovem insuficiência de recursos, na Justiça do Trabalho." Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353910>>. Acesso em: 07 set. 2017.

²⁹ A propósito, Relatório "Justiça em Números" do Conselho Nacional de Justiça, 2016, ano-base 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

Entender o direito a um processo célere e efetivo como um direito fundamental importa em, aí sim, atingirmos um patamar de sociedade moderna, de fato.³⁰

Mauricio Godinho Delgado nos auxilia, também, nesse particular³¹:

A Constituição de 1988 trouxe, nesse quadro, o mais relevante impulso já experimentado, na evolução jurídica brasileira, a um eventual modelo mais democrático de administração dos conflitos sociais no país.

Além disso, a Constituição da República criou as condições culturais, jurídicas e institucionais necessárias para superar antigo e renitente nóculo do sistema trabalhista do Brasil: a falta de efetividade de seu Direito Individual do Trabalho. Ao reforçar, substancialmente, a Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho, a par de garantir o manejo amplo de relevância da política pública de contínua inserção econômica e social dos indivíduos, por meio do Direito do Trabalho, no contexto da democratização da sociedade civil.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O PROCESSO DO TRABALHO

A partir de tais reflexões e tratando agora do tema central de nosso trabalho, impende compatibilizar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica com as características essenciais do Processo do Trabalho e que o distinguem do Processo Civil Comum.

É na fase de execução da sentença que se concretiza, para o reclamante, o direito já tornado certo na fase de conhecimento do processo judicial.

O recebimento de seu crédito, sabidamente de natureza alimentar, representa a solução do processo, na medida em que é absolutamente irrelevante para o trabalhador a distinção entre a fase de conhecimento e a fase de execução.

Mas não é o que normalmente acontece, importando o sucesso da fase executiva a principal questão a se solucionar no Processo do Trabalho e no processo como um todo.³²

³⁰ Já desenvolvemos o assunto em outras oportunidades: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. Substituição processual sindical e efetividade dos direitos fundamentais sociais: uma visão prospectiva. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, vol. 78, n. 2, abr./jun./2012, São Paulo: Lex Magister, p. 24-41.

³¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 132-133.

³² Vale conferir, novamente, o Relatório "Justiça em Números" do Conselho Nacional de Justiça, 2016, ano-base 2015, que deixa evidente o grande número de processos com solução de mérito, que não são efetivamente quitados: "Para bem ilustrar o desafio a ser enfrentado, constava na Justiça do Trabalho um acervo de 5 milhões de processos que estavam pendentes de baixa ao final do ano de 2015, dentre os quais 42% se referiam à fase de execução." (5 Justiça do Trabalho - 5.6 Gargalos da execução). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

Atender ao paradigma constitucional da duração razoável do processo³³ importa assegurar a efetividade prática do comando executando e, nesse sentido, o Judiciário do Trabalho tem buscado implementar os meios necessários para tanto.³⁴

Nesse contexto de inefetividade, surge a discussão acerca da desconsideração da personalidade jurídica, muitas vezes requerida no Processo do Trabalho, mormente na fase de execução, quando não se consegue executar o devedor principal, pessoa jurídica.

De origem relativamente recente, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ou teoria da penetração (*disregard of the legal entity*), hoje plenamente internalizada em nosso ordenamento, tem em *Rolf Serick* o sistematizador de sua concepção clássica, haurida a partir do tratamento dado ao tema pelas jurisprudências inglesa e norte-americana, nas quais vinham se assentando precedentes no sentido da possibilidade de afastarem-se os efeitos da personalidade jurídica manejada em abuso contra credores.³⁵

Na mesma linha, Fredie Didier Jr. explicita que³⁶:

A pessoa jurídica é, portanto, um instrumento técnico-jurídico desenvolvido para facilitar a organização da atividade econômica. É técnica criada para o exercício da atividade econômica e, portanto, para o exercício do direito de propriedade. A chamada função social da pessoa jurídica (função social da empresa) é corolário da função social da propriedade. Se assim é, o caráter de instrumentalidade implica o condicionamento do instituto ao pressuposto do atingimento do fim jurídico a que se destina. Qualquer desvio ou abuso deve dar margem para a aplicação da sanção contida na desconsideração da personalidade jurídica, segundo a doutrina brasileira.

Como paradigma, nota-se que o autor adotou o caso *Salomon vs Salomon & Co. Ltda.*, no qual os efeitos da personificação foram desconsiderados pela primeira vez, em 1897, na Inglaterra, após constatar-se havida flagrante confusão patrimonial entre Aaron Salomon e a companhia de cujas ações detinha

³³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

³⁴ 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: CLAUS, Ben-Hur Silveira; ALVARENGA, Rubia Zanotelli de (Coord.). *Execução trabalhista: o desafio da efetividade*. São Paulo: LTr, 2015. p. 48-73.

³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2, p. 37.

³⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 579.

praticamente a totalidade, integralizadas por meio de superfaturada cessão de fundo de comércio de cuja diferença ele permaneceu credor, instituindo, ainda, garantia real em seu benefício, de sorte que, na falência, pudesse executar seu crédito preferencialmente aos demais credores.³⁷

A propósito, no entanto, é importante mencionar que, ao revés do que se faça inicialmente crer, referida teoria não anula, mas ratifica o instituto da personalização da pessoa jurídica, cuja autonomia é passível de ser excepcionalmente desconsiderada, afinal, somente em âmbito judicial, e apenas quanto a determinadas relações. A personalidade da instituição continua a não se confundir com a de seus sócios, a quem apenas é estendida a responsabilidade por específicos débitos.³⁸

Enquanto ferramenta jurídica, a teoria da desconsideração tem como objetivo último permitir que se transpasse a personalidade social, a fim de que a responsabilidade pelo adimplemento de uma obrigação titulada inicialmente pela sociedade recaia sobre o patrimônio de seus administradores e sócios, de forma a garantir, ou, ao menos, aumentar as probabilidades de que o crédito seja satisfeito. No início, essa possibilidade limitava-se a casos de fraude e manifesta má-fé. Atualmente, contudo, os pressupostos para sua aplicação são bem menos exigentes, a depender do caso.

Como é consabido, as pessoas jurídicas gozam de existência e personalidade diversas às de seus membros (arts. 45³⁹ e 1.024⁴⁰ do Código Civil de 2002), de sorte que, pelo princípio da entidade, também denominado princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, seus respectivos patrimônios, entendidos como complexo de direitos e obrigações, podem ser, a depender do tipo de entidade criada, reciprocamente autônomos. Disso decorre também a possibilidade de que a instituição seja, de forma independente, titular de relações jurídicas. No entanto, essa separação, fundamental para a promoção da atividade empresária nos moldes atuais, na medida em que incentiva o empreendedorismo ao limitar a responsabilidade dos sócios pelas dívidas contraídas no exercício do comércio⁴¹, pode ser

³⁷ FIÚZA, César. *Direito civil* - volume único. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 102. Fredie Didier Jr. pondera que, embora paradigmática, a “[...] decisão final - dada pela *House of Lords* - reverteu a decisão da Corte de Apelação e garantiu a autonomia da pessoa jurídica.” (DIDIER JR., Fredie. *Op. cit.*, p. 580-581.)

³⁸ *Ibidem*, p. 101.

³⁹ “Art. 45 Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.”

⁴⁰ “Art. 1.024 Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.”

⁴¹ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016. p. 308.

utilizada para fins diversos, claramente voltados a fraudar a satisfação de créditos titulados contra a pessoa jurídica, cujo patrimônio, não raras vezes, é dilapidado por seus proprietários e administradores, a fim de dificultar ou mesmo inviabilizar a respectiva execução, dentre tantas outras espécies de ardil. Foi nesse cenário que a descon sideração da personificação do ente mostrou-se ferramenta de grande valor.

Contudo, e a despeito das inúmeras críticas tecidas pela doutrina⁴², foi no âmbito do Direito Consumerista, especificamente por meio do *caput* do art. 28 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)⁴³, que houve a pioneira integração da teoria ao ordenamento nacional, a partir de então composto por previsão legislativa cujo alcance não apenas permite ao magistrado descon siderar a personalidade jurídica na hipótese de a empresa, em prejuízo do consumidor, agir em afronta à lei ou a seus estatutos, mas também quando a personalidade, de alguma forma, consubstanciar obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores - norma cujo teor, *mutatis mutandis*, foi reproduzido pelo art. 4º da Lei n. 9.605⁴⁴, que regula os crimes ambientais. Aqui, portanto, nota-se flagrante evolução do instituto, cuja aplicação passou a não mais se limitar aos requisitos pensados inicialmente.

Posteriormente, mas na senda original da teoria, o art. 50 do Código Civil de 2002 trouxe, ao âmbito geral das relações paritárias, assim que mantidas as disposições elaboradas a propósito no contexto de específicos sistemas legais (Enunciado n. 51 do CJF⁴⁵), disposição no sentido de que,

Em caso de abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o Juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

⁴² Por todos: "Na verdade, o único elo de ligação entre o dispositivo legal do Código de Defesa do Consumidor e a Teoria da Descon sideração consiste no abuso de direito, pois os demais casos são apenáveis por si sós, não carecendo de buscar-se o culpado, que se esconde atrás da personalidade jurídica da sociedade." (MARSHALL, Carla. *A sociedade por quotas e a unipessoalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 139.)

⁴³ Art. 28. O juiz poderá descon siderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A descon sideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

⁴⁴ Art. 4º Poderá ser descon siderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

⁴⁵ "A teoria da descon sideração da personalidade jurídica - *disregard doctrine* - fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema."

Justamente nos dispositivos citados acima refletem-se as duas principais teorias a respeito dos pressupostos necessários à desconsideração da personalidade jurídica, a teoria menor e a teoria maior, também denominadas, respectivamente, objetiva e subjéitiva.

A primeira delas, teoria menor, adotada pelo § 5º do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, tem, no mero prejuízo ao credor, o elemento suficiente para desconsideração da personalidade. Quer dizer, não é necessária a comprovada existência de abuso ou fraude para que os efeitos da personificação sejam desconsiderados, bastando que a personalidade social constitua óbice objetivo à satisfação do credor, do que exsurge largo espectro de possibilidades para sua desconsideração, dentre elas a mera insolvência. Constitui-se, portanto, em método para garantir a satisfação do crédito a que a norma atribua especial importância, seja por sua natureza, seja pela qualidade de seu titular, de forma a ser alçada à posição superior em relação à separação patrimonial na escala de valores tutelados pelo ordenamento.

De seu turno, a teoria maior, de ares clássicos, consagrada como regra geral pelo art. 50 do Código Civil, é no sentido de que, além do prejuízo, é necessário que tenha havido abuso da personalidade, entendido este como ofensa à lei ou aos estatutos da entidade.

Bem se vê, então, que o número de exigências para desconsideração é inversamente proporcional ao nível de proteção que o respectivo ramo jurídico queira dar a uma das partes das relações que regulamenta, observado que, no âmbito das trocas de consumo, o ordenamento confere especiais prerrogativas ao consumidor (bem refletidas também na teoria do risco interno da atividade⁴⁶), tomado como hipossuficiente perante a empresa fornecedora, desnível que, *a priori*, e de forma geral, não se considera ínsito aos negócios de índole estritamente civil.

Diante da consideração de que o Direito do Trabalho tem como fundamento tutelar ou proteger o trabalhador diante do poder econômico titulado pelo empregador, entendemos que a primeira das teorias, ou seja, teoria menor ou objetiva, coaduna-se melhor com os princípios norteadores das relações de trabalho, notadamente as de emprego, e pode ser aplicada ao processo trabalhista a teor dos arts. 2º, § 2º, 9º e 455 da CLT, que atribuem ao juiz o poder/dever de impor responsabilidade a todos que se beneficiem do labor do trabalhador.

⁴⁶ Art. 14 do CDC: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

O instituto pode ser utilizado, inclusive, de forma inversa, passando do patrimônio do sócio para o da empresa - pessoa jurídica - caso haja indícios fortes de que houve transferência de bens particulares do sócio para a sociedade, com o fim evidente de dificultar a execução.

A propósito, destaca-se o texto doutrinário abaixo, da lavra do Professor e Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault e da Dr^a Maria Isabel Franco Rios⁴⁷:

A desconsideração inversa acontece de maneira oposta à desconsideração direta. Ela parte da desconsideração da pessoa física para atingir o patrimônio da empresa, ao contrário da desconsideração direta, que parte da desconsideração da pessoa jurídica para chegar ao patrimônio do sócio. Embora a estrutura técnico-científica seja idêntica, a sua força é centrípeta, porque o esvaziamento patrimonial se dá de fora para dentro, isto é, da pessoa natural para a pessoa jurídica.

A autonomia da pessoa física é desconsiderada, mitigando-se a separação subjetiva existente entre o seu patrimônio e o da pessoa jurídica, com o objetivo de conferir resultado útil à demanda.

O CPC de 2015 tratou do incidente, em seu artigo 133 e seguintes, *in verbis*:

DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

⁴⁷RENAULT, Luiz Otávio Linhares; RIOS, Maria Isabel Franco. A desconsideração inversa da personalidade jurídica e a efetividade da execução na seara trabalhista. *In*: RENAULT, Luiz Otávio Linhares *et al.* (Coord.). *O que há de novo em processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 596.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

Quanto à aplicação supletiva e subsidiária desse incidente ao Processo do Trabalho, nos moldes dos artigos 15 do CPC/2015 e 769 da CLT, a Instrução Normativa n. 39, do Tribunal Superior do Trabalho, editada através da sua Resolução 203, de 15 de março de 2016, já entendia por sua compatibilidade:

RESOLUÇÃO n. 203, DE 15 DE MARÇO DE 2016.

Edita a Instrução Normativa n. 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva.

[...]

Art. 6º Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º da CLT;

II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III - cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC.

O argumento central para tal aplicabilidade seria assegurar a um suposto responsável patrimonial o direito a um justo processo, antes de ver atingidos seus bens, além de unificar os procedimentos, sabidamente díspares nas diversas Varas do Trabalho do Brasil.

Nessa senda, Nelson Nery Junior, depois de afirmar que o novo CPC aplica-se subsidiariamente ao processo trabalhista na falta de regramento específico, afirma que “[...] de qualquer modo, a aplicação subsidiária do CPC deve guardar compatibilidade com o processo em que se pretenda aplicá-lo [...]”, acrescentando que a sua aplicação supletiva também deve levar em conta esse princípio.⁴⁸ Isso porque, mesmo após a edição da Resolução supra, a discussão não cessou, alegando-se a incompatibilidade entre o procedimento legal e a celeridade do Processo do Trabalho.

Tal debate, contudo, está superado, *d.v.*, com a edição da Reforma Trabalhista pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, determinando-se, de forma expressa, a aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica ao Processo do Trabalho, através do novo artigo 855-A da CLT:

Do Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica

Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil.

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação;

II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III - cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal.

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (grifamos)

Exatamente por estarmos estendendo a responsabilidade a terceiro, isto é, a quem não contraiu o débito (pelo menos não pessoalmente, e sim utilizando-se da personalidade jurídica), é realmente de crucial importância conciliar-se a efetividade, aqui já tão tratada, com o contraditório, garantia constitucional essencial do processo justo.

Essa é a preocupação da reforma, como também foi a da Instrução Normativa 39 do C. TST, retromencionada.

Trazemos à colação, a esse respeito, o ensinamento do Professor e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, João Oreste Dalazen⁴⁹:

⁴⁸ NERY JR., Nelson. *Comentários ao código de processo civil - novo CPC - Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 232.

⁴⁹ DALAZEN, João Oreste. *Lições de direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 149-150.

A nova concepção de contraditório do CPC de 2015, inspirada no direito processual europeu, parte da premissa de que, em um Estado Democrático de Direito, o processo também deve ser um instrumento democrático e cooperativo.

Por isso, todos os sujeitos processuais têm direito de colaborar na construção do provimento jurisdicional, expondo uma visão diferente, eventualmente suscetível de mudar o convencimento do juiz ou do tribunal.

Eis porque, como corolário lógico do sistema, bem se compreende que o CPC de 2015 haja criado um incidente processual típico, no título dedicado às modalidades de intervenção de terceiros, com procedimento específico, de observância obrigatória, para a desconsideração da personalidade jurídica.

De modo que, ao fazê-lo, o CPC/2015 apenas reafirmou a primazia e a transcendental valorização que atribuiu à nova concepção de contraditório, efetivo e prévio, em regra, de forma a impedir a decisão surpresa.

A rigor, o IDPJ não passa de um desdobramento lógico dos arts. 9º e 10 do CPC.

A premissa é a distinção entre o débito e responsabilidade patrimonial.

Nessa perspectiva transparece claro que, se se quer obter, no processo, a responsabilidade patrimonial de terceiro por dívida de outrem - terceiro estranho ao título executivo -, é absolutamente inarredável que se assegure contraditório prévio ao terceiro.

Em outras palavras, se o que se busca é alcançar o patrimônio de uma pessoa que não é devedora, mas terceira, segundo o título executivo, é muito mais congruente com o sistema de normas do CPC/2015 e consentâneo com o princípio do devido processo legal que seja dada oportunidade de prévia manifestação a essa pessoa.

Afinal, uma vez citada para o IDPJ, ela passa a compor também a relação processual e, como tal, também não pode ser vítima de decisão surpresa.

A aplicação do instituto da desconsideração ao processo do trabalho não afasta, contudo, a possibilidade de o magistrado do trabalho, em caso de necessidade, também valer-se simultaneamente das tutelas de urgência.

Pelo contrário. O § 2º do novel artigo 855-A da CLT destaca, a exemplo do que já estava previsto no já citado § 2º do artigo 6º da Instrução Normativa n. 39/2016 do TST: “A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)”. (grifamos)

Com efeito, o grande número de execuções frustradas, como já destacamos aqui, motivou iniciativas de sucesso como os programas

BACENJUD, RENAJUD, INFOJUD e, o mais recente, SERASAJUD⁵⁰, além da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT -, que buscam sempre, em última análise, penhorar da forma mais rápida e efetiva possível os bens do executado que não paga espontaneamente.

A rigor, instaurar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não afasta em absoluto a possibilidade e, em certos casos, torna até mesmo indispensável a utilização cautelar de uma dessas ferramentas acima citadas, em face daquele apontado como responsável.

Entendemos que, a partir da adoção desse incidente na esfera trabalhista, não há óbice em continuarmos a nos valer de tais ferramentas, mesmo considerando que a execução trabalhista, desafortunadamente, não será processada de ofício, doravante, como regra.⁵¹ Isso porque, como já mencionamos, o art. 855-A, § 2º, admite, expressamente, a concessão das tutelas de urgência, de natureza cautelar, mesmo com a instauração do incidente em comento⁵², já não fosse o poder geral de cautela concedido ao magistrado pelo art. 297 do novo Código de Processo Civil, observando que a tutela antecipada, tanto de evidência quanto de urgência, pode ter caráter satisfativo, de sorte que é possível ao juiz valer-se das medidas que entender necessárias e suficientes, observado sempre o princípio da proporcionalidade para satisfação do direito.

⁵⁰ Sobre a regulamentação e o uso de referidos instrumentos - BACENJUD, INFOJUD e RENAJUD, consultar o sítio do Tribunal Superior do Trabalho, na interface da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho: <<http://www.tst.jus.br/apresentacao>>. Acesso em: 10 ago. 2017. Importante também a inovação trazida com a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT, em razão da Lei n. 12.440/2011, que alterou a CLT e a Lei das Licitações (n. 8.666/1993).

Para que possa ser expedida referida certidão foi instituído o Banco Nacional de Devedores Trabalhistas - BNDT -, que é composto pelas pessoas físicas e jurídicas devedoras inadimplentes nos processos de execução trabalhista definitiva. O banco está centralizado no Tribunal Superior do Trabalho, a partir de informações remetidas por todos os 24 Tribunais Regionais do Trabalho do país.

A importância desse instrumento se dá na medida em que a Lei de Licitações exige que o interessado em participar do procedimento licitatório ateste a inexistência de débitos trabalhistas, através da mencionada certidão. Sobre o instituto: <cndt@tst.jus.br>. Acesso em: 10 ago. 2017.

Vide o artigo 883-A, introduzido pela reforma trabalhista.

No que tange ao SERASAJUD, o sistema serve para facilitar a tramitação dos ofícios entre os tribunais e a Serasa Experian, através da troca eletrônica de dados, utilizando a certificação digital para mais segurança. Não havendo mais solicitações enviadas em papel, apenas eletrônicas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistemas/serasajud>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

Aqui, também, verifique-se o artigo 883-A, introduzido pela reforma trabalhista.

⁵¹ Art. 878. A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado. Parágrafo único. (Revogado). (NR)

⁵² O novel art. 883-A da CLT não altera tais conclusões, no nosso sentir, uma vez que mantém a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas - CNDT - e a inscrição dos devedores nos órgãos de proteção ao crédito, alterando apenas sua regulamentação e exigindo a garantia integral do juízo.

A esse respeito, confirmam-se os elucidativos artigos 294, 295, 297, 300 e 301 do CPC de 2015 e o artigo 769 da CLT:

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Art. 295. A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Art. 769 Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Tais dispositivos nada mais representam, como já dito, que o conhecido poder geral de cautela já presente no CPC de 1973, em seu artigo 798, o qual sempre possibilitou bloquear bens e créditos daqueles considerados responsáveis pela dívida, a fim de se atingir um resultado útil para o processo, *in verbis*:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

A situação em nada se alterou, em sua essência, e tais medidas podem e devem continuar a ser concedidas, de ofício, pelo Magistrado do Trabalho.

Com efeito, quando requerida na fase de conhecimento, a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica não gera maiores consequências e deverá ser resolvida, em regra, com a sentença que decidir o mérito da controvérsia.

Na fase executiva, entendendo o Juiz pela possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, com os elementos trazidos pelo exequente, deve, no nosso sentir, valer-se, de imediato e de ofício, dos instrumentos legais disponíveis para conciliar a efetividade da execução com o direito constitucional ao contraditório, como já fundamentamos.

Assim, o bloqueio de bens ou valores, sem atos de alienação do bem constrito ou entrega de quantia ao exequente, pelo menos num primeiro momento, com a posterior concessão de vista ao atingido por referidos atos para ciência e manifestação e, por fim, com a solução da controvérsia pelo Juiz da execução, atende plenamente aos comandos legal e constitucional que asseguram o contraditório e garante a efetividade da execução trabalhista.

Isso porque a execução se faz, em princípio e por definição, em benefício do credor, nos termos e para os efeitos dos artigos 797 do CPC/2015⁵³ c/c o artigo 769 da CLT.

Por oportuno, ressaltamos que a prática de atos de disposição por aquele declarado responsável pela dívida trabalhista, uma vez iniciado o incidente de desconsideração, pode importar em fraude à execução, a teor do disposto nos artigos 792 do CPC/2015⁵⁴ e 769 da CLT.

⁵³ Art. 797. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados. (grifamos)

⁵⁴ Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver; II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828; III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude; IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; V - nos demais casos expressos em lei. § 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente. § 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem. § 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar. § 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias.

E, ainda, cumpre destacar que a não utilização das tutelas de urgência, de ofício, pelo Magistrado, além de permitir a ineficácia da fase executiva, ao não assegurar a oportuna entrega, ao exequente, daquilo que lhe é devido, por força de decisão judicial já transitada em julgado, importa desprestígio do Poder Judiciário e torna inócuo todo o conjunto de atos processuais praticado de forma legítima e diligente pelo Juízo do conhecimento.

Tratando especificamente do instituto em comento, Homero Batista Mateus da Silva⁵⁵, corretamente, no nosso sentir, pontua:

Chega a ser caricato falar em incidente de desconsideração de pessoa jurídica para o empregado do quiosque de cachorro quente. Não vai nenhuma ironia nessa frase: apenas uma injeção de realidade para que o debate saia um pouco dos gabinetes palacianos. O processo do trabalho leva a fama de irresponsável e subversivo, mas ele nada mais é do que o anteparo ao direito material do trabalho brasileiro, que convive com altos executivos e ampla atuação da economia informal. Querer que o processo do trabalho seja um apêndice do processo civil ignora completamente a realidade da nação desigual e complexa de que somos parte.

Com efeito, modernizar relações de trabalho não deve significar, nem para os que defendem a novel reforma trabalhista, admitir a prática de atos jurídicos inúteis, mormente na fase de execução em que, sabidamente, já existe uma sentença condenatória definitiva.

CONCLUSÃO

Alterar uma legislação estruturada em torno de princípios próprios e direcionada a regulamentar as relações de trabalho em consonância com a CF/88 em nada moderniza as relações de trabalho, permitindo, no nosso sentir, a possibilidade de maior exploração do mais fraco e o aumento vertiginoso no número de demandas trabalhistas, o que, à evidência, em nada contribuirá para a eficiência do mercado de trabalho e da economia nacionais.

Da mesma forma que outras áreas do Direito, como o Direito do Consumidor, *v.g.*, o Direito do Trabalho procura compensar com uma desigualdade legal a desigualdade econômica que se encontra presente nas relações entre patrões e empregados, tal como entre empresas e consumidores, a fim de promover a tão almejada igualdade real entre as partes dessas relações regulamentadas pelo Direito.

⁵⁵SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista - análise da lei 13.467/2017 - artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 29.

Por isso, é essencial a valoração equitativa do trabalho e da livre iniciativa, em obediência ao inciso IV do art. 1º da CF, sem nos olvidarmos do fato notório da natureza alimentar do salário e da centralidade do trabalho na vida das pessoas, em especial dos mais pobres, não só com vistas à justiça social, mas também para que possamos erigir uma sociedade entre cujos extremos não haja vale fundo o bastante para a proliferação de vidas indefectivelmente marginalizadas, fato que, é notório, está na gênese das mais diversas crises sociais.

A prevalecer a interpretação que adota a ficção da existência de igualdade absoluta entre os contratantes da relação laboral, que, pelo menos, passemos a aplicar mais o Código Civil, o qual prestigia a boa-fé nos negócios jurídicos, de forma absoluta, sem se olvidar da dignidade da pessoa humana, das normas de ordem pública ou mesmo da busca pela igualdade substancial entre os contratantes.

Assim como não podemos interpretar a Constituição Federal à luz do direito infraconstitucional, também o Processo do Trabalho não pode ser posto em prática como se de Direito Processual Comum se tratasse, pois deve se prestar a efetivar os direitos sociais constitucionalmente assegurados, de partes hipossuficientes - os trabalhadores.

O dilema real dos aplicadores do direito é ver cumpridas as decisões judiciais proferidas. O contexto atual de inefetividade da prestação jurisdicional trabalhista, explorado por nós ao longo deste trabalho, favorece discussões como a da aplicabilidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, mormente na fase de execução, quando não se consegue executar o devedor principal, pessoa jurídica.

A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica (fundamentado no § 5º do art. 28 da Lei n. 8.078/90) não exige prova de conduta comissiva por parte do sócio cujo patrimônio se atinge.

Mencionada teoria é de aplicação ao processo do trabalho, conforme disposto nos artigos 2º, 9º e 455 da CLT, que atribuem ao juiz o poder/dever de impor responsabilidade a todos que se beneficiem do labor do trabalhador.

Não se trata de declaração da nulidade ou da invalidade dessa personificação, mas tão somente de sua ineficácia para determinados atos, a fim de se evitar que o uso abusivo da personalidade jurídica obste a satisfação do crédito do exequente.

Exatamente por estarmos estendendo a responsabilidade a quem não contraiu o débito (pelo menos não pessoalmente, e sim utilizando-se da personalidade jurídica), afigura-se de crucial importância conciliar-se a efetividade, aqui já tão tratada, com o contraditório, garantia essencial ao processo.

O instituto da desconsideração não afasta as tutelas de urgência.

Antes, reforça-o, conforme § 2º do novel artigo 855-A da CLT, destacando-se que “[...] a instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, (Código de Processo Civil).” (grifamos)

Entendemos que não há óbice em continuarmos a nos valer, mesmo de ofício, de medidas que garantam a efetividade da execução, a exemplo das ferramentas eletrônicas como BACENJUD, SERASAJUD, INFOJUD, RENAJUD e da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), considerando-se o disposto no § 2º do artigo 855-A da CLT e nos artigos 294, 295, 297, 300 e 301 do CPC/2015, que veiculam o poder geral de cautela antes estabelecido no vetusto artigo 798 do CPC/1973.

A não-utilização das tutelas de urgência, de ofício, pelo Magistrado, além de permitir a ineficácia da fase executiva, ao não assegurar a oportuna entrega ao exequente daquilo que lhe pertence, importa desprestígio do Poder Judiciário e torna inócuos vários atos processuais praticados de forma legítima e diligente pelo Juízo do conhecimento.

Modernizar as relações de trabalho não pode significar processos duradouros e ineficazes, sob pena de perda de importância ou da utilidade da própria Justiça do Trabalho, o que iria na contramão da necessidade, cada dia mais avultada, de pacificação social.

É isso que queremos?

A quem isso interessa?

Questões a serem enfrentadas por todos, doravante.

ABSTRACT

The present article analyzes the changes on the institute of the disregard of the legal personality promoted by Law n. 13.467/17, in the perspective of the development of fundamental rights, especially those that refer to labor relations. As in other areas of law, labor law seeks to compensate with a legal inequality in the opposite direction of economic inequality, which by definition is present between employers and employees. The Labor Process, endowed with didactic and doctrinal autonomy, has its own principles, eg, celerity, concentration, informality, orality, procedural economics, among others, fully compatible with the constitutional principles of constitutionality, after which, in the end, of Labor Law (Article 7, CF / 88), which, in turn, has as its first function the protection of the worker who is underpaid.

Keywords: Labor Law. Law 13.467/2017 (Labor Reform). Execution. Incident of disregard of the legal entity. Civil procedural law.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, JJ. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DALAZEN, João Oreste. *Lições de direito e processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. As funções do direito do trabalho no capitalismo e na democracia. In: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da república e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 75-94.
- _____. *Constituição da república, estado democrático de direito e direito do trabalho*. In: DELGADO, Gabriela Neves *et al.* (Coord.). *Direito constitucional do trabalho - princípios e jurisdição constitucional do TST*. São Paulo: LTr, 2015. p. 23-37.
- _____. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil - parte geral e processo de conhecimento*. 19. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. volume único.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. *Revista LTr* 75-01/24-29.
- MARSHALL, Carla. *A sociedade por quotas e a unipessoalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Comentários ao código de processo civil - novo CPC - Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PAIXÃO, Cristiano. Mundo do trabalho entre passado e futuro: das greves de 1978/1980 à assembleia nacional constituinte de 1987/1988. In: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Janotti da (Coord.). *Como aplicar a CLT à luz da constituição*. São Paulo, 2016. p. 36-43.
- PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freire. As ações coletivas e o incidente de resolução de demandas repetitivas do novo código de processo civil. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares *et al.* (Coord.). *O que há de novo em processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 657-671.
- _____. *Modelo de asociación sindical en el presente: la experiencia brasileña*. In *II Jornada de Derecho Laboral 2014 - II Congreso Latinoamericano de Derecho Material y Procesal del Trabajo*. Bogotá: Universidad Externado

- de Colombia, 2015. p. 167-191.
- _____. *Substituição processual sindical*. São Paulo: LTr, 2011.
 - _____. Substituição processual sindical e efetividade dos direitos fundamentais sociais: uma visão prospectiva. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, n. 2, São Paulo: Lex Magister, abr./jun./2012. vol. 78, p. 24-41.
 - 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: CLAUS, Ben-Hur Silveira; ALVARENGA, Rubia Zanotelli de (Coord.). Execução trabalhista: o desafio da efetividade*. São Paulo: LTr, 2015. p. 48-73.
 - RENAULT, Luiz Otávio Linhares; RIOS, Maria Isabel Franco. A descon sideração inversa da personalidade jurídica e a efetividade da execução na seara trabalhista. *In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares et al. (Coord.). O que há de novo em processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 591-606.
 - SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista - análise da lei 13.467/2017 - artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
 - SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 2007.
 - VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e as suas modalidades. *In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
 - WELLER, Jürgen; ROETHLISBERGER, Claudia. *La calidad del empleo en América Latina: un análisis de conjunto*. *In: FARNÉ, Stefano (Comp.). La calidad del empleo en América Latina a principios del siglo XXI*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 33-118.

A REFORMA TRABALHISTA E A SEGURANÇA JURÍDICA: ANÁLISE CRÍTICA

LABOR REFORM AND LEGAL SAFETY: A CRITICAL ANALYSIS

João Bosco Pinto Lara*

RESUMO

O presente artigo analisa a Reforma Trabalhista, sob o prisma da segurança jurídica. Inicialmente, são apresentadas, ainda que de forma breve, notas dissonantes sobre o tema, tais como debates relacionados à (in)constitucionalidade da Lei n. 13.467/2017 e à interferência ideológica na aceitação, compreensão e interpretação do novo diploma legal. Para o autor, deve ser evitado o seguinte comportamento pelos atores coadjuvantes ou operadores intelectuais: a construção de uma realidade abstrata ou de um mundo ideal em conformidade com a ideologia pessoal, para, só depois, buscar-se o enquadramento do mundo real nas categorias jurídicas. Isso porque são inegáveis e inevitáveis os impactos da economia e da revolução tecnológica nas relações de trabalho; a produção tem um custo a ser pago; as decisões trabalhistas têm repercussões econômicas. Diante desse cenário, as mudanças trazidas pela Lei n. 13.467/2017 são benfazejas, tornando-se urgentes e essenciais a flexibilização da legislação trabalhista e a superação da intervenção jurisprudencial trabalhista, a fim de garantir poder de negociação aos verdadeiros protagonistas das relações de trabalho.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Segurança jurídica. Economia. Revolução tecnológica. Custo da produção. Flexibilização das relações de trabalho. Superação da intervenção jurisprudencial trabalhista.

1 NOTAS DISSONANTES SOBRE O TEMA

O título para o artigo foi proposto pela coordenação da Revista, mas pode sugerir que não corresponda exatamente ao tema para quem, desde muito, tem ponto de vista favorável, e bem cristalizado, acerca da inadiável necessidade de uma profunda revisão e modernização da legislação trabalhista e das formas de regulação de trabalho humano no Brasil. Mais

* Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Professor da PUC/Minas de 1985 a 2002, licenciado.

do que isso, imagino e anseio que esta seja apenas uma primeira etapa de um processo que tenha continuidade em futuro próximo, embora já tenha sido suficientemente profunda e paradigmática para dar novas formas e novo conteúdo para a matéria.

Ao longo deste desprezioso artigo, depois de fazer uma análise favorável ao que propõe a Lei n.13.467, de 13 de julho de 2017, pretendo indicar alguns outros focos de mudança a serem perseguidos, de modo que a regulação do trabalho, para além de sua necessária atualização, possa retomar seu leito natural de clareza e de simplicidade, como convém a um conjunto de normas que se proponha a harmonizar as relações entre capital e trabalho num cenário irreversível de economia de mercado, e de dar segurança jurídica às partes do contrato de trabalho.

Também reputo inapropriado, uma vez aprovada a lei pelo Congresso e sancionada sem vetos pelo Poder Executivo, insistir em tratar do tema como se fosse ainda uma “reforma”, vale dizer, um processo de mudança em andamento. Não, pois o que se tem agora pela frente, depois de vencido o período da *vacatio legis*, é a fase de materialização das intenções do legislador como convém a todos aqueles que operam no vasto mundo das relações de trabalho, seja como seus atores principais, os empregados e empregadores e seus sindicatos, seja como seus atores coadjuvantes, os designados operadores do Direito do Trabalho. São estes últimos que devem dar os meios necessários para a solução das controvérsias que possam emergir de sua concretização, mas sempre lembrados que um dos principais vetores das mudanças foi dar protagonismo àqueles a quem de fato se destinam as normas legais.

Evidente que não se pode excluir, aprioristicamente, do Poder Judiciário trabalhista o papel de interpretá-las, sobretudo à luz da Constituição, e dar-lhes concretude nos conflitos que possam surgir do seu encontro com a realidade. Mas é fundamental que juízes, advogados e procuradores do trabalho tenham em mente que, como convém num país que se pretenda civilizado e numa democracia madura, proteção e segurança jurídica, além daquelas já fartas e dispensadas pela lei, devem ser perseguidas pelos seus atores principais. O Estado deve cuidar apenas, e bem, de modo eficiente e rápido, garantir a correta e segura aplicação de suas leis.

E por falar em sua inevitável interpretação pelo Judiciário trabalhista, desde sua formatação como lei e ao sair da Câmara para o Senado, surgiram os primeiros questionamentos acerca da constitucionalidade do próprio projeto ou de algumas de suas disposições, a depender da posição do crítico no espectro ideológico. Os partidos de oposição, muitas vezes alimentados por entidades e organizações corporativas atuantes fora do Congresso, mas com interesses diretos na matéria, sustentaram a sua completa

inconstitucionalidade com um fundamento único, espécie de mantra repetido à exaustão, de que ela “retiraria direitos dos trabalhadores”, que estariam historicamente assegurados na quase octogenária CLT e na CR/88.

Alguns menos afoitos, incluído aqui um coletivo de ministros do Tribunal Superior do Trabalho que encaminhou ao Senado longo e detalhado documento com apreciação exaustiva de todos seus artigos, seguem afirmando a inconstitucionalidade de vários dos seus dispositivos, já agora buscando razões em variados princípios constitucionais. Mas foi exatamente essa a trilha que ao longo dos últimos anos possibilitou construir o arcabouço normativo que as mudanças de agora põem em xeque, que foi a transformação da necessária proteção legal ao trabalho humano num cipoal complexo de normas e súmulas da jurisprudência, que veio a instalar de modo exacerbado e perigoso a insegurança nas relações do trabalho e fomentar enorme litigiosidade nessa seara, fazendo crescer de modo exponencial o número de demandas trabalhistas mesmo em recente período tido por muitos como de pleno emprego.

Daí que o tema proposto será examinado e discutido desde já e ao longo do artigo, reservando-se apenas um tópico final para as suas conclusões.

Há outros questionamentos pontuais de inconstitucionalidade, esses expostos com critérios de maior racionalidade, que nos primeiros anos de implantação e consolidação das mudanças deverão ser enfrentados pelo Judiciário; espera-se que com parcimônia e com segurança, pois o controle difuso de constitucionalidade das leis, sem embargo de sua necessidade e importância, é de pouco alcance e de quase nenhuma eficácia. Ao Supremo Tribunal Federal caberá o papel de dar a solução definitiva sobre as controvérsias de ordem constitucional, e o esperado é que a Justiça do Trabalho, ao contrário do vem ocorrendo em tempos recentes, não pretenda erigir uma jurisprudência de resistência na busca de reconstruir o arcabouço de normas e súmulas que a nova legislação pretende superar nos próximos anos.

A advertência seguinte diz respeito à forma, ao conteúdo e aos fins deste artigo dentro de um periódico que adquiriu ao longo de sua existência foros de publicação acreditada oficialmente junto a universidades e de outros órgãos oficiais de fomento e de incentivo à pesquisa. Neste momento ainda são escassos ou praticamente inexistentes trabalhos acadêmicos acerca da matéria, até mesmo porque foi na academia do Direito do Trabalho, pelas razões que serão alinhadas mais adiante, onde se ergueram um dos principais muros de resistência às mudanças introduzidas pela nova lei.

Dele resultará apenas uma reflexão embasada na experiência e na vivência de quem há mais de quatro décadas se dedica ao estudo e à aplicação prática do Direito do Trabalho em suas diversas áreas, na

advocacia, no magistério e na magistratura, com uma visão do mundo do trabalho que pretende ser moderna e atualizada (não pós-moderna, como querem muitos!), em sintonia com exigências que se colocam para além das fronteiras do Direito e do Judiciário. Por isso que as citações preferenciais serão de artigos e matérias de jornais que tratam com mais realidade e mais atualidade do problema instalado no campo da contratação do trabalho no Brasil.

Serão raras, portanto, citações doutrinárias e jurisprudenciais, mesmo sobre o antigo e tormentoso tema da segurança jurídica porque, como é de fácil apreensão, ele nem sempre foi central nas preocupações dos nossos juristas, do nosso sistema jurídico em toda sua abrangência, e muito menos no âmbito da nossa jurisprudência. Aqui a intenção é de utilização de dados e de estatísticas de fora da área do Direito, quase sempre ignorados pelos seus operadores, como se o Direito do Trabalho fosse uma ilha constituída de normas e princípios protetores dos denominados hipossuficientes, que de per si justificassem a sua existência e a sua independência, num isolamento que de tão absoluto levou ao completo desconhecimento, consciente ou não, de seus impactos na vida social e econômica do país.

Por fim, como quarta e última nota de esclarecimento, impõe-se dizer que qualquer estudo ou análise que se faça sobre o tema, ou sobre outros do Direito do Trabalho, eles virão sempre marcados pela visão ideológica do seu autor. Isso é inevitável se todos nossos atos e atitudes como humanos são plasmados de ideologia, quanto mais quaisquer atividades intelectuais.

Mas neste tema, é preciso esclarecer, há ideologias e ideologias. Há posições que não apenas são por elas infiltradas, o que é perfeitamente natural. Mas há muitas outras que devem ser rejeitadas quando venham adquirir papel transgressor ou destruidor de qualquer pensamento ou atitude racional em face do tema. Isto é comum no nosso meio, o dos atores coadjuvantes ou dos operadores intelectuais, onde os envolvidos primeiro constroem uma realidade abstrata ou um mundo ideal em conformidade com sua ideologia, para depois buscar enquadrar o mundo real nas suas categorias teóricas. Esse comportamento deve ser evitado, insiste-se, pois na medida em que todos se propuserem a refletir e indagar a partir de fatos e dados empíricos da realidade, e não de seus exclusivos pontos de vista sobre a realidade, aí teremos construído um microsistema jurídico de regulação e proteção do trabalho mais humano e justo, e mais proveitoso para seus atores e para a sociedade em geral.

2 A LEGITIMIDADE DAS MUDANÇAS E A ABUNDÂNCIA DE DEBATE SOBRE A MATÉRIA

2.1. Onde está a fonte legítima das mudanças

Diante da inarredável realidade da aprovação e sanção da Lei n. 13.467/17, os opositores e resistentes às mudanças, e seus críticos em geral, dedicam-se agora a três frentes de batalha, que não são estanques mas complementares. Como procurar-se-á demonstrar em seguida, são todos argumentos equivocados ou puramente artificiosos e servem apenas de cortina de fumaça para o questionamento de fundo, que será sempre o da posição contrária a qualquer proposta de mudança.

A primeira tenta desqualificá-la ao fundamento de que foi aprovada por um Congresso ilegítimo, espúrio e desacreditado da população no turbilhão da crise política que vive o país, além de ter sido proposta por um governo que teria chegado ao poder através do que muitos denominam “golpe parlamentar” (*sic!*). Acrescentam que o anteprojeto original enviado pelo executivo, no seu curso no parlamento teria sido radicalmente ampliado e alterado de modo a introduzir quase duas centenas de modificações na CLT, o que reforçaria a sua ilegitimidade. Essa vertente de resistência é puramente político-ideológica, e dela aqui me ocuparei em poucas linhas porque a discussão foge inteiramente do objetivo proposto para o artigo, e, também, da linha editorial da Revista.

Nos processos políticos de legitimação do poder numa sociedade democrática, e em qualquer canto do mundo, o que se dá através do sufrágio universal, vale dizer, do processo de eleições gerais, é possível e até previsível que os procedimentos utilizados para a sua concretização sejam maculados por falhas, anomalias diversas e, no limite, até por desvios éticos mais comprometedores de sua legitimidade. Isso ocorre em maior ou menor intensidade a depender do grau de progresso civilizatório das sociedades e da maturidade do seu sistema de representação política.

No caso do Brasil são antigas e quase monocórdias, embora verdadeiras, as críticas que se levantam sobre nosso processo político-eleitoral, perpassado de disfunções e irregularidades as mais diversas. O exemplo clássico é o modo de financiamento das campanhas eleitorais e o seu custo astronômico, aspectos que agora foram postos a nu em razão das ações ante corrupção exigidas pela população, e colocadas em prática por diversas esferas de atuação do Estado, principalmente pelos órgãos de investigação criminal, que são o Ministério Público e a Polícia judiciária, e pelo Poder Judiciário.

Há também as evidentes distorções e disfuncionalidades do antigo sistema de escolha da nossa representação política no Congresso, nunca resolvidas por uma necessária e indispensável reforma política, sempre prometida e nunca concretizada; ao contrário, quando nossos representantes no Parlamento se propõem a fazê-la, o pessimismo é generalizado, pois o resultado poderá ser sempre o da piora do sistema e

do aprofundamento das suas distorções, pois seu único e imediato interesse é a manutenção do seu mandato e do seu lugar nos diversos espaços ou nichos de poder político.

É com uma representação política dessa qualidade que convivemos há décadas, e a única distinção deste momento específico com um passado remoto ou mais recente é que agora há uma espécie de “purgação” pública dos hediondos pecados dessa velha estrutura. Nada mais do que isso! Daí por que soa como mero oportunismo político, com todo respeito aos defensores da tese, buscar desqualificar a nova legislação por esse caminho. Essa é a representação política que temos em todos os poderes da República, principalmente no Congresso Nacional, e que foi extraída das últimas eleições gerais do ano de 2014. Inclusive para o Poder Executivo, hoje sob comando do vice-presidente da República eleito na forma da Constituição. O país simplesmente não pode cruzar os braços e parar à espera das eleições gerais vindouras, sob pena de cair em perigoso sistema de anomia constitucional e legal ou de entrar em convulsão política radicalizada como se tem visto mundo afora e entre alguns de nossos vizinhos sul-americanos.

Se a crise política é uma realidade inafastável, também é imperioso que as instituições da República, com os homens que estão à sua frente, eleitos ou ungidos pelo concurso público como no caso do Poder Judiciário e seus órgãos complementares, continuem funcionando e cumprindo o papel que lhes é atribuído pela Constituição. Por isso espanta-me que aqueles que se dizem juristas ou pensadores do Direito assumam igual posição, de tentar resistir ou “salgar” todos os resultados das atividades do atual Congresso. Assim fosse, tudo o que ele produziu nas últimas décadas, pelo menos a partir do marco institucional criado pela Constituição da República de 1988, de bom ou de ruim, de útil e proveitoso ou de imprestável, estaria irremediavelmente perdido. Pensar assim é sucumbir ao fantasma da tentação autoritária, pois somente eleições gerais, livres de manipulações e de irregularidades, são o remédio eficaz para a nossa profunda crise de representação política.

Por falar em legitimidade como fonte de regras destinadas a regular o mercado de trabalho, essa vertente crítica demonstra não ter compreendido um dos principais vetores das mudanças. Sabe-se que o principal fator de instabilidade, de insegurança e de excessiva oneração de custos na contratação do trabalho no Brasil é o conhecido ativismo judicial, que campeia leve e solto nas hostes do Judiciário trabalhista, e tem como seu *front* principal a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. Só não concordam com este diagnóstico aqueles que o praticam ou que dele se beneficiam, e o fazem ancorados no mais dissimulado solipsismo.

A proliferação de súmulas e orientações jurisprudenciais editadas pelo TST nos últimos anos, que hoje chegam à casa de 1.300 verbetes no seu

conjunto, e mais recentemente as centenas de súmulas dos Tribunais Regionais do Trabalho editadas a partir da vigência da Lei n. 13.015, de 2014, é a maior responsável pela insegurança jurídica e pelo aumento astronômico dos custos da contratação do trabalho no Brasil. Fossem elas verdadeiras súmulas, e a quantidade por si só já seria um absurdo, grande parte é escancaradamente invasiva do poder e da competência para legislar do Congresso. Este processo de criação de súmulas busca impor obrigações de pagar e de fazer aos empregadores que só seriam admissíveis através de norma legal em observância ao princípio fundante do Estado Democrático de Direito, que está expresso no artigo 5º, inciso II, ao fixar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.” Os exemplos são numerosos e alguns serão lembrados na finalização deste artigo. Elas só fizeram aprofundar a indesejada complexidade e a esquizofrenia que já eram a tônica da nossa legislação.

Como, então, negar legitimidade a uma mudança legislativa aprovada por ampla maioria nas duas casas do Congresso sem se questionar sobre a legitimidade dos seus próprios atos?

2.2. A modernização trabalhista como reforma microeconômica

Há também o imperativo das inadiáveis reformas fiscais e econômicas de que necessita o país, e dentre estas últimas estão a reforma tributária e a modernização das leis trabalhistas, além de muitas outras que já estão em discussão e que de tão urgentes seriam para ontem, sob pena de que o Estado venha a sucumbir a uma das maiores crises fiscais de sua história. Embora antiga, ela foi anabolizada pela crise econômica legada ao país pelas equivocadas políticas econômicas implementadas sobretudo a partir de 2007, fato que é consensual aqui e mundo afora entre economistas e analistas não comprometidos, política ou ideologicamente, com o que se ousou denominar “A Nova Matriz Econômica”.

Sabe-se que as mudanças implementadas na política econômica a partir de então desaguaram na maior crise já vivida pela economia brasileira em todos os tempos. A recessão já mostrava suas garras no segundo trimestre de 2014, ano das eleições gerais, e só fez se aprofundar nos anos seguintes. De lá para cá o Produto Interno Bruto (PIB) levou um tombo de quase 10% e somente agora, em meados de 2017, depois de tentativas não muito convincentes e persistentes de implantação de um regime de austeridade fiscal, nos limites da crise política, é que ela dá mostras de recuperação. Com ela veio a maior onda de desemprego e de desocupação já experimentada pela população trabalhadora. Há muito já se sabia que esse período de crescimento da economia, que foi impulsionado pelo mercado mundial de *commodities* e pela expansão do consumo a custos sociais e

econômicos altíssimos, teria significado apenas um “voo de galinha” no jargão dos economistas. Vivemos ali uma verdadeira euforia no mercado de trabalho, com alardeado pleno emprego e com aumentos reais de salários, inclusive do mínimo legal, mas paradoxalmente o número de demandas trabalhistas só fez aumentar e hoje chega à casa de quase quatro milhões de novos processos por ano.

Esse conjunto de políticas econômicas equivocadas empurraram o Estado brasileiro para a maior crise fiscal de sua história, crise essa que já vinha se desenhando ao longo das duas últimas décadas, simplesmente porque ele já não consegue mais sustentar e financiar os gastos para a manutenção do modelo de organização da sociedade que escolhemos desde a Constituição de 1988. A realidade inelutável, que muitos nós se recusam a enxergar, é que andamos para trás. O país e a sociedade empobreceram nos últimos anos, e a palavra de ordem agora é reformular e sobreviver. E se não reformar, é sucumbir.

O aparelho estatal no seu conjunto, com todo o complexo de seus órgãos, inclusive os do Judiciário, está no olho deste furação. As experiências dramáticas hoje já vividas por alguns Estados da Federação, cujo exemplo mais notório e chocante é o do Estado do Rio de Janeiro, alertam para esse eminente perigo. Daí a conclusão de que não há como manter o crescimento e a expansão da estrutura física e do capital humano da Justiça do Trabalho na linha experimentada nas duas últimas décadas, e por isso é fundamental que se faça um diagnóstico realista do crescimento exponencial do número de ações trabalhistas no mesmo período, e as mudanças miram de frente essa realidade.

A expansão do emprego a partir de 2005 se deu quase que exclusivamente no setor de serviços, e em alguns outros setores da economia que foram eleitos pelas equivocadas políticas econômicas setoriais, como o de óleo e gás, das indústrias naval e automobilística, e da construção civil, esta impulsionada por algumas políticas sociais. O setor industrial de maior tradição, motor do crescimento econômico sustentável, só veio definhando nos últimos anos e, quando passa o período de bonança acima mencionado, vem o choque dilacerante do desemprego. Por isso torna-se fundamental reinventar os mecanismos duradouros de perpetuação do mercado de trabalho, o que passa também pela reinvenção dos modos de contratação do trabalho e de manutenção do emprego, ainda que em tempos desfavoráveis de desemprego estrutural resultante das novas tecnologias.

É um equívoco sustentar, como querem alguns, que as mudanças na legislação trabalhista significaram “mudanças estruturais” no campo do direito ou da economia, ou que “destruíram as bases sociológicas do trabalho”. A afirmação não se sustenta, pois se trata apenas de uma reforma “microeconômica” e setorial, ainda que com grande possibilidade de impacto

na economia e no crescimento econômico, a conferir no futuro próximo. As estruturas fundamentais do Direito do Trabalho, e que dão sustentação jurídico-legal às suas “bases sociológicas e econômicas”, permanecem inalteradas e intocadas na Constituição, o que deveria servir de ponto de partida para qualquer discussão intelectual sobre a matéria, que se pretenda minimamente honesta.

Já se disse acima que o processo de mudanças precisa avançar para, aí sim, atacar algumas dessas “bases” que são arcaicas e autoritárias, ainda ancoradas na Constituição e na CLT. Todos são unânimes em clamar pela sempre desejada e jamais concretizada pluralidade sindical, a liberdade total na forma de criar e organizar sindicatos e de legitimar a sua representação. Há outros exemplos a indicar urgentes alterações legislativas na CLT, como a permanência dentro do seu bojo de verdadeiros estatutos para determinadas corporações, o que permite criar diversas categorias de trabalhadores: os agraciados pela lei com direitos e vantagens especiais, e os outros. Pergunta-se, exemplificando, qual a justificativa da permanência de um estatuto diferenciado para os trabalhadores bancários, inclusive com a regalia de uma jornada de trabalho reduzida e que tem sido fonte de centenas de milhares de ações trabalhistas?

Sabe-se que o corporativismo ainda está impregnado nas nossas instituições, e em especial nas trabalhistas. O cientista político MARCUS ANDRÉ MELO, da UFPE, em recente artigo publicado no caderno *ilustríssima* da *Folha de São Paulo*, de 31.01.2016, bem ilustra a situação:

[...] Torres também forneceu a chave para a fórmula da disjunção “país legal *versus* país real”. Não adiantava insistir, como seu adversário Rui Barbosa, em fazer cumprir a letra da lei, mas reconhecer o “idealismo da constituição”, e superá-lo. Em livro com esse título, Oliveira Vianna sustentou que o remédio para essa disjunção era um Estado forte que asseguraria seus interesses contra os interesses mesquinhos, porque privados, dos clãs familiares. Para isso seria necessário passar por cima da Constituição artificial, porque liberal, ou elaborar uma carta constitucional em que o império da lei fosse uma ficção. CORPORATIVISMO. Barbosa Lima Sobrinho, em sua biografia de Torres, mostra a influência decisiva dessa agenda na criação das instituições da Era Vargas - cujos principais atores políticos reuniam-se na Sociedade dos Amigos de Alberto Torres, fundada em 1932. Um dos seus membros, Oliveira Vianna, foi artífice de instituições com as quais convivemos até hoje, as estruturas corporativistas que regulam o mercado de trabalho no Brasil: a Justiça do Trabalho, o imposto sindical, a unicidade sindical, o IAA (Instituto do Açúcar e do Alcool), o IBC (Instituto Brasileiro do Café) e outros órgãos do intervencionismo econômico, como o Código de Águas e de Minas - a lista é longa.

Vianna flertou abertamente com o racismo e o fascismo, mas a maioria dos arquitetos do Brasil contemporâneo não aderiu abertamente a projetos totalitários. A historiografia brasileira criou uma expressão própria para identificar o conteúdo substantivo do programa desses publicistas: “liberais autoritários”, por buscarem fortalecer direitos individuais a partir de instrumentos autoritários. Na balança, na realidade, esses direitos pesavam muito menos do que a razão de Estado.

É fundamental enfatizar que Uruguai, Torres e Oliveira Vianna não eram liberais. Não moldaram apenas a visão de mundo dos brasileiros, tal como Sérgio Buarque de Holanda. Uruguai, Torres e Oliveira foram todos membros de cortes superiores e presidentes de província e Estados - além de ministros. Foram homens de Estado, construtores de instituições. Influenciaram gerações de militares golpistas e a esquerda brasileira.

A rejeição ao liberalismo naquele contexto não foi um fenômeno brasileiro - só que no Brasil - deitou raízes que permanecem até hoje. As democracias maduras fortaleceram o Poder Executivo e aprofundaram a democracia; no Brasil só fizeram a primeira tarefa, não a segunda, e extirparam a dimensão iliberal. Muitas instituições (do mercado de trabalho etc.) continuam intactas até hoje e apresentam patologias desconhecidas no resto do mundo (como a existência de 38 mil sindicatos inorgânicos). [...]¹

Extrai-se dessa passagem de seu artigo que o corporativismo e o autoritarismo, travestidos de suposta proteção do Estado ao trabalhador, persistem como pedras angulares de muitas das instituições, sobretudo daquelas do mundo do trabalho, e por isso as mudanças precisam avançar.

Já os muitos questionamentos no campo das alegadas inconstitucionalidades da lei poderão ser aqui referidos quando necessários ao enfrentamento do tema da segurança jurídica, que é um dos propósitos maiores das mudanças. Eles não são objeto do artigo, mas neles se estabelece nesse momento o principal patamar de resistência de implantação das mudanças por parte daqueles que sempre a elas se opuseram.

2.3. A exaustão do debate sobre a matéria

A última frente de resistência, digamos, mais contida e igualmente equivocada, sustenta que tudo foi aprovado de modo açodado e sem o necessário debate ou discussão com a sociedade ou com seus segmentos diretamente interessados na matéria.

¹ MELO, Marcus André. FOLHA DE SÃO PAULO, Caderno Ilustríssima, domingo, 31 de janeiro de 2016.

De fato, as discussões sobre a matéria só viralizaram ao longo da tramitação do projeto de lei, e quase todas acaloradas, primeiro em razão das resistências a qualquer mudança de regulação que se proponha a realizar em área tão sensível da vida em sociedade que é o mundo do trabalho; e segundo, em razão de resistências irrefletidas de muitos setores da sociedade envolvidos na matéria que simplesmente se posicionavam contra, por entender que o aparato de legislação e jurisprudência trabalhistas em vigor seria o “ideal”, sempre o ideal, para a proteção do trabalhador.

Suponho que os críticos não estejam querendo sustentar que a matéria, embora tenha impacto direto na vida de trabalhadores e empregadores e da sociedade como um todo, devesse ser discutida e aprovada por toda a população ou por toda sociedade numa forma de democracia direta. Ocorre que medidas dessa natureza, dado o seu alto grau de tecnicidade, devem ser discutidas e aprovadas em foros de representação dos interessados que tenham capacidade de compreendê-las em todo o seu alcance, porque aqueles que verdadeiramente poderão ter sua vida afetada por sua implementação não terão a mínima condição de fazê-lo, a não ser que se descambe para democratismos ou populismos incompatíveis com a verdadeira democracia e com os imperativos de um Estado moderno. É o caso típico da inadiável Reforma do Sistema Previdenciário, que tem despertado tantas paixões mas que deve se pautar, antes de tudo, por estudos econômicos, estatísticos e demográficos; mais do que isso, deve perseguir a criação de um sistema mais justo e igualitário para todos os trabalhadores, do serviço público e da iniciativa privada.

O problema é que os interesses das corporações encontram sempre mais eco na sociedade, pois se apresentarão sempre embalados pelo discurso de que “[...] as reformas retiram direitos dos trabalhadores e dos cidadãos de um modo geral [...]”, mas nunca se propõem a discutir o seu mérito. Por isso não impressiona que pesquisas de opinião tenham apontado que parte expressiva da população se opunha às mudanças na legislação trabalhista, assim como se oporá à reforma da Previdência. Trata-se apenas de opinião ou de avaliação política, que, sem embargo de sua importância como orientação para formulação de políticas públicas, são destituídas de qualquer fundamento racional ou científico que seja decisivo para a adoção das medidas.

Ouvi muito por aí, quando indagava àqueles do nosso meio sobre as propostas, um sonoro “sou contra”; e, quando perguntava ao interlocutor se pelo menos havia lido o projeto de lei, a resposta era invariavelmente a mesma: “não, não li”; isso de pronto me remetia à personagem de um dos Quadrinhos que mais marcou a minha juventude de militância política, a Mafalda do argentino Quino, com a famosa frase: “*hay gobierno, soy contra*”. Há muitas críticas no sentido de que não teria havido debate suficiente da matéria, e muitas delas externadas por pessoas que alternaram a posição

inicial de “ser contra” para outra forma de resistência em face da nova realidade que surge com a proximidade de vigência da nova legislação, mas elas não procedem pelo menos no âmbito de um debate intelectual franco e honesto.

Explica-se. Há muitos anos sustento que os debates nos arraiais do Direito do Trabalho, na academia, na doutrina e no âmbito da jurisprudência, transformaram-se num verdadeiro samba de uma nota só. Não havia propriamente debate ou diálogo, pois eles estavam há décadas interditados por um pensamento dominante e massificante sobre o Direito do Trabalho. (Com a lembrança de que essa divisão por áreas ou setores de atuação não é estanque, ao contrário, nem existe, se considerarmos que uns e outros atores atuam em todos eles, na medida em que professores, acadêmicos, juizes, procuradores e advogados transitam de um para outro papel, mas sempre interpretando o mesmo texto. E isto nos diferencia sobremaneira de culturas de países mais desenvolvidos, onde esses papéis costumam ser bem demarcados e distribuídos, vale dizer, os juizes têm atuação quase que exclusiva na jurisdição, idem os professores na academia e os advogados na sua área profissional).

Por isso que dos bancos das faculdades de Direito às escolas judiciais de formação inicial de juizes, e nas sessões de julgamentos dos tribunais, o pensamento único ainda é massacrante. Qualquer voz de resistência não tem espaço para fazer-se ouvir ou logo recebe um rótulo qualquer, que pode variar de intensidade ou de qualidade a depender do nível de politização e de ideologização do debate: pensamento de “direita” ou “neoliberal”, “juiz patronal” ou “defensor do capital”. Simplesmente não se permite que visões diferenciadas do mundo das relações do trabalho apareçam e sobrevivam, ainda que fundamentadas em dados empíricos da realidade, em levantamentos estatísticos ou em demonstrações de que há algo de equivocado, para dizer o menos, nessa unanimidade.

Estabeleceu-se, na verdade, um verdadeiro fundamentalismo nessa área, e com isso surgiu uma minoridade oprimida composta daqueles que procuram enxergar o vasto mundo das relações do trabalho com lentes mais realistas e menos românticas, por assim dizer, dado que a realidade da economia de mercado é insuperável e que sem empresas ou empreendedores não haverá emprego. Trata-se, sim, de discurso opressivo e autoritário, muitas vezes traduzido e revelado em puro *marketing* da ideologia do politicamente correto que se instalou em nosso meio: pensar, escrever e julgar fora daquilo que essa maioria estabeleceu, de forma autoritária, como revelador dos interesses da classe trabalhadora e dos oprimidos é ser contra tais interesses. Ponto final!

Ocorre que esse fenômeno não é exclusivo do Direito do Trabalho. Nas faculdades de Direito ele se espalhou por muitas outras especialidades,

embora não tivesse delas se assenhorado como aconteceu por aqui. Ele se inscreve num universo maior, que ocorre sobretudo nas denominadas áreas de Humanidades ou das Ciências Humanas, onde a ideologia de esquerda empolgou o poder e estabeleceu-se de forma avassaladora, quase definitiva, saltando das universidades para a cultura em geral. A tal ponto que um dos escritores e pensadores vivos e mais celebrados da literatura de língua latina, o Prêmio Nobel de Literatura Mario Vargas Llosa, de passado de militância na esquerda como o autor deste pequeno artigo, tenha dito com propriedade que “[...] o único setor da vida humana em que a esquerda não fracassou foi na cultura.”

Constata-se sem maior esforço que há antigo e farto debate nessa área, e talvez seja no Direito do Trabalho onde tenha ocorrido nas últimas décadas, em razão da radicalizada militância da sua vanguarda intelectual, o maior número de eventos os mais variados, de publicações de livros, revistas e artigos. É uma das poucas áreas do Direito que conta com muitas editoras exclusivas e especializadas. Basta uma visita às livrarias jurídicas para ver o quanto se publica sobre temas trabalhistas, e num grau de teorização e de sofisticação de fazer inveja aos outros ramos do Direito. Esse movimento tem um significado óbvio: abriu-se um vasto e promissor mercado para seus intelectuais e operadores, o mesmo “mercado” tão demonizado nos seus escritos, e exatamente como ressonância do crescimento descomunal do número de ações trabalhistas e do agigantamento da estrutura da Justiça do Trabalho, num movimento simbiótico, interpenetrado e de mão dupla.

Essa visão de mundo se materializou entre nós na ditadura dos princípios, que saltou rapidamente da doutrina para a jurisprudência dando margem aos seus ímpetos criativos, em muitas situações à margem e em confronto com o direito legislado. O juiz do trabalho, quando pretende imprimir nas suas decisões essa visão de mundo, abandona o texto da lei e vai fundamentar suas decisões em um princípio qualquer, desde aqueles mais nobres instalados na Constituição até em outros mais mambembes e prosaicos, como um tal “princípio circular atrativo do salário” (*sic!*), apenas para dar um exemplo do exotismo que aqui se instalou em larga escala. Há, por exemplo, condenações “por dano existencial” (*sic!*) ou por “*dumping social*” (*sic!*) dentre outras esquisitices. O resultado é sabido: mais e mais ações trabalhistas, com pesados custos para a produção de bens e serviços e para os cofres públicos.

Trago aqui uma pequena citação de uma obra que considero indispensável, e da qual recomendo a leitura por todos envolvidos nesse debate. Trata-se de interessante livro de CARLOS ARI SUNDFELD, publicista e professor da graduação e da pós-graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de SP. Tome-se a obra como um todo, apenas

substituindo onde está escrito “direito público ou administrativo” por “direito do trabalho”, e teremos um retrato perfeito da situação acima descrita. Apenas para deleite dos leitores, veja-se:

Vive-se hoje um ambiente de “geleia geral” no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão. O objetivo deste ensaio é opor-se a essa deterioração da qualidade do debate jurídico.

O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito.

Opondo-se à maré, este artigo sustenta a tese de que, ao deliberar com base em textos normativos de extrema indeterminação (em princípios), o juiz tem de suportar o ônus da competência e o ônus do regulador.

Como não há fundamento algum para a presunção absoluta de que é do Judiciário, e não de outros órgãos, a competência para construir soluções jurídicas específicas a partir de princípios, sua intervenção em cada caso depende de elementos especiais de ordem institucional que a justifiquem, e eles têm de ser identificados pela decisão (ônus da competência).

Ademais, a simples pertinência do princípio ao caso não é bastante para justificar a solução específica, sendo indispensável formular de modo explícito a regra geral que se vai aplicar, justificando-a com a análise profunda das alternativas existentes, de seus custos e, ainda, de seus possíveis efeitos positivos e negativos (ônus do regulador).²

A polarização do discurso político e ideológico, que também passou a exercer forte influência nos destinos da humanidade quando surge como espécie de reação à derrocada do “socialismo real”, que se deu com o fato simbólico da derrubada do Muro de Berlim, teve efeitos devastadores na nossa área de estudo e de conhecimento. Não no mundo do trabalho como realidade, pois este é resultado das relações que se travam no plano da economia real e seguiu normalmente o seu curso histórico; mas sim no trabalho e na atividade daqueles que operam dentro do aparato teórico e jurídico que lhe dá sustentação institucional.

As posições teóricas e doutrinárias se acirraram de tal modo que o debate se empobreceu e ficou reduzido a rotulações e clichês de lado a lado. E com a hegemonia alcançada pelo denominado pensamento de

² SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2014. p. 205-206.

esquerda o debate simplesmente desapareceu (com a lembrança, como já referido, de que, diante da sua aceitação fácil e irrefletida no âmbito da sociedade, esse discurso sedutor espalhou seu domínio para toda a área da cultura).

Nas últimas décadas nunca se produziu ou se ganhou tanto, em termos financeiros, na sombra do Direito do Trabalho: no magistério, nos cursos de especialização e de pós-graduação; nas palestras e nos seminários; com a publicação de livros e revistas especializados; nos cursos preparatórios para as carreiras jurídicas da área; mas, especialmente, na advocacia trabalhista de empregados, realizada dentro e fora dos sindicatos.

Ah, na advocacia! Quem como eu, que militei na advocacia trabalhista e sindical em favor dos trabalhadores por quase 12 anos no final dos anos 70 e nos anos 80, lembra perfeitamente dos tempos românticos dessa advocacia, que se fazia quase que exclusivamente dentro dos departamentos jurídicos dos sindicatos, com modesta remuneração e com raríssimos e minguados honorários profissionais, um verdadeiro sacerdócio!

Todos naqueles tempos, professores, juízes e advogados, militavam em torno de uma causa nobre. No plano dos direitos individuais, ela se localizava na solução de autênticos conflitos trabalhistas, de verdadeiro fundo sociológico e econômico, pois os trabalhadores não tinham acesso à rede de informações que chegou com a revolução tecnológica e com a era digital; na sua expressiva maioria eram os verdadeiros hipossuficientes da relação de emprego, principalmente em razão de sua esquálida informação sobre a realidade do mundo.

No plano do direito coletivo alguns sindicatos ensaiavam a busca da normalidade democrática depois de três décadas de trevas do regime militar, e outros tantos procuravam se organizar fora dos marcos do sistema opressivo e controlado pelo Estado, herança do fascismo getulista. Foram os tempos dos famosos movimentos denominados de “oposições sindicais”, para os quais muitos de nós advogados militantes trabalhamos *pro bono*, em intermináveis reuniões e assembleias nos finais de semana, e muitas vezes nas portas de fábricas.

Daí concluir-se que não se sustenta a tese da ausência de debates e discussões na formulação das propostas que redundaram na elaboração do projeto de mudança ao longo de quase um ano de tramitação no Congresso. Seja porque eles sempre estiveram presentes e foram marcantes nas últimas décadas, seja porque aqueles que se opuseram à modernização da legislação trabalhista simplesmente não se propuseram a discutir e modificar o *status quo*. A não ser para insistir naquele mesmo rumo que apressou e tornou urgente a sua aprovação, aquele que construiu a mais complexa regulação do trabalho jamais vista mundo afora. Inclusive através de um ativismo judicial sem precedentes em outros setores do direito e do

Judiciário, com a deliberada política dos tribunais trabalhistas, em especial do Tribunal Superior do Trabalho, de assumir o seu monopólio em flagrante invasão de competência legislativa, com a criação de direitos através de enunciados de súmulas, inclusive sem quaisquer precedentes jurisprudenciais.

Tudo isso foi campo fértil para a implantação da insegurança jurídica que foi a tônica na contratação do trabalho no Brasil nas duas últimas décadas, com evidentes prejuízos para o nosso almejado processo de crescimento e de desenvolvimento econômico inclusivo.

3 A URGÊNCIA E A IMPERIOSIDADE DA MODERNIZAÇÃO DA REGULAÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL

3.1. Um mundo do trabalho impactado pela revolução tecnológica

Os tempos são outros. O primeiro fato histórico incontestável é que as diversas formas de revoluções tecnológicas, e a dominância da chamada economia de mercado que se consolidou nas últimas duas décadas do século passado, impactaram de modo duro, traumático e irreversível o mundo do trabalho. Sabidamente, as expectativas românticas de uma sociedade igualitária, sem dominadores e dominados, redundaram em experiências frustradas e desastrosas na tentativa de construção coletiva do bem-estar social, para dizer o mínimo.

Todas elas, sem exceção, descambaram para o puro totalitarismo com supressão total das liberdades e dos direitos civis, quando não manchadas pelo sangue de muitos homens, mulheres e crianças. É forçoso admitir que não há caminho de volta ao passado, e essa constatação impõe a todos nós, homens de boa vontade, a difícil tarefa de encontrarmos saídas e caminhos que, primeiro, eliminem a fome e as guerras fratricidas que são a tônica dos novos tempos, com seus assustadores movimentos migratórios; e segundo, que encontrem um estágio desejável de bem-estar social diante da irreversibilidade das regras da economia de mercado, o que somente poderá ser alcançado com mais liberdade, mais progresso econômico e com uma mais justa distribuição de renda.

Os juslaboristas raramente trataram dessa nova realidade porque sempre se recusaram a reconhecê-la, e optaram por permanecer atados a conceitos e modelos teóricos de um passado há muito superado. E quando o fizeram foi no sentido de desconhecer ou negar a nova realidade ou, mais grave, fizeram errado na tentativa de tentar enquadrá-la a *forceps* nos seus antigos modelos. O conceito de subordinação estrutural, de larga aceitação e aplicação entre nós, é um exemplo arrematado dessa cruzada de resistência.

Como forma de enfrentar o fenômeno econômico e irreversível da “terceirização” de serviços ou de repasse para terceiros de partes da atividade empresarial nas cadeias de produção de bens e serviços, a jurisprudência de resistência inventou o conceito de subordinação estrutural, que nada mais é do que uma simples rarefação do conceito clássico de subordinação jurídica, de forma a permitir o reconhecimento do vínculo de emprego com quem quer que fosse e que estivesse envolvido nessa longa e complexa cadeia de produção. Sustentam seus defensores que esta seria a forma de evitar a “precarização” do trabalho e restituir “dignidade ao trabalhador”, o que é nada mais nada menos do que a utilização de um discurso político e ideológico sem nenhum efeito prático, mas de alta repercussão e aderência na sociedade. E com esse discurso bloqueou-se por décadas a fio a chegada entre nós de um indispensável e decente marco regulatório para a terceirização.

Ora, não se evita precarização de trabalho, de emprego ou de salários, e nem se restitui a dignidade do trabalhador aqui e em qualquer outro sistema jurídico-trabalhista, com pagamento de indenizações pecuniárias depois de extinto o contrato de trabalho, portanto depois de sua suposta consumação. E o que é mais grave: indenizações partilhadas ao meio com honorários advocatícios, contribuições previdenciárias e imposto de renda.

Somente se combate a precarização do emprego e dos salários com uma correta e eficaz proteção dos trabalhadores terceirizados através de necessária regulamentação jurídica do fenômeno no âmbito das relações de trabalho, o que nunca foi possível em face da resistência ideológica e jurisprudencial, esta montada simplesmente para tentar bani-la do nosso sistema produtivo.

Com esse modo de proceder, tentando resistir ao impulso da realidade, paradoxalmente eles conseguiram chegar ao resultado que diziam combater, pois a terceirização, que por definição seria a transferência de determinadas atividades da cadeia produtiva para empresas especializadas, muitas vezes com conhecimento e tecnologia mais avançados do que aqueles de domínio da empresa contratante, foi relegada ao gueto das relações de trabalho. Passou assim a representar exatamente a suprema desvalorização dessa força de trabalho, na medida em que a obtusa Súmula n. 331 do TST só a permitia para tarefas ou atividades de pouca relevância dentro do processo produtivo, tais como atividades de limpeza, portaria, conservação e assemelhadas.

O único resultado obtido com a estratégia foi relegar ao país as piores colocações em estatísticas mundiais de produtividade do trabalho e de competitividade da economia, e com isso o Brasil se transformou em presa permanente da denominada armadilha da renda média. Vale dizer, o país envelheceu, queimou seu bônus demográfico, e permaneceu pobre. As suas

consequências no mundo do trabalho são trágicas e se revelam no paradoxo de que hoje ostentamos um dos maiores custos para o trabalho assalariado dentro do conjunto dos países da OCDE, mas pagamos os piores salários para os nossos trabalhadores.

São ilustrativos os dados colhidos em recente Editorial do jornal *Folha de São Paulo*, de sua edição de 03 de março de 2017, com o sugestivo título “Ficamos para trás”:

Não deixa de causar espanto a notícia de que os salários da indústria na China já superam os de países como Brasil e Argentina, aproximando-se de níveis observados na periferia europeia.

Segundo estudo da Euromonitor, com informações da Organização Internacional do Trabalho e estatísticas nacionais, os salários triplicaram na indústria chinesa de 2005 a 2016 - de US\$1,2 para US\$3,6 por hora.

No mesmo período, houve queda de US\$2,9 para US\$2,7 no Brasil. Emergentes como México e África do Sul também amargaram piora; em outros, como Colômbia, Argentina e Tailândia, a alta foi tímida.

[...] O desempenho brasileiro, em particular, tem figurado entre os mais desanimadores. Aqui, a produtividade - a capacidade de produção por trabalhador, decisiva para a elevação da renda - mantém-se estagnada há décadas.³

Ainda no curso de discussão e aprovação das mudanças, economistas do Banco Itaú se debruçaram em números e estatísticas do mercado de trabalho de diversos países do mundo, como forma de compreender os potenciais impactos que elas produziriam no nosso mercado interno. Os resultados são espantosos e podem ser vistos nas transcrições que se seguem:

Em comparações internacionais, o mercado de trabalho brasileiro se destaca pela falta de flexibilidade, custos elevados e ineficiência das relações entre empregados e empregadores. Isto fica evidente pelo gráfico abaixo, baseado em 10 métricas de eficiência do mercado de trabalho no Relatório de Competitividade Global (RCG) produzido pelo Fórum Econômico Mundial.

O Brasil aparece no ranking do RCG com nota 3,7 em uma escala de 0 a 7, o que corresponde ao 117º lugar dentre 139 países. Ou seja, de acordo com esta pesquisa, o Brasil possui um dos mercados de trabalho mais ineficiente do mundo, contribuindo para a baixa competitividade da economia.

³ FOLHA DE SÃO PAULO. Editorial “Ficamos para trás”, Caderno Opinião, sexta-feira, 03 de março, de 2017.



[...] Argumentamos acima que diversos pontos da reforma trabalhista podem contribuir para aumentar a eficiência do mercado de trabalho brasileiro. Mas como quantificar estes efeitos?

Primeiramente, elaboramos uma lista das principais medidas da reforma, totalizando 13 medidas. Em segundo lugar, relacionamos cada medida da reforma com cada subitem do conceito de eficiência do mercado de trabalho no RCG. Isto nos permite avaliar qualitativamente como cada subitem será impactado pelas características específicas da reforma brasileira e classificar tais impactos como “muito alto”, “alto”, “médio”, “baixo” e “nulo”. Por exemplo, fatores como facilidade de encontrar mão de obra estrangeira não se alteram com esta reforma, mas fatores como a flexibilidade para contratações e demissões devem ser impactados significativamente.

Impacto da reforma trabalhista brasileira		
Sub-item	Medidas relevantes da reforma trabalhista*	Impacto qualitativo
Impostos sobre o trabalho***	1,11	Baixo
Flexibilidade para contratar e demitir	1,3,8,9,10,11	Muito alto
Flexibilidade de salários	4,5,6,7,12	Médio
Cooperação empregado-empregador	1,2,3,4,5,6,7,8,10,11,12,13	Muito alto
Mão de obra estrangeira	-	Nulo
Remuneração e produtividade	1,5,6,11,12,13	Alto
Participação de mulheres	1,10,11	Médio
Custos de demissão**	4,5	Baixo
Qualidade da liderança	-	Nulo
Mão de obra qualificada	-	Nulo

* Baseado nas 13 medidas listadas no anexo

** Não inclui custo com processos trabalhistas

*** Valor de taxas e contribuições pago pela empresa como percentual dos lucros

Definido o impacto qualitativo para cada subitem de eficiência do mercado de trabalho, o próximo objetivo é obter o impacto quantitativo. Para isto, utilizaremos a experiência de outros países que, como o Brasil, também fizeram reformas trabalhistas com o objetivo de tornar o mercado de trabalho mais flexível. Os dados do RCG se iniciam em 2007, então utilizamos uma amostra de países que fizeram reforma trabalhista após este período. Valendo-se da literatura sobre o tema, definimos a seguinte lista de 10 países: Espanha (2012), Irlanda (2012), Portugal (2011), Rep. Checa (2012), México (2012), Grécia (2011, 2012), Romênia (2011), Sérvia (2014), Itália (2009, 2010) e Islândia (2009).⁴

Os resultados desse trabalho de pesquisa mostram que a rigidez e a imprevisibilidade na regulação do mercado de trabalho no Brasil jamais produziram o resultado alardeado pelos defensores do protecionismo e da intervenção. Ao contrário, com décadas de exacerbada proteção e de interferência do Estado, especialmente da Justiça do Trabalho, que deveria se limitar à solução dos conflitos reais que possam dali surgir, eles continuam

⁴ GONÇALVES, Fernando M.; BARBOSA, Luka; MATCIN, André. *Reforma trabalhista: potenciais impactos*. Disponível em: <<http://www.itau.com.br/itaubba-pt/analises-economicas/publicacoes>>. Acesso em: 20. set. 2017.

perdendo renda e qualificação, e sem mudanças nesse quadro amargarão para sempre a condição de trabalhadores de segunda categoria.

Apenas as corporações profissionais que operam no campo teórico e prático do Direito do Trabalho, e jamais os trabalhadores terceirizados, lucraram com a estratégia: os advogados com a enormidade de demandas trabalhistas originadas desse embate, o que levou à expansão incontrolável da estrutura da Justiça do Trabalho para atender a essa demanda; o aumento do número de juízes e procuradores do trabalho, que, amparados por uma numerosa casta de servidores públicos para lhes dar suporte, e com a crescente ampliação de sua estrutura física, fizeram inchar de modo estrondoso o seu orçamento; tanto que sozinha ela abocanha cerca de 70% de todo o orçamento da União para o seu Poder Judiciário; e, finalmente, os acadêmicos e teóricos com a expansão de cursos e de seminários, e com a prolífica edição de livros e revistas especializados.

3.2. Onde estariam as saídas para o impasse?

Pensadores de outras áreas é que cuidaram do problema com mais propriedade e maior profundidade, buscando a identificação de suas causas e propostas mais ou menos viáveis para enfrentá-lo. Economistas, sociólogos, filósofos e intelectuais de outras formações estranhas ao Direito têm se debruçado sobre ele, mas como sempre com uma clara e inevitável bifurcação ideológica quando se trata de criar alternativas que permitam a sobrevivência do trabalho humano, com a dignidade que lhe convém, num mundo de avassalador progresso tecnológico. Aqui as discussões seguem em parêntese com aquela outra de fundo, da constatação da irreversibilidade da economia de mercado, ou simplesmente da sua negação. E os teóricos de linhagem de esquerda mais uma vez nada propõem de concreto porque, no seu entendimento, saídas dentro daquilo que ainda denominam de “capitalismo” nada significam além de sua legitimação.

O artigo não tem por objeto abordar esta discussão, o que demandaria trabalho de maior fôlego diante da quantidade que se escreve e se publica sobre o assunto. Todavia, as únicas saídas viáveis para o impasse estão com aqueles que adotam linha de pensamento mais liberal, vale dizer, dado que a economia de mercado é uma realidade insuperável, há de se construir um novo modelo ou marco teórico para a regulação do trabalho humano, mas sem deixar de lado a sua centralidade que é a sobrevivência digna do trabalhador nesse preocupante cenário.

Nessa linhagem de pensamento há uma tendência, ou uma tônica dominante, de abandonar o discurso e trabalhar com pesquisas e dados empíricos, científicos e matemáticos. Exatamente como fazem, mundo afora e no Brasil nesse momento crucial de crise econômica, os economistas

denominados ortodoxos em contraposição àqueles ditos heterodoxos: se há consenso de que o Estado continua sendo fundamental para a sobrevivência das populações e da própria economia de mercado, trata-se agora de saber de sua viabilidade e sobrevivência fiscal, de modo que todos não sucumbam numa torrencial e mortífera crise.

Para jogar um pouco de luz sobre o debate que envolve a profunda impactação que as novas tecnologias causaram nas diversas formas de trabalho humano, o que está a exigir ação e não apenas discursos ideológicos, recolho estes trechos de pequeno mas elucidativo artigo do Prof. HÉLIO ZILBERSTAJN, da FEA-USP, economista e estudioso do assunto:

O mundo do trabalho está vivendo sob duas ameaças simultâneas: o fim do trabalho e o fim do emprego. As duas são muito preocupantes, pois, caso se concretizem, haverá impactos profundos na sociedade como um todo e no modo de vida de cada um de nós. A primeira delas significaria que não haveria mais trabalho nem trabalhadores. A segunda implicaria não no fim do trabalho, mas no fim da forma contratual conhecida como emprego ou vínculo. O propósito deste texto é contribuir para uma interpretação do significado da segunda ameaça. Mas, antes de abordá-la, vale a pena uma menção rápida à primeira delas.

Fim do trabalho?

Durante muito tempo, a tecnologia tem tido uma relação, digamos, ambivalente com o trabalho. De um lado, o avanço técnico destrói postos de trabalho quando modifica processos produtivos, criando máquinas que substituem o trabalho humano. De outro lado, expande o mercado quando cria novos produtos e novos processos. Marx já se apercebia desse duplo processo, diferenciando o desenvolvimento tecnológico em duas categorias: o progresso técnico e os novos produtos. Os novos processos, por sua vez, reorganizam a produção e desenvolvem a produtividade do trabalho e, conseqüentemente, reduzem a quantidade de postos de trabalho. Os novos produtos expandem o consumo para novos bens ou serviços, criam-se novas empresas, e crescem as oportunidades de trabalho. O primeiro fenômeno destrói enquanto o segundo cria. Diante da expansão do capitalismo e do mercado de trabalho, não é difícil concluir que o lado criativo do progresso técnico tem superado sua vertente destrutiva. Mas, para desespero dos marxistas e de seus descendentes mais ou menos modernos, a tecnologia parece ser hoje uma ameaça grande para a continuidade do trabalho e, portanto, da "centralidade do trabalho" na sociedade. Aparentemente, nos nossos dias, a equação do progresso técnico estaria se invertendo a tal ponto que em algum momento a tecnologia poderia destruir mais que criar.

[...] Neste ponto, chegamos ao debate sobre o paradigma do Direito do Trabalho. Não é coincidência que regulamentação do mercado de trabalho e o Direito do

Trabalho emergiram e atingiram seu [ápice] no século passado, acompanhando a expansão do capitalismo corporativo. Os mercados eram compostos por grandes empresas e o contrato de fornecimento de longo prazo, inclusive e principalmente o contrato de fornecimento de serviços do trabalho. Ou seja, o vínculo, o emprego permanente. Essa era a forma de reduzir os custos de transação e coordenação.

Hoje, o paradigma da competitividade é outro. É impossível para uma empresa competir sem se horizontalizar. A corporação vertical e gigantesca, que internaliza todos os processos produtivos, não consegue competir com as empresas horizontais e virtuais globalizadas. A terceirização, o trabalho autônomo, o trabalho a distância, o trabalho sem vínculo são manifestações da redução do custo de transação e de coordenação que ocorrem hoje fora da organização.⁵

Diante desse quadro o que se coloca como crucial à sobrevivência do Direito do Trabalho nas próximas décadas, aqui e em todos os quadrantes do planeta, é mudar e modernizar, ou naufragar. Não há outras escolhas à vista.

3.3. A desconhecida conexão do mundo do trabalho com o mundo real e mais abrangente da economia. O trabalho humano como custo da produção

Antes de tudo impõe-se uma necessária autocrítica, dentro da crítica, para todos quantos militamos nesse complexo mundo da regulação do trabalho humano. Quando se diz complexo, não se está a referir à desnecessária e aberrante complexidade em que se transformou essa regulação no país, cuja origem está exatamente na exacerbação dos seus instrumentos de intervenção e de proteção, criados ao longo das últimas décadas, e em sobreposição a um conjunto de leis e normas há muito desconectadas da realidade. Disso já se tratou acima, ainda que de modo superficial. A complexidade aqui diz respeito à interação desse microssistema jurídico de regulação do trabalho humano com um conjunto maior de normas e instituições, não necessariamente de natureza jurídica em senso estrito, mas de natureza econômica.

O autodenominado juslaborista, o intelectual e o profissional que atuam nessa área, sofre de uma espécie terrível de autismo (para que não sobrem dúvidas não vai aqui qualquer referência desrespeitosa e depreciativa às

⁵ ZYLBERSTAJN, Hélio. Uma interpretação econômica para a crise do paradigma. In: FREDIANI, Yone (Coord.). *A valorização do trabalho autônomo e a livre-iniciativa*. Porto Alegre: Magister, 2015.

milhões de pessoas que, mundo afora, padecem desse transtorno ou distúrbio neurológico. Longe disso!). Aqui me refiro ao seu completo alheamento no que toca a essa necessária correlação ou interseção que se dá entre o conjunto de normas de regulação e proteção do trabalho com outra área mais importante para a sobrevivência das sociedades civilizadas, tão ou mais sensível, que é a economia. Mais sensível porque dela depende a sobrevivência de todos, estados nacionais, governos, instituições diversas, trabalhadores, empresários, empregadores, autônomos, desempregados, aposentados, aspirantes ao mundo do trabalho, enfim, o ecossistema como um todo.

Ele, o juslaborista, tem para si como dogma que o trabalho é um valor inalienável do ser humano, e como tal há de merecer toda sorte de proteção estatal de modo a garantir a sobrevivência digna do trabalhador em todas as suas dimensões, humanas, espirituais e materiais. Isso é verdadeiro. Mas não é menos verdade que ele, como um dos principais fatores da produção de bens e riquezas, ao lado do capital e hoje da tecnologia, é também um custo da produção, e como tal há de ser avaliado quando em confronto com os interesses daqueles que dele se servem para produzir.

Em estudo realizado para a Federação do Comércio de São Paulo, para abordar a “Dimensão Econômica das Decisões Trabalhistas, o PROF. JOSÉ PASTORE, também da *FEA-USP*, procura demonstrar com arguta propriedade que cabe à multiplicidade de instituições sociais, políticas e econômicas estabelecer as regras desse complexo jogo, e que por isso não deve ficar nas mãos do Poder Judiciário trabalhista, a quem cabe outra missão constitucional, de grande importância e significado, mas não a de árbitro exclusivo desse conflito.

Transcrevo-o, para dele apropriar-me de um conceito de instituições mais amplo e de mais utilidade para este debate do que aquele puramente formal que vem do Direito; e segundo, para buscar uma pista de como nós, que nos ocupamos do estudo e da aplicação do Direito do Trabalho, precisamos dialogar com a economia e com os economistas, se é que estejamos preocupados com empregos, empregabilidade e dignidade do trabalho humano, que somente serão alcançados com o desenvolvimento econômico. Veja-se:

Em 1993, ao receber o prêmio Nobel de Economia, o norte-americano Douglass North definiu as instituições como os limites inventados pelos humanos para estruturar as relações entre eles. “São compostas por restrições formais (regras, leis, constituições); informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta) e características de *enforcement* (execução de leis). Juntas, as três definem a estrutura de incentivos das sociedades e, especialmente, das economias. As instituições

e tecnologias empregadas determinam os custos de transação e transformação que são acrescidos aos custos de produção.”

Por que impor restrições à livre ação dos indivíduos? As regras sobre o comportamento humano se mostram necessárias na medida em que o mundo onde se constrói o sistema econômico, fundado por indivíduos e organizações, não é totalmente conhecido, estático e previsível pelos seus participantes. Na verdade, as transações econômicas abrangem um forte componente temporal e cognitivo: os agentes devem atuar e fazer suas escolhas com base em volume limitado de informações e sobre os resultados futuros de ações irreversíveis.

Essa condição de incerteza é agravada pela dificuldade de impor cooperação, coordenação e planejamento entre os diversos agentes da economia: as interações não se repetem ao longo do tempo e o número elevado de agentes envolvidos nos mercados produz um grau de complexidade que não pode ser inteiramente contornado por eles via mecanismos próprios de mercado, como “preço”.

Tal situação gera uma classe adicional de gastos, são eles: (I) custos em pesquisa e aquisição de informações; (II) custo da procura de parceiros comerciais e elaboração de contratos e negociação; e (III) custos de conclusão, *enforcement* e fiscalização do cumprimento das cláusulas contratuais. Os “custos de transação”, resultantes da incerteza, da falta de garantias, da insegurança institucional e da assimetria informacional, influenciam diretamente no desempenho das economias e dos mercados.

Como forma de combater e reduzir o problema, as instituições fornecem as “regras do jogo”, definindo o campo de escolha e moldando o comportamento dos indivíduos e organizações ao longo do tempo. Ou seja, elas fornecem os laços que unem o passado e o futuro, favorecendo a estabilidade das relações entre os agentes e seus resultados econômicos. Na literatura econômica, essa estabilidade é apontada como uma das fontes de resultados sociais desejáveis (crescimento, equidade e eficiência).

Como lembra Douglass North, as regras do jogo são em grande parte determinadas por disputas no campo político. Podem trazer resultados positivos quando levam à eficiência na destinação de recursos escassos. Já quando agravam distorções e induzem a má distribuição dos recursos, aumentam os custos de transação, abrem brechas para comportamentos oportunistas por parte dos agentes e eliminam espaços e soluções por meio dos quais poderiam acontecer ganhos mútuos nas trocas.⁶

⁶ PASTORE, José. Os problemas das súmulas irrealistas. *In: A dimensão econômica das decisões judiciais*. Publicação da FECOMÉRCIOSP.

[...] contabilidade UHY, que envolveu 25 nações, o Brasil é o país com os encargos trabalhistas mais elevados (57,56% do valor bruto do salário em tributos). A média global da análise, que inclui representantes do BRICS e da OCDE, foi de 22,52%.

Este quadro restritivo e oneroso reflete de maneira negativa na hora de determinar recursos e fatores produtivos (em especial a demanda por mão de obra). Ele reduz a aptidão das empresas de se adaptar a inovações e de operar com maior eficiência produtiva - e também interfere negativamente na capacidade dos trabalhadores de negociar arranjos contratuais alternativos que permitam bem-estar e mais postos de trabalho.⁷

Quase em repetição ao que acima vem transcrito, volto a um artigo publicado na *Folha de São Paulo*, também no Caderno *Ilustríssima*, de 3/7/2016, do jornalista VINICIUS MOTA, que a propósito de resenhar um livro lançado nos EUA sobre a problemática do desenvolvimento econômico no Brasil, deixa mais clara a ideia do papel das instituições, por nós desconhecido, como essencial para alcançarmos uma sociedade mais inclusiva. E o faz citando o mesmo Prêmio Nobel de Economia:

Coube a Douglass North (1920-2015), Nobel de 1993, enfatizar a crítica mortal do *insight* de Coase ao pressuposto neoclássico e extrapolar esse achado para os campos da história econômica e do desenvolvimento comparado. Custos de transação são manifestações da eterna luta das comunidades humanas contra a ignorância, a incerteza e a opacidade do futuro.

Porque os homens estão imersos num labirinto de relações cujo mapa não enxergam eles erguem arquiteturas diversas na tentativa de domar os monstros da incerteza e da violência, de regularizar na medida do possível o curso dos acontecimentos e de mitigar sua brutalidade potencial. As arquiteturas são as instituições: regras explícitas e tácitas de como o jogo social funciona, bem como os meios para sua efetivação, Tais regras se manifestam na economia sobretudo como custos de transação.

LIBERDADE As instituições, continua *Douglass North*, limitam por definição a liberdade de escolha dos indivíduos. Elas podem fazê-lo de modo a favorecer mais ou menos a eficiência e a prosperidade de um povo. Evoluem e mudam com o tempo, mas não necessariamente para arranjos mais produtivos.

Apenas um minoritário conjunto de nações, nos 10 mil anos de história da civilização, logrou estabelecer, e muito recentemente, uma estrutura de estímulos flexível o suficiente para permitir uma moderada, mas constante e secular, evolução da prosperidade.

⁷ PASTORE, José. Os problemas das súmulas irrealistas. In: *A dimensão econômica das decisões judiciais*. Publicação da FECOMÉRCIOSP.

Essas são as “sociedades de acesso aberto”, para usar o termo de *North*, ou as “inclusivas”, na definição de Daron Acemoglu e James Robinson. Elas comungam entre si traços como o império abstrato da lei sobre todos, o livre acesso ao empreendedorismo, a proteção do direito à propriedade, a ampla participação política e democrática, a responsabilização de autoridades, o número elevado de organizações públicas e privadas e um volume relativamente alto de arrecadação e despesa governamentais, especialmente no nível subnacional.

A grande maioria das comunidades, entretanto, definiu arranjos que produzem grande variabilidade da renda no curto prazo, mas, quando muito, semiestagnação no decurso dos séculos. São os “Estados naturais”, termo que *North* e colegas deslocaram do léxico hobbesiano, ou as “sociedades extrativistas” de Acemoglu e Robinson.⁸

O juslaborista daqui e de outros quadrantes do mundo, a ver pela literatura jurídica estrangeira que chega por aqui (em especial da Itália, da Espanha, de Portugal, e da França em menor quantidade), construiu seu mundo exclusivo, internou-se numa redoma e se alienou da realidade de um mundo maior em constante transformação, sempre aferrado a um passado distante e romântico do Direito do Trabalho, de conceitos que não mais encontram eco na atualidade. É verdade que ele criou outros conceitos e outras categorias teóricas, mas que se diferenciam dos antigos apenas numa suposta modernidade de linguagem: trabalho precarizado, precarização das relações de trabalho, terceirização ilícita ou fraudulenta, trabalho em situação análoga a de escravo, dentre muitos outros. E a partir deles pretendeu subjugar uma realidade muito distante daquela que foi a matriz das regras de regulação e proteção do trabalho e que ainda estão plasmadas na anciã CLT.

O máximo que nosso juslaborista permitiu, e apregoou como se fossem mudanças ou atualizações, foi a inclusão de várias disposições na CLT que só fizeram aumentar e aprofundar o seu anacronismo. Tanto que um dos argumentos de que se utilizaram para resistir às mudanças foi o de que “[...] ela teria sofrido dezenas ou quase centena de alterações e mudanças ao longo de sua existência [...]”, o que não deixa de ser verdadeiro, mas não admitiam discutir o mérito ou a funcionalidade dessas alterações, pois todas elas só se prestaram a tornar mais disfuncional o sistema.

Relevante salientar que tais mudanças não decorreram de demandas efetivas dos atores principais do mundo do trabalho, trabalhadores e patrões, e nem de outros movimentos sociais, mas foram gestadas na doutrina e na

⁸ MOTA, Vinicius. Uma travessia possível - o teste do Brasil numa nova teoria do desenvolvimento. *FOLHA DE SÃO PAULO*, Caderno Ilustríssima, domingo, 03 de julho de 2016.

jurisprudência, sobretudo no âmbito das decisões judiciais. Seguiram sempre o seguinte roteiro: primeiro apareciam como um pedido dentro de uma ação trabalhista ou como uma decisão tipicamente voluntarista de um juiz, que foram se tornando rotineiros lá e cá; em seguida, recebiam a forma e o *status* de uma súmula da jurisprudência, notadamente no TST; finalmente, levadas pelos seus operadores a um parlamentar no Congresso Nacional acabariam se transformando em lei.

Os exemplos são fartos e poderiam ser objeto de um trabalho à parte. Tome-se o caso, dentre muitos, dos malsinados minutos excedentes à jornada de trabalho, que partiram das sentenças, passaram pela fase da súmula e foram introduzidos no artigo 58 da CLT. *Idem* quanto às denominadas horas *in itinere*, também ali introduzidas. Em qualquer superficial pesquisa na legislação trabalhista de todo o planeta, onde ela existir, será fácil constatar que estas são jabuticabas exclusivas da legislação brasileira. Somos o único país do planeta onde não será permitido ao empregado apresentar-se no local de trabalho com mais de 10 minutos de antecedência, até para seu próprio bem-estar pessoal, sem que o empregador já se veja na obrigação de pagar-lhe horas extras.

Os exageros só se aprofundam na jurisprudência e nas súmulas, pois até o período de tempo quando o empregador lhe destina um desjejum ou um lanche, a que não está legalmente obrigado, já deve ser pago como hora extra. O mesmo se dá em relação ao tempo em que, antes ou depois do expediente, desembarca ou aguarda embarque num confortável meio de transporte que lhe oferece o empregador, para sua economia e comodidade. Confortável, sim, quando se sabe que grande maioria dos trabalhadores, formais ou não, perambulam pelas ruas das grandes cidades em busca de transporte coletivo, depois se amontoam num ponto de ônibus debaixo de intempéries, para finalmente seguir viagem num transporte público precário. Imaginam esses juslaboristas, equivocadamente, que estão fazendo justiça e distribuição de renda quando na verdade estão plantando mais distorções e disfunções num campo já minado.

Neste ponto entra outro fenômeno que se tornou recorrente, se não regra geral na Justiça do Trabalho, que é o da jurisprudência de desvalorização ou de desautorização das negociações coletivas protagonizadas pelos sindicatos, que se converteu em diversas súmulas do TST. Empregadores e empregados fizeram ao longo dos anos diversas tentativas de simplificar a contratação do emprego e de evitar litigiosidade entre eles e o ajuizamento despropositado de ações trabalhistas.

Buscaram a via constitucional da negociação coletiva, por exemplo, para fixar tempo de intervalo que fosse mais conveniente para as duas partes do contrato, para estabelecer forma de concessão de transporte gratuito como meio de acessar o local de trabalho ou para fixar que minutos que

sobejassem a jornada contratual, quando o empregado estivesse recebendo algum benefício empresarial (lanche, troca de uniforme fornecido pelo empregador, ginástica laboral, dentre outros) não fossem tomados como horas extras. Mas o excesso de protecionismo da jurisprudência, fazendo-se substituir à vontade das partes, simplesmente vetou essa possibilidade e, o que é mais grave, produziu o efeito contrário e perverso de elevar sobremaneira o número de ações na Justiça do Trabalho.

Sobre essa linha jurisprudencial largamente adotada na Justiça do Trabalho, nomeadamente a partir do TST, é notório que o Supremo Tribunal Federal vem reiterando entendimento contrário e em julgamentos interpretativos da Constituição da República, dois deles com força de repercussão geral (RE 590.415-SC, Rel. Mi. Roberto Barroso, e RE. 895.759-PE, Rel. Min. Teori Zavasck), dá validade plena das (às. Motivo: negociações coletivas sindicais, exatamente como preconizado no artigo 7º, inciso XXVI, dentre outros.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciou discussão semelhante à presente, sob o rito do art. 543-B do CPC/1973, no julgamento do RE 590.415 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 29/5/2015, Tema 152), interposto contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho que negara a validade de quitação ampla do contrato de trabalho, constante de plano de dispensa incentivada, por considerá-la contrária ao art. 477, § 2º, da CLT. Ao analisar o recurso paradigma, o STF assentou a seguinte tese:

A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado.

O voto condutor do acórdão, da lavra do Ministro Roberto Barroso, foi proferido com base nas seguintes razões: (a) “a Constituição reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas; tornou explícita a possibilidade de utilização desses instrumentos, inclusive para a redução de direitos trabalhistas; atribuiu ao sindicato a representação da categoria; impôs a participação dos sindicatos nas negociações coletivas; e assegurou, em alguma medida, a liberdade sindical [...]”; (b) “a Constituição de 1988 [...] prestigiou a autonomia coletiva da vontade como mecanismo pelo qual o trabalhador contribuirá para a formulação das normas que regerão a sua própria vida, inclusive no trabalho (art. 7º, XXVI, CF)”; (c) “no âmbito do direito coletivo, não se verifica [...] a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Por consequência, a autonomia coletiva da vontade

não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual”; (d) “[...] não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho.”

3. No presente caso, a recorrente firmou acordo coletivo de trabalho com o sindicato da categoria à qual pertence a parte recorrida para que fosse suprimido o pagamento das horas *in itinere* e, em contrapartida, fossem concedidas outras vantagens aos empregados, “tais como fornecimento de cesta básica durante a entressafra; seguro de vida e acidentes além do obrigatório e sem custo para o empregado; pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários-mínimos; pagamento do salário-família além do limite legal; fornecimento de repositores energéticos; adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva” (fl. 7, doc. 29). O Tribunal de origem entendeu, todavia, pela invalidade do acordo coletivo de trabalho, uma vez que o direito às horas *in itinere* seria indisponível em razão do que dispõe o art. 58, § 2º, da CLT:

“Art. 58 [...]

§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.”

O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a *ratio* adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhes outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical. Registre-se que a própria Constituição Federal admite que as normas coletivas de trabalho disponham sobre salário (art. 7º, VI) e jornada de trabalho (art. 7º, XIII e XIV), inclusive reduzindo temporariamente remuneração e fixando jornada diversa da constitucionalmente estabelecida. Não se constata, por outro lado, que o acordo coletivo em questão tenha extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, embora tenha limitado direito legalmente previsto, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical.

4. Registre-se que o requisito da repercussão geral está atendido em face do que prescreve o art. 543-A, § 3º, do CPC/1973: “Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.”

Para dar solução definitiva a essa controvérsia, que se constitui num dos enclaves maiores de insegurança jurídica na contratação do trabalho, e que rigorosamente nem deveria estar em pauta mas continua “assombrando” aqueles que querem sobreviver no mercado como empregados e empregadores, surge um dos vetores fundamentais da Lei n. 13.467 de 2017. Ele está materializado nos seus artigos 8º, § 3º, 611-A, 611-B, 614, § 3º e 620, e ficou popularmente conhecido como a regra ou o princípio do “negociado sobre o legislado”, e que foi mote de tanta polêmica.

O excesso de proteção nessa área, considerado em si mesmo, leva a duas consequências danosas aos próprios trabalhadores, como tem insistido com muita propriedade em palestras sobre o tema o mesmo Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO do Supremo Tribunal Federal, confirmando uma preocupação que sempre esteve presente nas minhas atividades de juiz e de magistrado. Recentemente, ele esteve no “Seminário sobre os Impactos da Reforma Trabalhista nas Relações de Trabalho”, realizado nos dias 03 e 04 de agosto em Belo Horizonte, e promovido pela Escola Judicial do TRT da 3ª Região em parceria com sindicatos patronais e empresas privadas. Começou por abordar tema absolutamente proibido no nosso meio, que é a urgência de menos intervenção do Estado e mais liberdade de ação para as pessoas, sobretudo para empregadores e trabalhadores, com a valorização da educação e da meritocracia. Seguiu dizendo do jamais escamoteado preconceito que se estabeleceu contra empresas e empregadores ou contra os empreendedores de modo geral, em certa doutrina e na jurisprudência trabalhista.

Também expressou acerca do incontestável sentimento de fracasso e de incapacidade que fica nos trabalhadores no rastro dessa ação excessivamente intervencionista e paternalista do Estado e da Justiça do Trabalho, como se eles fossem seres absolutamente incapazes em plena era digital, todos com fácil acesso ao mundo de informações que ela propicia.

A primeira consequência é perpetuar e aprofundar no sistema a sua dependência em relação ao Estado, o que sempre refletiu nas formas de organização e de atuação de suas entidades sindicais ao longo de muitas décadas. Os seus efeitos são perversos na medida em que inibem os processos de liberação das forças de trabalho na busca de maturidade e de fortalecimento para negociar melhores condições de vida e de salário. Igualmente inibe a liberação de energias do trabalhador que poderiam estar voltadas ao seu aperfeiçoamento e à sua formação profissional, únicos caminhos possíveis à obtenção de melhores patamares remuneratórios para que o país possa escapar da maldita armadilha da renda média.

A nossa força de trabalho é pouco produtiva. O trabalhador brasileiro produz apenas a quinta parte do que produz o seu colega americano trabalhando em atividades iguais ou similares e em iguais condições de

trabalho. Por isso que, malgrado a economia brasileira, ainda que vivendo a sua maior recessão de todos os tempos, colocar-se entre as vinte maiores do planeta, praticamos os menores níveis salariais se comparados com dezenas de outros países, até de economia menor.

O segundo efeito é ainda mais deletério porque reflete naquilo que há de mais importante para o denominado capital humano, que é a conduta ética do trabalhador. As facilidades que possa e venha efetivamente encontrar quando se envolve como parte de uma ação trabalhista, ainda que não originada de um conflito real, implicam que ele se veja na condição de presa fácil do que tenho insistido em tipificar como “advocacia trabalhista predatória”, e aí sua conduta ética e a sua dignidade de trabalhador se esvaem de forma muita mais cruel do que quando enfrenta, por exemplo, condições adversas no trabalho.

4 O IMPACTO ECONÔMICO DAS DECISÕES TRABALHISTAS

Ocorre que os operadores do Direito do Trabalho não querem saber das consequências advindas da sua atuação, que são uma espiral histórica de baixos salários e de preços elevados de nossos produtos. Nesse jogo não há ganhadores, somente perdedores, porque os honorários advocatícios, os descontos previdenciários e eventual incidência de imposto de renda apropriam de 60 a 70 por cento do crédito trabalhista, e toda a sociedade, incluído o próprio trabalhador supostamente beneficiado, paga a conta lá na frente.

Os exemplos são múltiplos e variados e podem ser recolhidos no dia a dia da Justiça do Trabalho, desde que a observação não venha ofuscada por qualquer preconceito. Há o caso absurdo dos “minutos excedentes” mencionado antes, mas há outro também emblemático, o dos intervalos para refeição e descanso. Quando efetivamente ou supostamente não usufruídos, primeiro a jurisprudência e depois a lei, transformaram-nos em horas extras. Antes a violação desse direito, quando ocorrente, impunha ao empregador penalidade administrativa. Depois o artigo 71 da CLT foi modificado e acrescido para transformar essa infração em horas extras. Pode ser que a intenção nesse caso tenha sido até positiva, porque a conversão do direito violado em indenização poderia ser de fato inibitória de atitudes patronais reprováveis. Mas a intervenção atabalhoada da Justiça nesse campo, sem refletir sobre as suas consequências práticas, transformou-se numa das maiores fraudes trabalhistas e processuais desde alguns anos.

Hoje simplesmente não há trabalhador que tenha gozado de seu intervalo para refeição, por mais que um simples caminhar pelas ruas das cidades ou pelas portas de fábrica demonstrem o contrário. Todas as ações trabalhistas, sem exceção, exibem o pedido de horas extras por supressão

total ou parcial do intervalo. E em todas elas, diante da exibição dos cartões pelo empregador com o registro do intervalo, sempre haverá uma testemunha, que por sua vez já tem a sua própria ação, para dizer o contrário. Aqui está uma das situações em que o Ministro ALMIR PAZZIANOTO, ex-presidente do TST, na sua cruzada por mudanças na lei e em comportamentos que se tornaram regra na Justiça do Trabalho, diz apropriadamente ser geradora de um passivo oculto. Todo empregador que não quiser se surpreender com esse passivo oculto já deverá embutir de imediato nos custos de sua mão de obra as horas extras de intervalo, pois sabe que fatalmente terá um encontro com ele numa futura e quase certa ação trabalhista.

Há outros tantos e variados exemplos como no caso das horas extras por alegada prorrogação ou extensão de jornada. Não se pode desconhecer a realidade de que a prática das horas extras é comum no nosso meio, enraizada mesmo, mas quem olha as estatísticas exibidas pela Justiça do Trabalho chegará à conclusão de ela ser tão avassaladora a ponto de configurar verdadeiro trabalho escravo. Um pouco mais de empirismo ou estudo detalhado de casos concretos no exame das ações trabalhistas, fugindo dos discursos e dos modelos teóricos amplamente utilizados pelos operadores, poderá levar a resultados surpreendentes para quem imagina que elas corresponderiam necessariamente a violações e descumprimento da legislação trabalhista. Longe disso.

O caso das horas extras é sintomático. Imaginando ter encontrado solução para essa tormentosa questão, mas praticando uma simplificação grosseira que só produziu o aumento da litigiosidade, o TST editou a Súmula n. 338, cujo enunciado pode ser assim resumido para os leitores que não sejam operadores trabalhistas: é ônus do empregador, que conte com mais de 10 empregados, na forma do § 2º do art. 74 da CLT, apresentar os respectivos registros de jornada, e a não apresentação injustificada importará na presunção de veracidade da jornada alegada pelo empregado; quando instrumento normativo (acordo ou convenção coletiva) estabeleça outra forma ou meio de controle, que faça presumi-la verdadeira, o empregado pode desfazer o seu valor de prova; quando apresentados cartões de ponto contendo registros invariáveis de horários de entradas e saídas, eles são inválidos como meio de prova, e valerá aquela jornada indicada pelo empregado em sua petição inicial, cabendo ao empregador fazer outra prova para confirmação dos horários lançados.

Aqui se dá o fenômeno processual conhecido como inversão do ônus da prova da jornada em favor do empregado, porque quem teria aptidão para fazê-la seria o empregador, o que seria correto em tese porque ele tem consigo a obrigação legal de manter tais registros. A intenção seria a melhor possível, se o juiz-legislador não tivesse, com isso, inviabilizado por inteiro a prova documental da jornada de trabalho. Primeiro, grande quantidade de

empresas, sobretudo as micro e pequenas que empregam algumas dezenas de milhões de trabalhadores, pois dão cerca de 70 por cento dos empregos no país, e que optam por não se utilizar de horas extras em razão dos seus custos (basta dar uma olhada no comércio e nos pequenos empreendimentos ao seu redor!), são as mais sacrificadas porque são sempre condenadas em valores impagáveis de horas extras.

Já as médias e grandes empresas, que normalmente costumam colher os registros de horas extras, apresentam seus cartões com horários variados de registros, sobretudo de saída, mas ficam reféns dos pedidos contidos na petição inicial, que indicam sempre como horário único de saída aquele mais avançado, quando se sabe que eles são variados. Costumo dizer, nestes casos, que se no dizer da Súmula 338 do TST os registros de jornadas diárias que se uniformes ou britânicos colocam os documentos sob suspeita, igual raciocínio deve valer para as jornadas extraordinárias. Mas o comum é que com apenas uma testemunha o reclamante, autor do pedido de horas extras, faz ruir toda a prova documental do empregador. Explica-se: na ótica da súmula, registros invariáveis ou britânicos de entrada e saída de jornadas não valem porque seriam irreais, mas horas extras em horários invariáveis, e pelo pico de horário, estas, sim, são possíveis e reais. Dessa armadilha processual nenhum empregador escapa, e na esteira das horas extras vêm as condenações acessórias. É mais do que comum que algum trabalhador, como, por exemplo, um bancário ou motorista de caminhão, trabalhe por três ou cinco anos recebendo todos os seus direitos previstos em lei, e depois receba indenizações trabalhistas correspondentes a 10 ou 20 vezes de tudo que ganhou ao longo do contrato.

Há ainda o arcaico instituto da equiparação salarial, que a pretexto de coibir a discriminação salarial no âmbito da empresa acabou por trazer para dentro da CLT o mesmo espírito do patrimonialismo que se tornou praga nas franjas do Estado brasileiro. Na verdade ele faz prevalecer uma “isonomia às avessas”, que coíbe as empresas de estabelecer políticas salariais que tenham por fundamento a meritocracia ou impede o empregador de premiar os empregados mais dedicados e mais produtivos. Está regulado no art. 461 da CLT, mas sofreu ampla regulamentação (vejam só, regulamentação!) através da Súmula n. 06 do TST.

Qualquer mudança de maior envergadura ou que realmente pretenda modernizar a fundo a legislação trabalhista deverá simplesmente eliminar o instituto, pois a letra expressa da Constituição, em situações provadas de discriminação intolerável e odiosa, já daria caminho para uma reparação judicial. A Lei n. 13.467/17 já promoveu profundas modificações no art. 461 da CLT como forma de reprimir os correntes abusos na sua utilização, eliminando principalmente denominada “equiparação em cadeia”, onde se permitia a indicação de um modelo ou paradigma para equiparação que

jamais teria trabalhado com o pretendente, ou que poderia ter trabalhado na empresa anos antes dele. Não foram raros os casos em que um bancário de chefia intermediária conseguia, ao fim e ao cabo, equiparar sua remuneração com a de um gerente-geral de agência bancária através deste artifício, que foi largamente explorado nas ações trabalhistas de bancários, onde grande parte das condenações ultrapassam a casa dos milhões de reais.

No mesmo estudo realizado para a FecomércioSP, já citado acima, o PROF. JOSÉ PASTORE, sobre o mesmo tema, ainda pontifica, inclusive com demonstrações empíricas e cálculos matemáticos:

Ao mesmo tempo em que os trabalhadores procuram aproveitar a situação favorável para obter ganhos monetários e não monetários (extensão da jornada, qualidade das ocupações e benefícios não pecuniários), as empresas buscam alternativas de gestão e de tecnologias para enfrentar os aumentos constantes de custos. A ampliação das possibilidades de barganhas e negociações entre os dois lados permitem ganhos mútuos.

[...] Como expõe o estudo do Instituto de Pesquisas Econômica Aplicadas (IPEA) o Brasil é um dos países com maiores custos sobre a demissão dos trabalhadores e também aquele com menor flexibilidade de contratação (emprego temporário e tempo parcial) e de demissão (multa rescisória e outros custos). E isso não é tudo: é também o destaque entre as nações com as mais restritivas condições de emprego do mundo (jornada de trabalho, férias e feriados, salário mínimo etc.).

A complexidade da legislação trabalhista impõe reflexos importantes sobre o custo dos encargos. Segundo pesquisa da rede mundial de auditoria e contabilidade UHY, que envolveu 25 nações, o Brasil é o país com os encargos trabalhistas mais elevados (57,56% do valor bruto do salário em tributos). A média global da análise, que inclui representantes do BRICS e da OCDE, foi de 22,52%.

Este quadro restritivo e oneroso reflete de maneira negativa na hora de determinar recursos e fatores produtivos (em especial a demanda por mão de obra). Ele reduz a aptidão das empresas de se adaptar a inovações e de operar com maior eficiência produtiva - e também interfere negativamente na capacidade dos trabalhadores de negociar arranjos contratuais alternativos que permitam bem-estar e mais postos de trabalho.⁹

Passado algum tempo desse esclarecedor estudo, quase vinga no TST, com vistas a se converter em súmula, entendimento jurisprudencial que

⁹ PASTORE, José. Os problemas das súmulas irrealistas. *In: A dimensão econômica das decisões judiciais*. Publicação da FECOMÉRCIOSP.

determinava o que por lei expressa não é permitido, no caso o artigo 193 da CLT: o pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, e o fundamento para o achado estava, evidentemente, num princípio de proteção ao trabalhador extraído da Constituição. É fácil compreender o impacto econômico de uma decisão judicial dessa natureza nos custos da contratação, com efeito perverso no mercado de trabalho e nos custos dos produtos. Este é apenas um exemplo dentre muitos que podem ser enumerados a partir de simples leitura de súmulas e orientações jurisprudenciais que o Tribunal editou ao longo das duas últimas décadas.

5 CONCLUSÃO: EM BUSCA DA PERDIDA SEGURANÇA JURÍDICA NA CONTRATAÇÃO DO TRABALHO

O tema da insegurança jurídica, como dito nas notas preambulares, já está espalhado ao longo do texto, e agora é o momento de adentrar na sua conclusão procurando demonstrar com exemplos concretos onde ele se faz saliente, e como a introdução das mudanças com a aplicação da Lei n. 13.476/17 busca centralidade na solução desse tormentoso problema.

No âmbito do direito material as mudanças privilegiam ou apontam para a solução de três evidentes disfunções do sistema, mas que permanecem intocadas na sua quase totalidade: a excessiva rigidez na contratação do trabalho, que leva ao correspondente enrijecimento do mercado de trabalho; a redução dos custos do trabalho no sistema produtivo, mas sem redução de ganhos para o trabalhador, ao revés, com vistas a lhe propiciar mais vantagens na negociação salarial; e, finalmente, a redução da insegurança jurídica com inserção de maior previsibilidade no sistema de contratação do trabalho e na administração do contrato.

As medidas em seu conjunto poderão contribuir para solucionar, a curto e médio prazos, primeiramente o crucial problema do desemprego no país, nas vertentes conjuntural e estrutural, e para trazer para o mercado formal uma legião de trabalhadores deserdados de todas as garantias da legislação trabalhista, inclusive da proteção da Justiça do Trabalho. Não é segredo para ninguém, conforme pesquisas e séries históricas do IBGE divulgadas com frequência, que temos no país cerca de 140 milhões de pessoas em idade de trabalhar; desse total apenas 40 milhões, em média, estão hoje em situação de emprego, isto é, com carteira assinada; cerca de 60 milhões de pessoas estão trabalhando na informalidade. Os demais ou são donos do seu próprio negócio ou fizeram opção por não trabalhar ou procurar emprego (cerca de 20 milhões), porque estão cuidando de tarefas domésticas, estudando ou em outras atividades não remuneradas.

Não é verdade que elas, de per si, tenham capacidade de criar empregos, o que somente ocorrerá com a volta do crescimento econômico,

mas é provável que facilitem o seu surgimento na medida em que possam dar mais segurança para quem queira investir e mais possibilidades de trabalho formal para quem queira ingressar no mercado. É o que se espera, por exemplo, com a formalização do trabalho intermitente que é uma realidade antiga, mas sempre habitou os subterrâneos da informalidade. Assim como não é verdadeiro o que dizem os opositores das mudanças, que o contrato do intermitente vá trazer precariedade; isso é desconhecer o mundo real da economia. A indústria, o comércio, o setor de serviços e a agropecuária, que dão emprego formal e que já se encontram estabelecidos no mercado, jamais trocarão sua mão de obra permanente por trabalho do intermitente, por razões óbvias.

Na medida em que as regras de contratação sejam bafejadas por mais flexibilidade, e que os potenciais empregadores possam avaliar com segurança os resultados dos seus investimentos, todos ganharão, principalmente os trabalhadores, com melhores empregos e melhores salários como mostram as experiências seculares. Durante todos esses anos a expressão flexibilizar a legislação trabalhista foi tomada, preconceituosamente, como sinônimo de *precarização* ou de redução de direitos. Nada mais enganoso, pois até no vernáculo a palavra tem sentido unívoco, de tornar mais flexível, dar mais destreza, agilidade, flexão, facilidade, maleabilidade etc. (vide *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2. ed. Nova Fronteira, p. 787.)

O que se quer com flexibilização é permitir maior agilidade na contratação de trabalho e mais maleabilidade na administração do contrato de modo a permitir às partes o seu melhor aproveitamento, dele retirando resultados mais positivos e proveitosos em benefício de todos, o que as nossas legislação e jurisprudência não permitiam. Situações exemplares estão na possibilidade de fracionamento das férias ou de modulação dos intervalos intrajornada, como ocorre em todos os cantos do mundo, sempre respeitando as garantias mínimas fixadas na Constituição e na legislação ordinária.

A flexibilização será, afinal, uma tardia e benfazeja medida para garantir um dos princípios constitucionais dos mais caros, que é o da isonomia, que na insuperável síntese de RUI BARBOSA se traduz em tratar desigualmente os desiguais. Os pretensos “iluminados” podem até ter opiniões próprias sobre a complexidade do mundo do trabalho, mas a eles não é dado o direito de negar os fatos, de negar a realidade! Sabe-se que no Brasil, um país de dimensões continentais e com profundas disparidades econômicas regionais, impõe-se que haja acomodação da legislação à grande diversidade de situações, e em duplo sentido.

Vale dizer, poderá ser o caso de aprofundar a proteção até em regiões mais inóspitas, mais distantes, onde haja risco real da prática do trabalho

em situação análoga à de escravidão. Mas também não se pode impor as mesmas regras de regulação do trabalho para uma empresa multinacional com dezenas de milhares de funcionários e para um pequeno comércio de bairro que emprega três trabalhadores. Essa possibilidade de flexibilização se torna tão mais urgente e imperativa quando se sabe, com base em séries históricas do IBGE, que são as micro e pequenas empresas que empregam quase 70% dos trabalhadores no mercado formal.

O certo é que os direitos fundamentais seguem garantidos um a um na Constituição da República e na legislação ordinária, mas com os possíveis ganhos de produtividade do trabalho e de competitividade da economia o mercado poderá ofertar mais opções para os trabalhadores, seja na contratação individual, seja na negociação coletiva. Essa tem sido a lógica do mercado de trabalho desde tempos imemoriais.

Já na seara do direito processual do trabalho as mudanças na CLT introduziram regras que possam dar respostas mais eficazes e mais justas aos eventuais conflitos entre as partes contratantes, isto é, os verdadeiros conflitos de natureza sociológica e econômica, e não de fundo eminentemente financeiro como se tornou regra entre nós. Elas são complementares àquelas primeiras, de direito material, sobretudo nos aspectos de maior segurança jurídica e de maior previsibilidade de custos na contratação. Pretende-se, no médio e no longo prazos, que elas tenham forte impacto nas atividades e na estrutura da Justiça do Trabalho, com diminuição substancial do número de demandas ajuizadas e com redução significativa de seus custos para que ela possa praticar verdadeira composição desses conflitos. Mas este tema foge dos objetivos do artigo.

No que se refere ao tema da segurança jurídica, é urgente que se ponha fim à verdadeira esquizofrenia que se instalou na regulação do trabalho entre nós, como já dito acima, o que levará a uma melhora significativa do ambiente de negócios no país e incentivará o investimento produtivo. Esse é um dos principais vetores das mudanças como se explorou, à exaustão, linhas acima, e é conhecida a dificuldade de se modificar algo que está tão arraigado na nossa cultura, e é aqui que as mudanças encontrarão maior resistência para que possam produzir efeitos mais rápidos e eficazes.

Não se desconhece que ela, a esquizofrenia, tomou conta do cenário político-institucional do país, e que atinge todos os poderes constituídos e as organizações privadas. Mas a jurisprudência trabalhista tem sido pródiga na sua produção, talvez sem concorrência dentre todos os demais órgãos do Judiciário. É o que demonstra com um caso concreto, em artigo publicado na *Folha de São Paulo* do dia 29/8/2017, na coluna Tendências/Debates, GLAUCO HUMAI, administrador de empresas pós-graduado em Harvard e presidente da Associação Brasileira de Shopping Centers (Abrasce):

O Brasil está cada vez mais esquizofrênico. Caso nada seja feito para retomar a sanidade coletiva no país, nos veremos em breve numa situação deveras absurda e irreversível, para prejuízo de todos.

[...]

A esquizofrenia brasileira é realmente democrática, pois atinge todos os Poderes da República, todas as camadas sociais, políticas e econômicas. O Executivo e o Legislativo são o exemplo político.

[...]

Um exemplo recente disso acometeu o próprio Judiciário. O imbróglio, inclusive, não tem nenhuma ligação com operações policiais ou casos de corrupção. Trata-se de um caso mais mundano e menos midiático, ainda que altamente perturbador.

Alguns magistrados literalmente misturaram leis para tomar decisões sem fundamento jurídico - no caso, obrigar shopping centers a oferecer ou pagar creches para os filhos das funcionárias das lojas que ocupam os empreendimentos.

Ou seja, a Justiça tem dito, ao misturar direito trabalhista e comercial, que uma empresa deve custear benefícios a profissionais com os quais não tem qualquer vínculo. Isso só porque mantém uma relação comercial com o real empregador.

O espanto do articulista tem razão de ser, e a Justiça do Trabalho tornou-se especialista em produzir monstruosidades jurídicas como no caso por ele citado. Há muitos outros casos, que a princípio poderiam parecer pitorescos, mas que na verdade se revelam dramáticos na medida em que desnudam abusos na aplicação do direito e na interpretação da lei pelo juiz do trabalho; e que impõem danosas consequências no tráfego das relações sociais e econômicas da sociedade de modo a inviabilizar qualquer atividade produtiva no país.

Acresço ao exemplo do articulista dois outros emblemáticos da situação. O primeiro está nos julgamentos de casos de supostos processos de terceirização de atividades bancárias. Hoje todos quantos executem algum serviço que tenha qualquer relação com a atividade bancária querem se ver transformados em bancários através de uma decisão da Justiça do Trabalho, e por uma razão muito simples: a primeira é a de que os bancários constituem uma corporação com direitos especiais incrustados dentro da CLT, que lhes confere um *status* superior em relação aos demais trabalhadores, como por exemplo a jornada reduzida de 6 (seis) horas diárias. E a partir daí construíram ao longo de décadas uma rede de direitos e proteções através de suas negociações coletivas com os bancos. Daí descobriu-se com facilidade que as ações trabalhistas dos bancários são as mais rentáveis e expressivas em termos financeiros, muitas ultrapassando a casa dos milhões.

Há um fato curioso nessa situação dos bancários. Os salários podem não ser lá muito elevados ou atrativos, mas todos sabem que, encerrado o contrato, um amontoado de jurisprudência e súmulas os aguardam com benesses que transformam suas ações trabalhistas em verdadeiros prêmios de loteria. Daí esse desejo incontido de várias categorias de trabalhadores, incentivados por advogados “criativos”, de se verem reconhecidos bancários numa ação trabalhista.

O caminho se tornou fácil pela via da jurisprudência. Aqui no Tribunal Regional da 3ª Região, exemplificativamente, transformou-se toda atividade de *call center* ou *telemarketing* (aqueles serviços que os bancos oferecem aos seus clientes de cartão de crédito através do telefone, como vendas, informações etc.) em atividade bancária através de uma Súmula, a de n. 49, tudo ao arpejo da lei na medida em que artigo 17 da Lei n. 4.595/64 descreve quais são as atividades bancárias típicas. Mas a jurisprudência vai além!

Todos os leitores já adquiriram produtos de grandes lojas de departamento, a maior parte delas constituídas de redes internacionais, tais como eletrodomésticos, vestuários, etc. As redes de lojas, para fornecer crediário aos seus clientes, criam os seus cartões de créditos e de fidelização, e contratam um determinado banco comercial para fazer o respectivo financiamento. Pois aquele funcionário dessas monstruosas redes de lojas, que atendem o leitor no caixa, ou que oferecem tais cartões que normalmente trazem o nome da instituição financeira, depois de receberem todos os seus direitos trabalhistas do verdadeiro empregador, vão ao Judiciário e são transformados em bancários com todas as consequências financeiras daí advindas. As ações lhes rendem valores muito superiores a tudo que receberam normalmente de seu empregador durante todo o contrato.

Ocorre que não se trata de terceirização, evidentemente, porque uma rede multinacional de lojas de departamento não é uma empresa prestadora de serviços terceirizados. Mas a jurisprudência trata o caso como se fosse uma terceirização, que declara ilegal ou ilícita para dar uma relação de emprego do comerciário com o banco. A par das repercussões econômico-financeiras de decisões como essas, há outras consequências de aspectos previdenciários e fiscais. O funcionário que teve relação de emprego com seu legítimo empregador, com os respectivos seus recolhimentos previdenciários e, em alguns casos, com retenção de imposto de renda, terá agora um outro contrato de trabalho, sobreposto, com o banco. Como fica a solução para essas questões previdenciárias e fiscais? A Justiça do Trabalho não a tem, pois finge desconhecer as repercussões de suas decisões para fora de seus muros.

Pergunta-se: é ou não uma esquizofrenia? Cria ou não insegurança jurídica no mercado de trabalho? Impõe ou não cria obstáculos aos investimentos privados no país?

Desde 2004 a Justiça do Trabalho, pela Emenda Constitucional n. 45, teve acrescida a sua competência para julgar ações em que se pedem ao empregador indenizações por danos morais e materiais decorrentes de acidentes do trabalho ou doenças a eles equiparadas. Já tinha competência para resolver sobre outros tipos de danos morais ou extrapatrimoniais que tivessem origem na relação de emprego, mas as ações eram raríssimas. Com o acréscimo de competência hoje não há ação trabalhista que não contemple um pedido de indenização por danos morais ou materiais, ainda que não oriundos de acidentes. Nessa seara a insegurança instalou-se de modo assombroso. Primeiro, pelos critérios extremamente subjetivos que levam o juiz a reconhecer o direito a tais indenizações, e depois pelos valores indenizatórios fixados em sentença. Uma mesma empresa, em relação a um mesmo fato, pode ou não ser condenada a pagar indenização e, mais grave, quando condenada poderá pagar valores indenizatórios que variam de forma absurda, em decorrência muitas vezes de posição ideológica do juiz. Instalou-se aí um verdadeiro caos.

Nesse particular ainda vem o TST com sua jurisprudência criativa. É verdade, pois o Tribunal, que de acordo com a lei teria competência para julgar recursos envolvendo apenas matéria de natureza jurídica, vale dizer, sem reexame de fatos ou provas, e onde há violação de lei federal ou se demonstra divergência jurisprudencial, passa a examinar diuturnamente os casos envolvendo tais indenizações. Basta que o ministro-relator do processo entenda que há violação de preceitos ou princípios constitucionais, e com isso avance sobre o exame de fatos e provas. Daí vieram jurisprudências no mínimo curiosas, como, por exemplo, considerar que o bancário trabalha em atividade de alto risco dada a violência que campeia solta no país, que é de responsabilidade do Estado e não do empregador; idem para dirigir em estradas e rodovias, por considerá-las mal fiscalizadas e mal conservadas. Aqui transferem-se para a conta do empreendedor todos as mazelas do país, como o alarmante problema da segurança pública ou a crônica falta de investimentos em infraestrutura básica.

Há também o denominado “fato do animal”, isto é, trabalhadores que lidam com animais domesticados correriam alto risco por essa atividade. Por exemplo, montar em cavalo para atividades rotineiras em propriedades rurais tornou-se fator de alto risco, quando a realidade mostra que são raríssimos os casos de acidentes nessa atividade que possam ser debitados à natureza do animal. Daí vêm as astronômicas indenizações fundadas na responsabilidade objetiva do empregador.

Apenas à guisa de conclusão indicarei os dispositivos da nova legislação que visam a esse objetivo maior da segurança jurídica, eximindo-me de comentá-los um a um, primeiro porque não me impus essa metodologia de trabalho como acima anunciado, e segundo para deixar ao leitor a tarefa de

tirar as suas conclusões sobre o tema.

Veja-se apenas um quadro resumido:

A nova redação do § 2º do artigo 2º busca solucionar controvérsia antiga na doutrina e na jurisprudência acerca da caracterização de grupo econômico, o que sempre gerou, principalmente, uma enormidade de recursos.

A introdução do § 2º no artigo 4º, que trata das situações de tempo de serviço efetivo e de tempo à disposição do empregador, certamente evitará uma enormidade de ações trabalhistas, ou pedidos incluídos em ações mais amplas, pois todas elas hoje em dia, como visto acima, buscam pagamento ou indenização por suposto tempo à disposição, quando na verdade o trabalhador estaria usufruindo de benesse dada pelo empregador ou estaria em atividades ligadas ao seu crescimento pessoal ou profissional.

A redação original do artigo 8º recebeu dois parágrafos que, ao lado de outras disposições que serão aqui mencionadas, constituem a espinha dorsal das mudanças: o § 2º pretende por fim à funesta prática de legislar através de súmulas que se tornou comum na Justiça do Trabalho, em subtração à competência do legislativo quando se sabe que a regulamentação do trabalho já é vastíssima na lei e na negociação coletiva, prescindindo dessa intervenção despropositada. Aqueles que celebram contrato de trabalho, empregados e empregadores, devem conhecer desde já o que lhes assegura a legislação e a negociação coletiva como direitos, o mesmo ocorrendo para com seus deveres. Não podem ser surpreendidos, ao término do contrato, por um “direito” ou um “dever” não previstos em lei e nem contratados entre as partes.

Já o § 3º anuncia um princípio geral que plasma todo o conjunto de mudanças, no sentido de dar mais liberdade, mais responsabilidade e maior protagonismo aos atores principais da relação de trabalho, empregados e empregadores. É fundamental para pôr fim à insegurança que se instalou com a exacerbada intervenção da Justiça do Trabalho naquilo que todo contrato, inclusive o de trabalho, tem de mais essencial: o respeito à vontade das partes e ao negociado livremente por elas.

Seguem as alterações no artigo 11, solucionando antigos problemas no modo de aplicação das regras de prescrição, e outras no capítulo da duração do trabalho, estas últimas procurando retirar da CLT aquilo que nela foi recentemente introduzido e que aumentou sobremaneira a disfuncionalidade do sistema de proteção e gerou enormidade de ações trabalhistas.

A regulamentação especial para os denominados danos extrapatrimoniais, inclusive com fixação de lindes para os valores indenizatórios, e não o seu tabelamento como sustentam alguns, terá como papel fundamental estabelecer parâmetros mais racionais para a caracterização do dano para a fixação do valor da indenização.

Há, ainda, previsão mais segura para a contratação do autônomo, desde que cumpridas a formalidade e a substância da legislação pertinente, o que evita ações de quem por anos se beneficia dos baixos custos tributários de uma contratação como pessoa jurídica, com maior e mais expressiva remuneração, para depois pretender vínculo de emprego alegando fraude, mas se esquecendo do valor essencial da boa-fé contratual. Aqui entra também a alvissareira possibilidade de livre pactuação com empregados de nível superior e de altos salários, que jamais poderiam receber da legislação o mesmo tratamento que se dá ao operário do chão de fábrica ou ao rurícula, por exemplo (artigo 442-B e parágrafo único do artigo 444 da CLT).

Também no capítulo da remuneração houve a introdução de mecanismos de garantia de formalidade e de segurança em relação ao pagamento de verbas diversas decorrentes do contrato, de natureza salarial ou não, principalmente para o hoje tormentoso caso das gorjetas. Mas relevante aspecto reside na alteração do artigo 461 da CLT, com o que se pretende por fim aos artificiais pedidos de equiparação salarial, que tanto têm desestimulado a meritocracia e maior produtividade do trabalho, com melhor remuneração para os empregados qualificados e comprometidos com os fins sociais da empresa.

Chega-se às modificações introduzidas no título das negociações coletivas de trabalho, onde esteja, talvez, o coração das mudanças introduzidas pela Lei n. 13.467/17, porque aqui foi necessário que se escrevesse que as negociações coletivas de trabalho, protagonizadas por trabalhadores e empregadores, devem ser parte integrante da espinha dorsal da regulação do trabalho no país, fazendo cumprir preceito constitucional expresso e constantemente desdenhado pela jurisprudência e pelas súmulas do TST. Agora está expresso o que pode e o que não pode ser objeto de negociação, afigurando-se como lógico que, tirante os direitos e garantias que estarão excluídos do poder normativo privado, tudo mais haverá de ser resolvido entre os atores principais do contrato, dispensada a intervenção estatal, que só tem significado atraso no desenvolvimento e no progresso da nossa sociedade.

Finalmente, a ampla possibilidade de terceirização de atividades e serviços da cadeia produtiva, questão que já foi tratada, com insistência, linhas acima, mas que ainda está por merecer um marco regulatório mais aperfeiçoado, digno desse nome, o que espero seja o próximo passo das mudanças em curso.

Conclui-se com a constatação de que há muitos outros dispositivos introduzidos pela Modernização das Leis Trabalhistas que se inscrevem nesse extenso rol de benfazejas mudanças, inclusive de natureza processual. É digna de nota a nova redação que se deu ao artigo 702 da CLT, especialmente na alínea “f” do seu inciso I, e a introdução dos §§ 3º e 4º, onde se pretende que o procedimento de criação de súmulas da jurisprudência do TST retome

o seu leito normal e não seja mais causa ou fator de instabilidade jurídica na regulação da contratação do trabalho.

Segurança jurídica nas relações de trabalho é algo tão simples e tão fácil de ser alcançado desde que todos os atores deste universo particular queiram compreendê-la e colocá-la em prática. Ela é fundamental para a estabilidade do próprio sistema de proteção do trabalho, e mais relevante ainda para a estabilidade das relações sociais e econômicas que se dão no seio da sociedade, na busca incessante do bem-estar coletivo e individual de todos. Enfim, para que o país encontre o caminho do crescimento e do desenvolvimento econômico inclusivo, e para usar uma expressão tão ao gosto e tanto utilizada pelos opositores das mudanças, e que por isso já apresenta certo sabor de decrepitude, para que se possa alcançar o denominado “patamar civilizatório” (*sic!*) onde o trabalhador encontre, de modo real e definitivo, a sua dignidade, e não apenas em discursos e teorias que passam ao largo da realidade e do seu cotidiano.

De tão simples e tão urgente que é, encerra-se este desprezioso artigo com a citação de dois juristas, evidentemente de fora dos arraiais do Direito do Trabalho, onde não se conhece uma linha sequer da sua doutrina tratando da matéria. Diz JOSÉ AFONSO DA SILVA, buscando precisa conceituação em José Reinaldo Vanossi (“*El Estado de derecho en el constitucionalismo social*”, p. 30), que a “[...] segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’.”¹⁰

Ainda colhe-se em MARÇAL JUSTEM FILHO que

[...] a segurança é um valor de extrema importância para o Estado de Direito. A segurança, considerada em termos gerais, consiste na redução da incerteza quanto ao futuro. A segurança jurídica indica a redução da incerteza no âmbito da conduta dos sujeitos que atuam em sociedade.¹¹

Bastam as duas pequenas citações para concluir que a experiência vivida até aqui em termos de regulamentação das relações jurídicas de trabalho, sobretudo aquela indevidamente introduzida pela intervenção da jurisprudência trabalhista, precisa ser superada de forma definitiva e urgente, restabelecendo a simplicidade, a efetividade, a segurança e a previsibilidade perdidas ao longo das últimas décadas. Simples assim!

¹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999. p. 433.

¹¹ JUSTEM FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.367.

ABSTRACT

This article analyses Labor Reform, in spite of legal safety. First, we presented some brief dissonant tones about the issue, like debates about (un)constitutionality of Law n. 13.467/2017 and the ideological interference in the acceptance, comprehension and interpretation of the new law. For this author, supporting actors or intelectual operators must avoid this behaviour: the building of an abstract reality or an ideal world according to personal ideology for, later on, searching the framing of the real world in legal categories. For economy and techonological revolution have undeniable and unavoidable impacts on labor relationships; production has a cost to be paid; labor judgements have economical consequences. Given this scenario, changes brought by Law 13.467/2017 are beneficent, becoming urgent and essencial the labor law flexibilization and the overcoming of labor case-law intervention, to assure negotiation power to the real actor of labor relationships.

Keywords: *Labor Reform. Judicial Safety. Economy. Technological Revolution. Production cost. Labor relationships flexibilization. Overcoming of labor case-law intervention.*

A REFORMA TRABALHISTA E O FIM DA EXECUÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ COMO REGRA GERAL - EFEITOS

LABOR REFORM AND THE END OF THE ENFORCEMENT PROCEEDINGS BY THE JUDGE ON HIS OWN AS A GENERAL PROCEDURE - EFFECTS

Anna Carolina Marques Gontijo*

RESUMO

Introdução: A Lei n. 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, alterou a legislação tanto no âmbito do direito material quanto processual. Dentre as alterações, destaca-se o fim da execução de ofício pelo juiz como regra geral do processo. O presente estudo visa a analisar os efeitos da referida reforma na execução trabalhista, inclusive com relação aos limites de atuação do juiz.

Metodologia: Para o estudo, foi analisada a constitucionalidade da alteração em cotejo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem como sua contextualização dentro dos princípios gerais do processo civil e do processo do trabalho.

Resultados: Não obstante a reforma ter alterado a regra geral de execução de ofício pelo juiz, continua em vigor o princípio insculpido no art. 2º do CPC que trata do impulso oficial.

Conclusão: Uma vez iniciada a execução pelas partes, o juiz tem o poder-dever de impulsionar o processo, devendo utilizar, para tanto, todas as ferramentas disponíveis ao Poder Judiciário, inclusive as eletrônicas.

Palavras-chave: Execução de ofício. Limites de atuação. Impulso oficial.

INTRODUÇÃO

A função jurisdicional, em sua acepção clássica, tem como uma de suas características essenciais o princípio da demanda, também conhecido como princípio da inércia, segundo o qual a jurisdição é uma função inerte que, em regra, só é exercida mediante provocação das partes.

* Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Juíza Auxiliar das Execuções do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região.

Nunca se olvidou acerca da aplicação do princípio da demanda ao processo do trabalho, especificamente na fase de conhecimento, já que a execução, até então, ocorria de ofício pelo juiz, enquanto, para o processo civil, sempre foi exigida a provocação da parte interessada.

O início da execução de ofício pelo juiz era uma das peculiaridades do processo do trabalho. A natureza alimentar das verbas trabalhistas, aliada à ausência de rigor formal como princípio do processo do trabalho, norteava a regra insculpida no art. 878 da CLT que, em sua redação original, assim dispunha: “A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.”

A execução trabalhista, apesar de ser tratada por alguns doutrinadores como processo autônomo¹, até a alteração em estudo, havia restringido a inércia da jurisdição apenas ao processo de conhecimento, dispondo como regra geral a possibilidade de início da execução de ofício ou a requerimento das partes (art. 878 da CLT).

De outro lado, mesmo após a Lei n. 11.232/2005 que, em observância ao princípio do sincretismo processual, buscou simplificar o cumprimento de sentenças, provisórias ou definitivas, que contenham obrigação de pagar quantia, o processo civil manteve a obrigação de requerimento das partes para início dos atos executivos.

REFORMA TRABALHISTA - CONSTITUCIONALIDADE

A reforma trabalhista inovou nesse aspecto, ao conferir nova redação ao art. 878 da CLT, dada pela Lei n. 13.467/2017, que estabelece:

Art. 878. A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado.

Assim, a execução de ofício pelo juiz passa a ser exceção, enquanto a regra geral será a obrigatoriedade de iniciativa da parte interessada.

¹ Segundo o professor Manoel Antonio Teixeira Filho: “É oportuno ressaltar que a peculiaridade de, no processo do trabalho, a execução processar-se nos mesmos autos em que foi produzido o título executivo judicial (sentença ou acórdão) - tal como agora se passa no processo civil sob a forma de “cumprimento da sentença” - não configura o sincretismo realizado no plano deste último pela Lei n. 11.232/2005, uma vez que, do ponto de vista sistemático-estrutural, os processos de conhecimento e de execução, normatizados pela CLT, continuam sendo autônomos, vale dizer, não foram aglutinados pelo texto legal. Daí a razão pela qual o art. 880, *caput*, da CLT, alude à citação do executado e não à sua intimação.

Embora seja indubitável que a reforma, sob esse aspecto, trouxe limites ao poder de atuação do juiz, não visualizo nenhuma inconstitucionalidade nas alterações por eventual ofensa aos princípios constitucionais da celeridade e efetividade.

Conforme entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula n. 636,

Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a norma infraconstitucional pela decisão recorrida.

Vale dizer que só haverá inconstitucionalidade quando se tratar de violação formal e direta ao texto constitucional, não podendo se falar em inconstitucionalidade se a violação for reflexa, decorrente da interpretação de uma norma infraconstitucional válida e eficaz.

Nesse sentido, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso²:

Como se sabe, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do cabimento de recursos extraordinários é bastante rígida e tem se mantido uniforme ao longo dos anos. Assim é que, dentre outras exigências, o STF não admite recursos extraordinários nos quais se pretenda discutir o que denomina de inconstitucionalidade reflexa ou indireta. Esse conceito descreve, de forma geral, hipóteses nas quais a parte interpõe o recurso alegando que a decisão recorrida interpretou equivocadamente a legislação infraconstitucional e, ao fazê-lo, violou normas constitucionais. A Corte já editou súmula de sua jurisprudência dominante (Súmula n. 636) nesse sentido, no que diz respeito ao princípio constitucional da legalidade, que tem a seguinte dicção: “Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.”

Tem-se, portanto, que a violação à Constituição deve ser direta e literal para se figurar a inconstitucionalidade, não cabendo declaração de inconstitucionalidade por aplicação de princípios na interpretação reflexa de normas infraconstitucionais.

A natureza alimentar das verbas trabalhistas era o principal fator para se justificar a promoção de ofício da execução trabalhista. No entanto, há outras verbas de natureza igualmente alimentar tuteladas pelo Estado, como

² BARROSO, 2009.

por exemplo o cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de prestar alimentos, na qual o CPC dispõe, em seu art. 528, que a execução se dará a requerimento do exequente.

Impor à parte o ônus de iniciar o processo de execução não fere os princípios da duração razoável do processo (inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB) ou mesmo da efetividade da jurisdição (inciso XXXV do art. 5º da CRFB), tendo em vista que, mesmo na sistemática antiga, às partes cabiam diversas diligências para impulsionar o processo, sem que se questionasse acerca de sua constitucionalidade.

Assim, a natureza da verbas, por si só, não pode ser óbice à alteração legislativa em estudo.

EXECUÇÃO POR INICIATIVA DA PARTE INTERESSADA: LIMITES DE ATUAÇÃO DO JUIZ

Superada a questão da constitucionalidade da norma, passa-se à análise dos limites impostos pela nova sistemática.

Segundo a nova regra, o juiz só atuará de ofício nos processos em que as partes não estiverem representadas por advogados.

A regra geral passa a ser, portanto, a iniciativa da parte interessada, que poderá ser intimada pelo juízo a informar se pretende ou não promover a execução.

Uma vez iniciada a execução, é preciso analisar os limites de atuação do juiz.

Nos termos do art. 2º do CPC: “O processo começa por iniciativa das partes e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.”

O princípio do impulso oficial está insculpido no Capítulo I do CPC, que trata das normas fundamentais do processo civil, sem qualquer distinção de fase (conhecimento ou executiva) e não se confunde com o princípio da demanda, já estudado acima.

Nessa esteira, os ensinamentos do Professor Manoel Antonio Teixeira Filho³:

Para reforçar o argumento de que a iniciativa da ação não se confunde com o impulso processual, lembremos que, enquanto a primeira é proibida pelo art. 2º do CPC, o segundo é consentido pela mesma norma legal. A definitiva separação dessas duas situações será realizada no item subsequente. Ficou demonstrado que o juiz não pode agir *ex officio*. Essa proibição estampada no

³ TEIXEIRA FILHO, 2017.

art. 2º do CPC, contudo, deve ser entendida em seus estritos termos: ao juiz somente é vedado, por sua iniciativa, dar início ao processo. Sendo, porém, a prestação da tutela jurisdicional regularmente invocada pela parte ou pelo interessado, o juiz terá a iniciativa do impulso processual (*idem*). Destarte, conquanto o processo não se inicie *ex officio*, desenvolve-se por impulso oficial.

O princípio do impulso oficial tem como fundamento o interesse do Estado em ver o conflito solucionado o mais breve possível. Ao se proibir que o juiz impulse o processo de execução, independentemente de provocação da parte interessada, estar-se-á contrariando os interesses do Estado na busca da rápida solução dos litígios submetidos ao Poder Judiciário.

O impulso oficial é princípio que permeia todo o processo civil e, muito mais, o processo do trabalho, tendo em vista que, na CLT, há regra expressa acerca da assertividade do juiz na condução do processo.

O art. 765 da CLT, inalterado pela reforma trabalhista, dispõe que:

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

Ora, se o juiz tem amplo poder de direção e condução do processo na fase de conhecimento, muito mais há de se ter na execução, quando já não resta dúvida sobre a titularidade do bem demandado em juízo. Na execução, não há *res dubia*, voltando-se a atuação do Estado apenas à entrega do bem da vida já reconhecido na fase cognitiva.

Dessa forma, não é razoável admitir que, após iniciada a execução a requerimento da parte interessada, o juiz só possa atuar quando provocado. Se, no processo de conhecimento, é dado ao juiz promover qualquer diligência na busca da verdade real, muito mais lhe é permitido na execução, quando já há provimento final transitado em julgado (aqui estamos tratando de execução definitiva), reconhecendo o direito da parte à quantia líquida e certa.

Ainda nessa linha de raciocínio, seria totalmente incoerente crer que o juiz devesse promover de ofício todos os atos executórios em relação ao débito previdenciário e, no mesmo processo, não pudesse fazê-lo quanto às verbas trabalhistas sem provocação do exequente.

O inciso VIII do art. 114 da CRFB não sofreu qualquer alteração, dispondo que a execução das contribuições sociais será promovida de ofício pelo juiz, assim como o parágrafo único do art. 876 da CLT, que, apesar de ter tido a redação alterada pela reforma, continua prevendo a execução de ofício para esses tributos.

Poderíamos chegar à situação teratológica de ter o débito previdenciário solvido em detrimento do trabalhista, não obstante o privilégio deste sobre aquele, simplesmente porque, na execução das contribuições previdenciárias, o juiz impulsionou o processo de ofício e não o fez para as verbas trabalhistas estrito senso.

Não me parece a interpretação mais razoável.

O princípio do impulso oficial não é novidade no processo do trabalho. A Lei n. 5.584/1970 dispõe, em seu art. 4º, a possibilidade de o juiz, de ofício, impulsionar os processos em que empregados e empregadores reclamarem pessoalmente ou nas causas que estejam sob rito de alçada.

Não se pode concluir que o impulso oficial esteja adstrito apenas às hipóteses previstas na referida Lei, mas sim que o legislador quis enfatizar a importância do impulso oficial nas situações elencadas, seja em razão de a parte estar em juízo sob o *ius postulandi*, seja pela simplicidade procedimental do rito.

O processo do trabalho é pautado pela ampla liberdade do juiz na direção do processo e, sendo sua a função precípua de conduzi-lo, é imprescindível para tal desiderato que esteja ele dotado de poderes para impulsioná-lo, fazê-lo ir adiante.

Ademais, se o próprio processo civil atribui aos juízes o dever de desenvolver o processo por impulso oficial (art. 2º do CPC), não há razão que justifique a sua inaplicabilidade ao processo do trabalho, que nitidamente possui traços inquisitivos mais fortes do que aquele.

A NOVA REDAÇÃO DO ART. 878 DA CLT E O USO DE FERRAMENTAS ELETRÔNICAS DE PESQUISA

Há muito a execução trabalhista tomou uma nova roupagem. O Judiciário precisou avançar a fim de acompanhar as técnicas de fraude e ocultação de patrimônio praticadas por alguns devedores. A execução tradicional já não mais traz efetividade ao processo e se mostra incapaz de entregar ao jurisdicionado o direito reconhecido.

A evolução das ferramentas de execução e de pesquisa, que vieram para substituir o velho uso de ofícios e a busca incessante dos oficiais de justiça por patrimônio ocultado pelas partes, tem auxiliado de forma nunca antes experimentada pelo Judiciário, não só no âmbito trabalhista, mas também na justiça comum, como, por exemplo, na descoberta de crimes envolvendo transações financeiras.

Essa nova forma da execução tornou-se tão importante para o Judiciário que o CNJ editou, em 2011, a Meta n. 05, estabelecendo que fossem criados núcleos de apoio à execução pelos tribunais, tendo em vista

o grande volume de trabalho nas Varas e a insuficiência de recursos humanos capacitados para lidar com as execuções frustradas.

Posteriormente, o CSJT publicou a Resolução n. 138/2014, que dispõe sobre a obrigatoriedade de os Tribunais Regionais do Trabalho instalarem Núcleos de Pesquisa Patrimonial no âmbito da sua respectiva jurisdição, especializados em busca patrimonial para subsidiarem suas unidades judiciárias e, dentre suas considerações, a referida Resolução menciona expressamente os princípios da efetividade da jurisdição, celeridade processual e impulso oficial da execução trabalhista.

Assim, não se pode olvidar de que as novas ferramentas trouxeram mais opções ao Judiciário, bem como maior celeridade em se encontrar bens passíveis de garantir o débito trabalhista.

A alteração processual em estudo poderia levar à interpretação de que, a partir de sua vigência, o juiz não mais poderá se valer, de ofício, do uso das ferramentas eletrônicas de pesquisa na busca de bens e valores dos executados.

Com respeito aos que assim entendem, tenho que nenhuma alteração houve nesse aspecto.

As ferramentas eletrônicas de pesquisa, como BACENJUD, INFOJUD, RENAJUD, SIMBA, dentre outras, via de regra, são utilizadas pelo juiz em execuções onde a obrigação não foi cumprida espontaneamente pela parte.

Assim, o juiz, no uso de seu poder/dever de impulsionar o processo, deve se valer das ferramentas eletrônicas na busca de bens suficientes à quitação da dívida, quando a parte der início à execução, mas, citado ou intimado para pagar, o executado permanecer inerte.

Não há como atribuir à parte o dever de requerer ou impulsionar o juízo a utilizar as ferramentas de pesquisa, tendo em vista que muitas delas são de uso exclusivo do Judiciário, sem que a parte sequer tenha conhecimento de sua existência ou de sua utilidade para a execução.

Ao juiz, como amplo condutor do processo, caberá avaliar a pertinência e o momento de uso das ferramentas eletrônicas adequadas, independentemente de requerimento da parte interessada, após o regular início da execução.

INICIATIVA DA EXECUÇÃO PELA PARTE INTERESSADA X PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Outra alteração trazida pela reforma trabalhista foi a previsão expressa de aplicação da prescrição intercorrente ao processo do trabalho.

Não obstante a matéria já fosse discutida no âmbito da jurisprudência, havendo quem a aplicasse com base na Lei de Execuções Fiscal, o tema ainda causa grandes polêmicas.

A previsão de execução de ofício era o que justificava a defesa da inaplicabilidade da prescrição intercorrente no processo do trabalho, tendo em vista que, impulsionado pelo juiz, esperava-se que o processo nunca permanecesse inerte.

Não obstante, nunca visualizei qualquer relação entre os institutos, visto que o dever do juiz de iniciar e impulsionar o processo não pode ser oposto em desfavor do devedor como fundamento para eternização da execução.

A alteração trazida pela Lei n. 13.467/2017, em seu art. 11-A, prevê expressamente a incidência da prescrição intercorrente, no prazo de dois anos, podendo ser declarada inclusive de ofício pelo juiz.

Assim, uma vez iniciada a execução pela parte interessada, impulsionada pelo exequente ou pelo juiz, se nenhum bem for encontrado, poderá ser declarada prescrita a pretensão, se, no prazo de dois anos, após intimado, o credor para cumprir qualquer determinação judicial, não demonstrar interesse no prosseguimento.

Tem-se, portanto, que a previsão de prescrição intercorrente está em plena consonância com a possibilidade de o juiz impulsionar de ofício o processo, tendo em vista que, não obstante as diversas ferramentas existentes à disposição do Judiciário, não raro ocorre de nenhum bem ser encontrado, e o processo ser arquivado até que seja localizado algum patrimônio do executado.

A partir da provocação do exequente, caso não apresente meios viáveis de execução no prazo de dois anos, o processo poderá ser extinto em razão da prescrição intercorrente.

CONCLUSÃO

Após o estudo da alteração trazida pela Lei n. 13.467/2017 ao art. 878 da CLT, no tocante ao fim da execução de ofício pelo juiz como regra geral, conclui-se que a alteração é constitucional e está em consonância com os ordenamentos processuais civil e trabalhista.

No entanto, a obrigatoriedade de o início da execução ser provocado pela parte interessada não retira do juiz o poder/dever de impulsionar de ofício o processo, que deverá inclusive se valer de todas as ferramentas disponíveis ao Judiciário na busca de patrimônio suficiente para a quitação do débito trabalhista.

ABSTRACT

Introduction: Law n. 13,467/2017, known as the labor reform, changed the legislation both for provisions and procedures. Among those changes, the end of the enforcement proceedings by the judge on his own as a

general procedure rule is worth noting. The purpose of this study is to analyze the effects of this reform on the labor enforcement proceedings, including the relation to the limits of the Judge's action.

Methodology: For the study, the constitutionality of the amendment was examined, in comparison with the jurisprudence of the Federal Supreme Court, as well as its context within the general principles of the civil case and the labor case.

Results: Even though the reform has changed the general rule for the enforcement proceedings inherent to the judge, the principle expressed in article 2 of the Civil Procedure Code, that deals with the judge's duty to act officially on the case, remains in force.

Conclusion: Once the enforcement by the parties is initiated, the Judge has the power and the duty to expedite the process, and, he shall use for this purpose, all the tools available to the judiciary power, including the electronic ones.

Keywords: Inherent enforcement proceedings. Action limits. Official expedite.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Recurso extraordinário. Violação indireta da Constituição. Ilegitimidade da alteração pontual e casuística da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Volume III. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/recurso-extraordinario-violacao-indireta-da-constituicao-ilegitimidade-da-alteracao-pontual-e-casuistica-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 19 ago. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Meta 5 de 2011*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2011>>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- _____. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. *Resolução n. 138, de 24 de junho de 2014*. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/39539/2014_res0138_csjt_rep01_atualizado.pdf?sequence=10&isAllowed=y>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- _____. Constituição (1988). *Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.

- _____. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- _____. *Lei n. 5.584 de 26 de junho de 1970*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5584.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- _____. *Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 636*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2836>>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Volume 1.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008. volume 2.
- DOMINGUES, Diego Sígli. Disponível em: <<http://www.arco.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/recurso-extraordinario-violacao-indireta-da-constituicao-ilegitimidade-da-alteracao-pontual-e-casuistica-da-jurisprudencia-do-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 19 ago. 2017.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *A sentença no processo do trabalho: de acordo com o novo CPC*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- _____. *Comentários ao novo código de processo civil: sob a perspectiva do processo do trabalho (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015)*. São Paulo: LTr, 2015.
- _____. *Curso de direito processual do trabalho III: processo de execução, processo cautelar, procedimentos especiais*. São Paulo: LTr, 2009.
- _____. *Execução no processo do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2004.

A REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES NA EMPRESA E SUAS IMBRICAÇÕES NO ÂMBITO DA LUTA COLETIVA*

THE REPRESENTATION OF THE WORKERS IN THE COMPANY AND ITS IMBRICATIONS ON THE COLLECTIVE STRUGGLE

Wanessa Mendes de Araújo**

RESUMO

A Lei n. 13.467, de 13/7/2017, que implementou a chamada “reforma trabalhista”, introduziu no texto da Consolidação das Leis do Trabalho o “Título IV-A Da Representação dos empregados”, que, em seus artigos 510-A e 510-D, regulamenta o art. 11 da Constituição Federal de 1988. O presente artigo aborda questões ligadas a essa modalidade de manifestação e participação dos trabalhadores no âmbito empresarial e sua influência sobre o movimento sindical. Primeiramente, busca-se traçar o aspecto histórico-normativo de sua criação, assim como a sua conceituação. Sucessivamente, trata-se das peculiaridades da modalidade disciplinada na lei em espeque. Por fim, tratando-se de forma de manifestação dos empregados de uma determinada empresa perante o seu empregador para a tutela de direitos individuais e coletivos, interessa saber quais suas imbricações quanto à ação coletiva, a fim de verificar se concorre para o fortalecimento dos laços de solidariedade que tipicamente englobam a categoria de uma determinada base territorial ou se concorre, por outro lado, para o seu enfraquecimento, em especial em tempos como os atuais em que se anuncia a crise do movimento sindical.

Palavras-chave: Representação dos trabalhadores. Lei n. 13.467, de 13/7/2017. Movimento sindical.

* Este artigo foi elaborado antes da edição e publicação da Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, que acrescentou o art. 510-E à Consolidação das Leis do Trabalho. *In verbis*: Art. 510-E. A comissão de representantes dos empregados não substituirá a função do sindicato de defender os direitos e os interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, hipótese em que será obrigatória a participação dos sindicatos em negociações coletivas de trabalho, nos termos dos incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição.

** Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Especialista em Direito e Processo Tributário pela Universidade de Fortaleza-UNIFOR. Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

1 DO DIREITO À ORGANIZAÇÃO NO LOCAL DE TRABALHO

O direito à organização no local de trabalho remonta a uma das principais lutas da classe trabalhadora, assumindo importância ímpar nos movimentos operários, pois, a partir do exercício de suas funções no âmbito da empresa, é que o trabalhador se expõe à contradição em que se funda o próprio Direito do Trabalho: o capital e trabalho e a partir daí, nesse local, formulam-se as primeiras tensões e, por conseguinte, as primeiras aproximações entre os pares em busca de melhores condições de vida e de trabalho.

A organização no local de trabalho exerceu influência importante no movimento grevista de 1945/1947. Das trinta e três greves ocorridas em São Paulo (1946), treze delas foram decididas sem a participação do sindicato e, em quinze movimentos paredistas, constatou-se a presença das comissões de fábrica como elemento organizador, demonstrando que a eclosão do movimento se deu muitas vezes à revelia da própria entidade sindical.

As comissões de fábrica fortaleceram o movimento operário, que, no início da década de 50, recomeçou um processo de mobilização e rompimento com a vigente estrutura sindical que controlava e reprimia a autonomia da classe operária. Essa ação teve como principal agente político os militantes do PCB, que, em 1952, aperceberam-se dos enganos da política sindical paralelista. Entretanto, é inegável que houve um fortalecimento das organizações de base. Diante do referido contexto fático, no ano de 1953, em São Paulo, eclodiu a greve dos 300 mil, resultante da união entre as iniciativas espontâneas das organizações de base e as iniciativas tomadas pelo PCB, que visava igualmente a melhores condições de trabalho. [...] Na década de 1960, também eclodiram, no país, relevantes movimentos operários ligados à presença das comissões de fábrica, ao exemplo das greves de Contagem (MG) e de Osasco (SP), em 1968. Em Osasco, o movimento grevista contou com a presença de 6 mil operários e a experiência da comissão de fábrica da Cobrasma, que teve papel bastante relevante ao influenciar decisivamente nos rumos dos sindicatos dos metalúrgicos de Osasco. A comissão, em seus primeiros anos de vida, manteve total independência em relação ao sindicato. Ocorre que, a partir dos anos de 1965 e 1966, a comissão direcionou sua atuação para o controle do sindicato. (SILVA, 2016, p. 132).

Na década de 70, as chamadas comissões de fábrica exerceram papel igualmente significativo nas greves da região do ABC paulista, visto que, apresentando-se como autônomas face aos sindicatos operários, tais organismos não estavam sujeitos quer à dinâmica da entidade sindical, tampouco à do Ministério do Trabalho ou de outro órgão governamental ou jurisdicional, permitindo-lhe ampla e livre participação na luta coletiva.

O primeiro diploma normativo a tratar da participação dos trabalhadores na empresa foi o Decreto-Lei n. 7.036, de 10 de novembro de 1944, que dispunha sobre a reforma da Lei do Acidente do Trabalho. O art. 82 previa a criação de Comissões Internas nos estabelecimentos com mais de 100 empregados, com vistas a estimular o interesse pelas questões de prevenção de acidentes, apresentar sugestões quanto à orientação e à fiscalização das medidas de proteção ao trabalho, realizar palestras instrutivas, propor a instituição de concursos e prêmios e tomar outras providências tendentes a educar o empregado na prática de prevenir acidentes.

A Constituição de 1967, em seu art. 158, inciso V, previu a integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que seriam estabelecidos.

Na Constituição Federal Brasileira de 1988, o art. 11 dispõe se tratar de direito fundamental social dos trabalhadores que, “Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.”

Apesar de passados quase 30 anos, exceto pela instituição espontânea dessa modalidade de representação interna em alguns centros desenvolvidos, como na região do ABC paulista, a sua implementação se revelou inócua no restante do país ante a ausência de regulamentação e a interpretação majoritária da não-aplicabilidade imediata do dispositivo constitucional.

Em sentido amplo, conceitua-se a representação dos trabalhadores como o conjunto de mecanismos voltados à discussão e à manifestação dos trabalhadores no âmbito da empresa em que trabalha, com vistas a assegurar melhoria das condições de vida e trabalho.

Nessa conceituação se incluem as diversas modalidades de participação: a cogestão, a autogestão, a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa, as chamadas comissões de fábrica ou de representante, o sistema único de representação, a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, assim como a Comissão de Conciliação Prévia.

Na lição de Francisco José Gomes da Silva (2016, p. 131), as comissões de fábrica ou de representantes assumem importância ímpar na luta operária:

As comissões de fábrica são o melhor exemplo de representação dos trabalhadores nos locais de trabalho, porquanto que reúnem trabalhadores de uma mesma seção, departamento ou fábrica. Nesse contexto, as comissões de fábricas surgem da união dos trabalhadores em contraposição à dominação capitalista, possibilitando à classe operária reunir-se para reivindicar melhores condições de trabalho, tais como a redução da jornada de trabalho, aumento salarial etc., diante do seu patronato.

Dada a sua limitação, o escopo deste trabalho limita-se ao estudo apenas da hipótese de participação na empresa, nos moldes disciplinados na Lei n. 13.467, de 13/7/2017, e sua contribuição para a luta dos trabalhadores.

2 DA REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES À LUZ DA LEI N. 13.467 DE 13/7/2017

Em 22 de dezembro de 2016, o Poder Executivo Federal encaminhou ao Congresso Nacional Projeto de Lei para alterar o Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) - e supostamente “aprimorar as relações de trabalho no Brasil”, dispondo, dentre outros assuntos, como forma de regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho.

Na exposição de motivos que acompanhou o Projeto de Lei, o Ministério do Trabalho defendeu que a regulamentação do art. 11 da Constituição Federal:

[...] “visa prestigiar o diálogo social”, imbuindo ao representante dos trabalhadores no local de trabalho a missão de promover o entendimento direto com a direção da empresa, com atuação “na conciliação de conflitos trabalhistas no âmbito da empresa, inclusive os referentes ao pagamento de verbas trabalhistas periódicas e rescisórias, bem como participar na mesa de negociação do acordo coletivo de trabalho com a empresa.”

Para o Ministério do Trabalho, “[...] a falta de canais institucionais de diálogo nas empresas faz com que o trabalhador só venha a reivindicar os seus direitos após o término do contrato de trabalho [...]”, acarretando o acúmulo de problemas que poderiam ser facilmente resolvidos no curso do contrato de trabalho e, conseqüentemente, o acréscimo de ações trabalhistas para discutir essas questões.

Nessa perspectiva, a regulamentação do art. 11 da Constituição Federal possibilita:

[...] o aprimoramento das relações de trabalho no país, ao instituir no ambiente da empresa um agente com credibilidade junto ao trabalhador, já que ele será escolhido dentre os empregados da empresa, independentemente de filiação sindical, com quem ele poderá contar para mediar a resolução de conflitos individuais havidos no curso da relação empregatícia. A atuação do representante dos trabalhadores trará ganhos para a empresa, na medida em que ela poderá se antecipar e resolver o

conflito, antes que o passivo trabalhista se avolume e venha a ser judicializado.¹

Na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei recebeu o n. 6.787/2016 e, antes de ser aprovado pelo Plenário, tramitou por Comissão Especial constituída para sua apreciação, sob presidência do Deputado Daniel Vilela e relatoria do Deputado Rogério Marinho.

No parecer aprovado por maioria dos membros da Comissão Especial, o relator manifestou sua concordância com a regulamentação do art. 11 da Constituição Federal, realizando aperfeiçoamentos formais e materiais em seu substitutivo.

No plano formal, como o representante dos trabalhadores não precisa ser vinculado à estrutura sindical, os dispositivos voltados à regulamentação em tela foram excluídos do Título relativo à Organização Sindical (Título V), propondo-se a inclusão do Título IV-A para tratar unicamente desse assunto, de modo a deixar claro que “[...] o representante dos trabalhadores é autônomo em relação ao sindicato.”

Por sua vez, no plano material, houve a previsão de constituição de comissão de empregados e maior detalhamento das respectivas atribuições, com vistas a esclarecer que “[...] sua participação se dá no âmbito da empresa, nas questões que envolvam o aprimoramento das relações internas e a busca de soluções para os conflitos eventualmente surgidos entre empregados e empregadores [...]”, jamais adentrando em negociações coletivas de competência das entidades sindicais.²

Dessa forma, após aprovação da Comissão Especial constituída, o Projeto de Lei n. 6.787/2016 foi submetido ao Plenário da Câmara dos Deputados, que, após intensas discussões, dentre outros pontos polêmicos, aprovou a regulamentação do art. 11 da Constituição Federal e encaminhou o projeto à revisão do Senado Federal, onde fora aprovado e encaminhado para sanção presidencial, que ocorreu sem vetos em 13/7/2017.

A nova lei encampa a chamada “reforma trabalhista”, cujo espírito vem animado pelo discurso de ampliação da possibilidade de negociação direta entre empregados e empregadores, prestigiando-se o “negociado sobre o legislado”, a fim de supostamente se modernizar as relações de emprego no país.

¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=04972849331E734EAAAD0711FB8A5CA13.proposicoesWebExterno1?codteor=1520055&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 2 jun. 2017.

² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=PRL+1+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em: 2 jun. 2017.

Nesse sentido, exsurge como expoente dessa pretensão o art. 510-A do Título IV-A que regulamenta o dispositivo constitucional que prescreve a obrigatoriedade de ser eleita comissão para representar os trabalhadores em empresas com mais de duzentos empregados, destacando que o objetivo do instituto é promover o “entendimento direto” entre empregados e empregadores, cujas atribuições estão descritas no art. 510-B, *in verbis*:

- I - representar os empregados perante a administração da empresa;
- II - aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo;
- III - promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos;
- IV - buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais;
- V - assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical;
- VI - encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação;
- VII - acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho.

O § 1º do art. 510-C trata do processo eleitoral e dispõe que a comissão eleitoral será integrada por cinco empregados, não candidatos, para a organização e o acompanhamento do processo eleitoral, vedada a interferência da empresa e do sindicato da categoria.

Já o art. 510-D trata da duração do mandato, fixado em um ano, e do impedimento de reeleição para além de dois períodos subsequentes. Além disso, assegura garantia de emprego ao representante contra dispensa arbitrária.

A regulamentação dessa modalidade tem o condão de generalizar ao mercado de trabalho a obrigatoriedade de instituição da comissão de trabalhadores com vistas a promover a distribuição do poder de decisão nas instâncias empresariais, a consecução dos fins sociais e a promoção de entendimento entre empregados e a própria empresa.

Como mencionado, ante a ausência de regulamentação, a implementação dessa forma de representação dos trabalhadores se baseava em experiências em grandes centros urbanos, como o ABC paulista, e ainda assim em alguns segmentos, como têxtil e automobilístico, sendo entabulada por meio de negociação coletiva, cuja transitoriedade em razão do período de vigência do instrumento normativo não assegurava a perenidade da sua instituição, podendo, portanto, não ser referendada no acordo ou convenção

coletiva subsequente, o que conferia instabilidade, por certo, aos trabalhadores, em especial aos representantes, a quem não era assegurada, até então, garantia de emprego, exceto quando prevista nos instrumentos normativos.

Nesse sentido, a regulamentação do texto constitucional se revelou um avanço na luta trabalhista, por introduzir a obrigatoriedade de um canal de diálogo entre empregado e empregador na estrutura empresária, em se tratando de empresas com mais de 200 empregados.

O termo “empresa” adotado na lei tem acepção ampla, assim compreendendo todos os estabelecimentos que compõem a estrutura empresarial, em detrimento de apenas um estabelecimento, ainda que cada um deles conte com mais de 200 empregados.

A extensão do termo “na empresa” enseja críticas doutrinárias ao prestigiar o entendimento para além e em detrimento do estabelecimento, local esse onde, de fato, desenrolam-se as tensões e se deveria fortalecer a organização no local de trabalho; porém isso, *per sí*, não lhe retira a contribuição para a luta obreira, na medida em que, sendo um canal aberto ao diálogo e mobilização dos trabalhadores no ambiente do trabalho, pode concorrer para o fomento de sua conscientização.

Por sua vez, de acordo com o § 1º do art. 510 da Lei em análise, caso a empresa possua empregados em vários Estados da Federação e no Distrito Federal, será assegurada a eleição de uma comissão de representantes dos empregados por Estado ou no Distrito Federal, na mesma forma estabelecida no § 1º desse artigo.

No país, para classificação do porte das empresas, adotam-se prioritariamente dois critérios principais: a receita operacional bruta, eleita pelo Banco de Desenvolvimento Social e pela Lei Complementar n. 123/2006, e a quantidade de empregados formais do estabelecimento, parâmetro adotado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

À luz das pesquisas feitas por este órgão, que se amoldam ao texto da novel legislação trabalhista, tem-se que, no âmbito da indústria, consideram-se: microempresas aquelas que tenham até 19 empregados; pequena empresa de 20 a 99 empregados; empresas de médio porte as que contratem de 100 a 499 empregados e empresas de grande porte as que tenham mais de 500 empregados.

Já no segmento do comércio e serviços, são consideradas micro as empresas que contratem até 9 empregados, enquanto como pequena empresa classificam-se aquelas que tenham entre 10 a 49 empregados. Já as que contratam entre 50 a 99 empregados são classificadas como empresa de médio porte e, acima de 100 empregados, empresas de grande porte.³

³ Disponível em: <<http://www.sebrae-sc.com.br/leis/default.asp?vcdtexto=4154>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

Considerando o número mínimo de empregados para implementação obrigatória da comissão de representantes na empresa, nota-se que a norma terá eficácia limitada, uma vez que o alcance da medida terá como destinatário exclusivamente e ainda assim, de forma parcial, as empresas classificadas como de médio e grande portes no segmento da indústria e de grande porte em se tratando do ramo do comércio e serviços, restando excluído o núcleo de empresas que mais cresce no país: as micro e empresas de pequeno porte.

Para Ricardo Antunes (1982), apesar de não haver uma teoria acabada sobre o fenômeno, a comissão de fábrica deve ser entendida como uma forma eficaz e avançada de organização de base, dentro dos locais de trabalho, aglutinando operários que lutam por reivindicações comuns; por isso, entende-se que o legislador poderia ter avançado e prestigiado a eleição de representantes por estabelecimentos.

Digno de nota é que, a despeito da acepção ampla que o termo “representação dos trabalhadores na empresa” sugere, a nova lei buscou restringir a hipótese à figura da comissão de fábrica ou de representantes, como se extrai da competência que lhe foi atribuída.

Nesse sentido, o escopo de atuação da comissão de representantes dos trabalhadores é descrito no art. 510-B, cabendo-lhe, dentre outras atribuições: representar os empregados perante a administração da empresa; aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo; promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos; buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais.

Ao elencar as atribuições da comissão, entende-se que a lei, que pretendia modernizar as relações trabalhistas, não avançou a ponto de regulamentar a cogestão a todos os modelos societários, tal como já previsto para as sociedades de ações, no parágrafo único do art. 140 da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que restringe a participação dos trabalhadores no conselho de administração das sociedades de ação.

Na lição do Professor Antônio Álvares da Silva, que inclusive redigiu o Projeto de Lei n. 4.309, em trâmite perante o Congresso Nacional sobre o tema:

A cogestão é o ramo mais moderno em que se desdobra ao Direito do Trabalho atual, importando numa visão inovadora da relação de emprego. Integrando-se na empresa, o trabalhador a ela se liga por vínculos fortes, muito mais precisos e profundos do que os meros vínculos contratuais, transformando-lhe a natureza: em vez da concepção classista da oposição de interesses agora se salienta a composição; em vez da divergência, a harmonia; ao

contrário da divisão, a soma. [...] Pela cogestão no estabelecimento, este poder se democratiza através da participação do empregado. O que era um poder unilateral passa a ser um poder dialogado, e o elemento “trabalho” passa a ter a mesma importância do capital, na composição da relação empregatícia.

Em atenção aos fundamentos assegurados pela Constituição que protege os valores sociais do trabalho e visa à promoção do bem comum, deve-se admitir que o rol de atribuições previsto no dispositivo em epígrafe não é taxativo, cabendo à comissão de representantes dos trabalhadores, nos moldes do art. 11 da CF/1988, adotar quaisquer atribuições outras que se revelem necessárias e adequadas a promover o entendimento direto com os empregadores, quer para resolver conflitos individuais, quer coletivos, com vistas a garantir a participação direta dos trabalhadores, inclusive, no compartilhamento da direção da empresa, e não apenas em assuntos relacionados a questões de índole trabalhista.

Tratando sobre as prerrogativas da comissão de trabalhadores no âmbito da cogestão, o professor Antônio Álvares da Silva, no texto “Conselhos de Empresa ou Comissões de Fábrica: uma proposta para o Brasil”, destaca, com base no direito comparado, serem imprescindíveis: o direito de audiência, o direito de informação, o direito de participação e o direito de cogestão plena ou de veto para o regular e efetivo exercício da representação.

Quanto à extensão das decisões da comissão de trabalhadores, esta se limita aos muros da empresa, no que se distingue das atribuições da entidade sindical cuja atuação visa a estabelecer o entendimento, a resolução de conflitos assim como a criação de normas em caráter abstrato, cujos efeitos protraem para toda a categoria estabelecida em determinada base territorial.

Em relação à composição da comissão, impõe-se destacar que não se trata de órgão de composição paritária ou mesmo mista, visto que é constituído unicamente por representantes dos empregados da empresa, no que difere da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes.

A quantidade de membros varia diretamente com o número de empregados, podendo a comissão ter de 3 a até 7 membros, no âmbito de toda a empresa.

3 DOS REFLEXOS DA REGULAMENTAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO DOS TRABALHADORES SOBRE A AÇÃO COLETIVA

Se, por um lado, a figura tende a possibilitar a democratização do ambiente de trabalho, ao permitir a participação direta dos empregados, desde a solução de pequenos conflitos entre trabalhadores e chefias à identificação e apresentação dos interesses imediatos dos seus colegas,

concorrendo, assim, para que haja uma maior humanização e desalienação do trabalho em relação às estruturas empresariais, ao se vedar a interferência do sindicato da categoria no processo eleitoral, impõe-se analisar quais efeitos a implementação da figura, nos moldes fixados na lei, protrairá sobre a ação coletiva.

Como mencionado por SILVA (2016), a questão das comissões de fábrica tem gerado grande controvérsia no Brasil, que pode ser sintetizada em quatro concepções distintas:

A primeira defende as comissões de fábrica como uma alternativa à entidade sindical é, portanto, uma forma de substituição do organismo sindical. O fundamento dessa concepção reside no fato que se começa a visualizar as comissões como um organismo político mais avançado da classe operária. O que se pretende, nessa vertente, é recuperar a ideia de sindicalismo paralelo. Contudo, essa concepção possui um grande risco ao suscitar um isolamento da luta operária, pulverizando-a politicamente, uma vez que desconsidera a importância do sindicato como elo unificador das lutas e das reivindicações trabalhistas, e do partido político, como forjador da razão revolucionária, produto da fusão do movimento operário espontâneo com a teoria transformadora da sociedade.

A segunda concepção pertence aos que entendem as comissões de fábrica como órgãos totalmente independentes e autônomos em face dos sindicatos. Para essa concepção, as comissões são organismos preponderantemente políticos e superiores, mais avançados que os sindicatos. Para a terceira concepção, as comissões são vistas como forma de transformação, democratização e criação de um sindicalismo de base, unitário e de massas. Nessa vertente, elas constituem um organismo sindical de base que não se contrapõe ao sindicato, mas, ao contrário, reconhece as entidades sindicais como elo unificador das lutas sindicais.

Por fim, a quarta concepção concerne àqueles que são contrários às comissões de fábricas autênticas e representativas, defendendo um arremedo de organização de base, com o fito de introduzir e fazer perpetuar o peleguismo, que consiste na defesa dos interesses dos empregadores, encoberto e dissimulado como se luta pelos direitos dos trabalhadores o fosse. É o que ocorre com o Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo. Não obstante, a discussão sobre as comissões de fábricas representa um passo importante e de grande relevância no processo de transformação da estrutura sindical brasileira, buscando conquistar autonomia, liberdade e independência, face ao Estado e às classes dominantes. (SILVA, 2016, p. 134). (GRIFOS NOSSOS)

À luz das correntes supramencionadas, poder-se-ia dizer que o caráter antissindical dessa modalidade de representação interna ou de

pessoal já se revela expresso pela sua própria denominação: representação dos trabalhadores “na empresa”, segundo a qual o representante é apto a dirimir os conflitos apenas da empresa em que trabalha e para qual fora eleito, não havendo aptidão, tampouco legitimidade do representante para atuar além dos muros da fábrica, o que, por certo, fragilizaria os laços de solidariedade que irmanam os membros de uma determinada categoria.

Entretanto, o fato de a comissão de fábrica estar centrada em uma empresa não quer dizer que esteja isolada da categoria; ao revés, a organização no ambiente de trabalho, como historicamente já demonstrado, sempre concorreu para maior mobilização coletiva e, por conseguinte, para o próprio advento da legislação trabalhista. É no chão da fábrica onde se revelam as tensões primeiras entre capital e trabalho e são despertados os laços de solidariedade entre os trabalhadores.

A existência de trabalhadores organizados no local de trabalho tende a favorecer a ação coletiva, uma vez que esta exige organização para atingir os interesses comuns. É favorecida pela maior dificuldade de abstenção dos trabalhadores, que são pressionados pelos próprios colegas no local de trabalho. (BRIDI, 2008).

Não nos parece certo igualmente dizer que a implementação da representação dos trabalhadores na empresa concorra para o arrefecimento da luta de classes, em razão da incorporação do empregado como colaborador.

A promoção do diálogo e a criação de um espírito de colaboração entre empregados e empregadores se inserem na função social da empresa, vista, aqui, como ambiente de promoção dos valores sociais do trabalho e da dignidade do homem, cuja preservação é de interesse do Estado, visto que, além de gerar riqueza econômica, emprego e renda, contribui para o crescimento e desenvolvimento social do país.

Nesse sentido, é interesse, inclusive dos trabalhadores, a sua preservação e manutenção, sem prejuízo de sua própria luta por melhores condições de vida e de trabalho.

É o que confirma SILVA (1992):

Sem uma fórmula jurídica lúcida e moderna que coloque a relação de trabalho nos padrões do mundo contemporâneo, onde a cooperação e o entendimento dos parceiros sociais superam a oposição e as divergências, não é possível falar-se em progresso econômico e social.

Como complemento desta nova perspectiva, não se pode mais admitir que o país não disponha de meios alternativos de soluções extrajudiciais para uma rápida composição de conflitos trabalhistas nascidos no sistema produtivo.

Não obstante as correntes que enunciam que a implantação da representação dos trabalhadores na estrutura empresarial concorreria para o enfraquecimento do movimento sindical, estima-se que acertada se revela a terceira concepção que a encara como “[...] um organismo sindical de base que não se contrapõe ao sindicato, mas, ao contrário, reconhece as entidades sindicais como elo unificador das lutas sindicais.”

A consciência de um coletivo é conquistada pela experiência, apresentando-se como expressão embrionária de uma consciência de classe, onde os trabalhadores reconhecem-se como numa mesma posição na estrutura social, vivem o dilema do pertencimento e, ao final, fazem suas escolhas. (BRIDI, 2008, p. 235).

Em contexto como o atual em que se enuncia, desde as últimas décadas, a crise de representatividade do movimento sindical, certo é que o local de trabalho, por ser onde se manifestam por primeiro os conflitos por melhoria salarial, doenças ocupacionais, assédio moral, conflitos com chefias e gerências, perseguição, deve ser o espaço prioritário na ação sindical; afinal, por mais combativas que sejam as entidades sindicais, suas ações estão atreladas às informações advindas do ambiente laboral.

Além disso, a implementação da comissão de representantes no local de trabalho propicia o surgimento de novas lideranças e o estabelecimento de elo consciente entre outras formas de organização, incluindo a própria entidade sindical.

Nesse sentido, a mobilização dos trabalhadores, por meio da figura criada pela nova Lei, permite a construção de relação de diálogo entre chefias, gerências e os trabalhadores; a democratização das relações de trabalho; a capacitação dos trabalhadores para atuação do local de trabalho, inclusive no âmbito negocial, tal como o desenvolvimento de novas lideranças e a socialização da política sindical.

Em tempos em que o movimento sindical se mostra em crise, a regulamentação da representação dos trabalhadores na empresa, por meio da mobilização interna, pode abrir espaço para a formação da conscientização do trabalhador em busca de melhores condições de vida e de trabalho e, por conseguinte, do avanço da ação coletiva, e não o seu arrefecimento.

A restrição imposta pela lei à participação do sindicato no processo eleitoral não pode ser vista, a rigor, como obstáculo à mobilização da classe trabalhadora, uma vez que não se impede a eleição de dirigentes sindicais, ou mesmo sua atuação conjunta.

Por fim, como importante medida assecuratória do exercício adequado do direito de representação dos trabalhadores, foi prevista, no art. 510-D, a garantia de emprego ao representante eleito, assegurando-se assim a mesma

prerrogativa deferida ao dirigente sindical, de não ser dispensado arbitrariamente.

É bem verdade que a Convenção Internacional n. 135 da OIT, aprovada pela 56ª Conferência internacional do Trabalho e promulgada no Brasil em 22 de maio pelo Decreto n. 131, entrando em vigência em 18 de maio de 1991, já assegurava a proteção aos representantes dos trabalhadores contra quaisquer atos de discriminação em razão do exercício de cargo de representação, seja ele sindical ou não, conforme disposto nos arts. 1º, 3º e 5º; fez, portanto, o legislador ratificar os termos do instrumento internacional, afastando quaisquer dúvidas sobre a proteção ao emprego que ostenta o representante dos trabalhadores.

4 DA CONCLUSÃO

A regulamentação do art. 11 da Constituição Federal por meio da criação da figura representação dos trabalhadores na empresa representa um avanço na legislação trabalhista e, por conseguinte, na luta de classe.

Historicamente, a organização no local de trabalho assumiu papel destacado na construção da própria legislação trabalhista e no movimento sindical, buscando meios alternativos de veicular a luta operária, sem as amarras impostas pela burocracia estatal.

A generalização da figura a toda empresa com mais de 200 empregados, sem prejuízo das formas criadas por meio da negociação coletiva, permitirá a criação de um espaço de diálogo na estrutura empresarial, concorrendo para a democratização da gestão e a promoção da função social da empresa.

Longe de ser um meio de arrefecimento dos conflitos entre o capital e trabalho e da ação coletiva, a representação dos trabalhadores na empresa possibilita que o foco de atenção da luta retorne ao seu ponto original: o chão da fábrica, onde tudo, inclusive o próprio Direito do Trabalho, teve início.

Nesse sentido, a despeito da vedação de participação da entidade sindical no processo eleitoral, não se pode, *per se*, menosprezar as vantagens que a criação da figura trará para a ação coletiva.

Registre-se que o impedimento de participação do sindicato se restringe à realização do processo eleitoral, não havendo óbices à eleição de dirigentes sindicais ou ainda ao estabelecimento de ação conjunta.

Nesse sentido, a atuação dos representantes dos trabalhadores na empresa deve se realizar ao lado, e não em oposição, à atuação sindical, visto que, a despeito da extensão de suas prerrogativas, na essência, ambos visam ao mesmo fim: a melhoria de condições de vida e de trabalho dos membros da categoria profissional.

ABSTRACT

The Bill n.13.467 de 13/7/2017, known as the “labor reform”, introduced in the text of the Consolidation of Labor Laws “Title IV-A Representation of Employees”, which, in Articles 510-A and 510-D, regulates art. 11 of the Federal Constitution of 1988. The present article addresses issues related to this modality of manifestation and participation of workers in the business sphere and its influence on the Trade union movement. First, it seeks to trace the historical-normative aspect of its creation, as well as its conceptualization. In turn, we approach the peculiarities of the disciplined modality in the referred bill. Finally, considering the employees’ manifestation from one certain company against the employer in the name of individual and coletive rights, it is important to know the implications of this manifestation in order to verify whether it contributes to the strengthening the typical solidarity bonds that are made in a territorial base or, in the other side, it contributes to the weakening of those bonds, especially in times like these, when there is a crisis in the trade union movement.

Keywords: *Representation of the workers. Bill n. 38/2017 Trade union movement.*

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo; NOGUEIRA, Arnaldo. *O que são comissões de fábrica*. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- _____. *Os sentidos do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2001.
- ARAUJO, Edson Gramuglia. (2012). *As centrais no sistema de representação sindical no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1º jun. 2017.
- _____. *Projeto de Lei encaminhado pelo Poder Executivo por meio da Mensagem n. 688, de 22 de dezembro de 2016*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=04972849331E73_4EAAD0711FB8A5CA13.proposicoesWebExterno1?codteor=1520055&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 2 jun. 2017.
- BRIDI, MARIA A. C. (2008). *Ação coletiva e comissões de trabalhadores em plantas flexíveis: o espaço da política*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná.

- CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Parecer proferido pela Comissão Especial do Projeto de Lei n. 6.787/2016*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1536643&filename=EMC+730/2017+PL678716+%3D%3E+PL+6787/2016>. Acesso em: 2 jun. 2017.
- DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. (2014). *A efetivação jurisdicional da liberdade sindical*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.
- GALHERA, Katiuscia; RIBEIRO, Cintia. Sindicalismo em rede: o papel das comissões de fábrica na Mercedes-Benz. *Revista de Ciências Sociais*, n. 40, abril de 2014, p. 369-389.
- MATTOS, Marcelo. *Greves, sindicatos e repressão policial no Rio de Janeiro (1954-1964)*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01882004000100010>. Acesso em: 2 jun. 2017.
- RODRIGUES, Iram Jácome. *Comissão de fábrica e trabalhadores na indústria*. São Paulo: Cortez, 1990.
- SALES, Selma. *Trabalho e reestruturação produtiva: o caso da Volkswagen em São Bernardo do Campo/SP*. São Paulo: Annablume/FAPESP, 2002.
- SILVA, Antônio Álvares da. *Cogestão no estabelecimento e na empresa*. São Paulo: LTr, 1991.
- SILVA, Francisco José Gomes. (2016). *Sindicalismo brasileiro: os impactos da organização internacional do trabalho na mudança dos paradigmas das relações laborais*. Tese de Doutorado em Direito Constitucional. Universidade de Fortaleza.

A VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS COLETIVAS - MUDANÇA DE PARADIGMA INTERPRETATIVO - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E LEI 13.467/2017 (REFORMA TRABALHISTA)

THE VALIDITY AND EFFECTIVENESS OF COLLECTIVE NORMS - INTERPRETIVE PARADIGM SHIFT - FEDERAL SUPREME COURT AND LAW 13.467/2017 (LABOR REFORM)

Marcel Lopes Machado*

RESUMO

Este estudo tem por objeto uma análise, reflexão e interpretação iniciais sobre o tema da validade e eficácia dos instrumentos normativos coletivos a partir das 02 decisões representativas de controvérsia do Supremo Tribunal Federal e, principalmente, da promulgação da Lei n. 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista).

Palavras-chaves: Negociação coletiva. Processo do trabalho. Perspectivas e possibilidades. Lei n. 13.467/2017.

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO**
- 2 A PERSPECTIVA DE MUDANÇA DE PARADIGMA INTERPRETATIVO - A ESSÊNCIA E PREVALÊNCIA DO DIREITO SINDICAL E COLETIVO DO TRABALHO**
- 3 O SISTEMA DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS À VIDA, ORGANIZAÇÃO, REGÊNCIA, DELIBERAÇÃO E AUTOTUTELA SINDICAIS**
- 4 LEI N. 13.467/2017 (REFORMA TRABALHISTA): PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES**

REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cumprindo com seu dever constitucional de transparência, publicou no 2º semestre de 2016 a 12ª edição do Relatório Justiça em Números (ano-base 2015) para ciência de toda a sociedade.

* Juiz do Trabalho, titular da 1ª Vara de Ituiutaba - MG.

Conforme conclusões de suas estatísticas (p. 42):

[...] o Poder Judiciário finalizou o ano de 2015 com 74 milhões de processos em tramitação, e, mesmo tendo baixado 1,2 milhão de processos a mais do que o quantitativo ingressado (índice de atendimento à demanda de 104%), o estoque aumentou em 1,9 milhão de processos (3%) em relação ao ano anterior. [...]

Dessa forma, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários aproximadamente 3 anos de trabalho para zerar o estoque.¹

Destaca-se que o relatório do CNJ apurou que de todos os segmentos do Poder Judiciário, no-ano base de 2015, somente a Justiça do Trabalho teve alta no índice de novos casos (1,7%), totalizando 4.058.477 novos casos em 2015, com alto índice de recorribilidade externa (litigiosidade elevada às instâncias superiores), com índices equivalentes a 45,9%, nas Varas do Trabalho, e 73%, nos Tribunais Regionais do Trabalho, dos casos apreciados.

Talvez aqui, a partir de uma nova perspectiva de atuação e tutela coletivas sindicais, a partir da compreensão das decisões do Supremo Tribunal Federal e da Lei n. 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), possa-se empreender um novo paradigma interpretativo das funções e deveres das entidades sindicais, da consequência e responsabilidade de sua atuação, em verdadeira e efetiva valoração dos meios e instrumentos hábeis a fomentar a pacificação social entre as categorias econômica e profissional.

Pretende-se, pois, a partir deste estudo inicial, buscar uma análise e interpretação sobre as reais possibilidades de se utilizar da negociação coletiva de trabalho, mesmo com as novas disposições legislativas fixadas na Lei n. 13.467/2017, como importante instrumento de redução dos elevados índices de litigiosidade na Justiça do Trabalho, de maior responsabilidade cívico-jurídica das classes, de maior segurança jurídica e econômica no trato sucessivo de suas relações contratuais/normativas e, por fim, em prol da efetividade da melhoria das condições socioeconômicas nas relações de trabalho, como previsto no *caput do art. 7º da CR*.

Encontra-se implícito, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau de criatividade. O ponto, de resto, tornou-se explícito pelo próprio Barwick quando escreve

¹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>.

que ainda “a melhor arte de redação das leis”, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambiguidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.² (destaques acrescidos)

2 A PERSPECTIVA DE MUDANÇA DE PARADIGMA INTERPRETATIVO - A ESSÊNCIA E PREVALÊNCIA DO DIREITO SINDICAL E COLETIVO DO TRABALHO

Antes da edição da Lei n. 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), muito se debateu e ainda se debate sobre tema sensível à majoritária compreensão, finalidade e essência do Direito do Trabalho, qual seja, a validade e eficácia das normas coletivas, e a perspectiva de “prevalência do negociado sobre o legislado” (resultado que se encontra no novel art. 611-A da CLT), notadamente, em razão dos princípios da norma mais favorável e da vedação do retrocesso social.

Pode-se arriscar a dizer que, antes de a matéria sobre a validade e limites da negociação coletiva ter sido apreciada no Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Justiça do Trabalho, prevaleceu o entendimento de que a validade da negociação coletiva de trabalho encontra restrição nas normas legais e princípios do Direito do Trabalho, não se admitindo, como regra, a negociação para redução de direitos previstos na Constituição, nas leis ou nos princípios, salvo, excepcionalmente, os casos expressos previstos nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da CR quanto à autorização constitucional para negociação *in pejus* da categoria profissional.

A compreensão dessa interpretação, prestigiando a aplicação do princípio da norma mais favorável (*caput* do art. 7º da CR), para invalidar cláusulas normativas contrárias a direitos estipulados em leis (normas de ordem pública, cogentes e imperativas), na forma do art. 9º da CLT, pode ser extraída, por exemplo, das Súmulas n. 85, VI, 191, II, 437, II e 449 do TST.

Em apertada síntese, a jurisprudência sumular coerente, estável e uniforme do Tribunal Superior do Trabalho não admitiu a negociação coletiva para (A) compensação de jornada em atividade insalubre sem a prévia inspeção e autorização do MTE (art. 60/CLT), (B) redução da base de cálculo do adicional de periculosidade para o salário-base da categoria dos eletricitários, (C) redução do tempo de 01 hora de intervalo intrajornada (art. 71 da CLT), ou (D) elasticimento do tempo à disposição do empregador (art. 4º da CLT e Súmula n. 429 do TST) em período superior aos 05 minutos

² CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, p. 20-21.

que antecedem e sucedem a jornada (§ 1º do art. 58 da CLT e Súmula n. 366 do TST).

Destaca-se, nesse aspecto, que não se admitiu a negociação coletiva para redução/eliminação do tempo à disposição do empregador (minutos residuais/horas itinerantes), mesmo diante da previsão expressa do art. 4º da CLT, que admitiu a existência de disposição especial consignada em sentido contrário (e, no âmbito do Direito do Trabalho, as normas coletivas são disposições autônomas especiais).

Igualmente, não se admitiu a negociação sobre a redução/fracionamento do tempo do intervalo intrajornada, mesmo diante da previsão expressa dos §§ 3º e 5º do art. 71 da CLT, que permitem a redução (pelo MTE, que, pela norma do inciso I do art. 8º da CR, não pode intervir e interferir na organização, regência e deliberação da entidade sindical e sua categoria) e o fracionamento nas atividades e profissões especiais vinculadas ao transporte urbano/rodoviário e transporte coletivo de passageiros.

A contradição, nesse aspecto, reside no resultado jurídico de que as entidades sindicais, que não estão sujeitas à interferência e/ou intervenção do Ministério do Trabalho em suas deliberações e decisões sindicais e coletivas (liberdades sindical coletiva e individual e autonomia sindical), não poderiam juridicamente, pela jurisprudência consolidada, negociar validamente a redução e/ou fracionamento do intervalo intrajornada, enquanto que o Ministério do Trabalho, que não pode intervir ou interferir naquelas entidades, poderia conceder a autorização para essa redução e/ou fracionamento.

No mesmo sentido, a jurisprudência predominante no âmbito do TRT da 3ª Região, como se demonstra, por exemplo, de sua Súmula n. 41, I, que (E) não admitiu a supressão/renúncia do direito às horas itinerantes através da negociação coletivas.

Todavia, como já registrado, a partir dos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (A. T. Pleno - RE 590.415/SC - Relator Ministro Luís Roberto Barroso - DJe 29/5/2015. B. 2ª Turma - RE 895.759/PE - Relator Ministro Teori Zavascki - DJE 13/9/2016), observa-se a adoção de interpretação que busca prestigiar explicitamente a validade das normas coletivas, diante da autonomia coletiva da vontade e da autocomposição dos conflitos trabalhistas, arts. 7º, XXVI e 8º, III e VI, da CR.

Pontua-se que esses julgamentos validaram (E) a cláusula normativa de total extinção do contrato de trabalho mediante a adesão do trabalhador ao Plano/Programa de Demissão/Desligamento Voluntário (PDV) instituído por norma coletiva, ou seja, a validade da adesão do trabalhador à cláusula da renúncia normativa de todos os direitos porventura existentes na vigência contratual, bem como (G) a cláusula normativa de renúncia/supressão do direito às horas itinerantes através da negociação coletiva.

Essas decisões do STF, que apresentaram uma mudança no paradigma interpretativo sobre os efeitos da negociação coletiva (inciso XXVI do art. 7º da CR), têm especial relevância, no aspecto jurídico, em razão da instituição do sistema judicial de precedentes jurisprudenciais a partir da vigência da Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil), já que ambos foram proferidos em sede de repercussão geral (§ 3º do art. 102 da CR e §§ 1º e 3º do art. 1.035 do CPC 2015) e, como tal, possuem os efeitos de conferir estabilidade, coerência e integridade na jurisprudência da Suprema Corte (art. 926 do CPC) e, por consequência, de se tratar de precedentes que devem ser observados pelas demais instâncias judiciais (art. 927, IV e VI, § 1º, do CPC 2015), salvo nas hipóteses de aplicação das teorias da distinção e/ou superação (art. 489, § 1º, VI, do CPC 2015, “*distinguishing e/ou da overruling*”) sobre a tese fixada nos precedentes.

Agora, a elas apresenta-se um novo aspecto na ordem jurídica trabalhista, com a edição da Lei n. 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), a conferir-lhes maior força normativa, diante do estabelecimento de norma legal objetiva sobre os limites da negociação coletiva (direitos mínimos do rol do art. 7º da CR), relativos às matérias de ordem pública, cogentes e imperativas do patamar mínimo civilizatório de direitos indisponíveis e inegociáveis (art. 611-B da CLT), e a aplicação do princípio da intervenção mínima do Poder Judiciário quanto às demais matérias (arts. 8º, § 3º e 611-A, § 1º, da CLT).

Parte-se, pois, a partir das decisões representativas de controvérsia do Supremo Tribunal Federal e das novas normas jurídicas que constituem o ordenamento jurídico-trabalhista (Lei n. 13.467/2017), da compreensão de que as cláusulas de convenções coletivas (CCTs) e/ou acordos coletivos de trabalho (ACTs) decorrem da autonomia privada coletiva, que tem origem e fundamento de existência e validade na negociação entre as entidades sindicais e estas e empregador, arts. 7º, XIII e XXVI e 8º, III e VI, da CR, arts. 8º, § 3º e 611-A, § 1º, da CLT, com a exigência de prévia aprovação dos trabalhadores em assembleia específica, art. 612 da CLT, no exercício de sua liberdade e autonomia na organização e deliberações sindicais, inciso I do art. 8º da CR.

Estabeleceu-se, por norma objetiva e específica, que a negociação coletiva e seus instrumentos normativos não possuem validade sobre a redução/eliminação de direitos que versem sobre regras de higiene, medicina e segurança no trabalho (inciso XXII do art. 7º da CR) e sobre o rol de direitos que constituem o patamar mínimo civilizatório dos direitos sociais fixados no art. 7º da CR e explicitamente fixados no art. 611-B da CLT, constituindo, assim, objeto ilícito e descumprimento de forma solene em eventual negociação coletiva (incisos II e III do art. 104 do CC) e, como tal, sujeita à declaração de nulidade (art. 9º da CLT) no exame de legalidade

pelo Poder Judiciário do Trabalho, como expressamente consignado no § 3º do art. 8º da CLT (com redação dada pela Lei n. 13.467/2017).

Mas, antes de se aprofundar na perspectiva sobre a maior responsabilidade jurídica social que a Lei n. 13.467/2017 impõe às entidades sindicais e empresas, tanto na negociação coletiva (causa) quanto na edição de suas normas coletivas (consequência), e ao Poder Judiciário nos limites para atuação jurisdicional no exame daquelas (controle de legalidade), impõe-se uma retrospectiva sobre as normas constitucionais que informam o sistema do Direito Coletivo e Sindical brasileiro.

3 O SISTEMA DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS À VIDA, ORGANIZAÇÃO, REGÊNCIA, DELIBERAÇÃO E AUTOTUTELA SINDICAIS

Não se deve desconhecer que a negociação coletiva, hoje alçada à norma constitucional, inciso XXVI do art. 7º da CR, é efeito e consequência justamente da autonomia privada coletiva concedida aos grupos da sociedade civil de autorregerem, autorregulamentarem seus interesses próprios, gerais e abstratos.

A autonomia privada coletiva não se confunde com a negociação coletiva de trabalho. Esta é efeito decorrencial daquela e sua manifestação concreta. A autonomia privada coletiva é o poder social dos grupos representados autorregularem seus interesses gerais e abstratos, reconhecendo o Estado a eficácia plena dessa avença em relação a cada integrante dessa coletividade, a par ou apesar do regramento estatal - desde que não afronte norma típica de ordem pública. Ou, como bem diz *Gian Carlo Perone*, é o “poder de negociar a regulamentação desses interesses (coletivos), ficando, todavia, entendido que se está diante de uma manifestação de autonomia privada, isto é, de capacidade de estabelecer livremente a posição dos próprios interesses considerada objetivamente mais conveniente, independentemente da necessidade de alcançar finalidades indicadas por sujeitos estranhos ou mesmo pelo Estado.” (*In: A ação sindical nos estados membros da união europeia*, Ed. LTr, 1999. p. 22.) [...]. (destaques acrescentados)

A Constituição Federal de 1988 é expressa a arrolar, entre os direitos sociais que assegura, o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (art. 7º, inciso XXVI), aí conferindo não apenas validade aos instrumentos negociais nominados - visão apequenada desse direito social. A elocução constitucional transcende, em muito, à forma de exteriorização do pactuado. Contém, na verdade, o reconhecimento estatal do poder inerente às pessoas e, pois, aos grupos por elas organizados de autoconduzirem-se,

de co-decidirem sobre o ordenamento de condições de trabalho, de protagonizarem a autocomposição de seus interesses coletivos, solverem suas desinteligências fora do Estado, pela via do entendimento direto, valendo o que restar pactuado como lei entre as partes e cada um dos membros representados, se inexistir malferimento a norma de ordem pública estatal.³ (destaques acrescidos)

Ao que se extrai dos fundamentos (*ratio decidendi*) das 02 decisões representativas de controvérsia, o Supremo Tribunal Federal, para validar as normas coletivas que fixaram renúncia de direitos (geral, no caso de adesão ao PDV, RE 590.415/SC, e específica, no caso das horas itinerantes, RE 895.759/PE), fez a análise integral das normas coletivas (Convenção e/ou Acordo Coletivos de Trabalho), ou seja, aplicou-se a teoria do conglobamento (e não acumulação e/ou conglobamento parcial/orgânico/por institutos) nos instrumentos normativos, para se concluir que houve efetiva transação, mediante concessões recíprocas (arts. 840 e 841 do CC), e não renúncia unilateral, diante da afirmação da existência da concessão de inúmeros outros direitos/benefícios instituídos a favor da categoria profissional.

Ou seja, pode-se interpretar que, para o Supremo Tribunal Federal, a coexistência de outros direitos, benefícios e vantagens econômicas/sociais inseridos nos instrumentos coletivos em benefício da categoria profissional justificou as concessões recíprocas para validar a renúncia de outros direitos nos mesmos instrumentos em benefício da categoria econômica.

E, por se tratar de normas autônomas criadas diretamente pelos seus destinatários (enquanto produto/consequência) para o exercício de suas liberdades sindical, coletiva e individual (inciso I do art. 8º da CR), elas atendem a 03 princípios fundamentais do próprio Direito do Trabalho, quais sejam, (A) o princípio da especificidade/especialidade na representatividade das categorias (art. 570 da CLT), (B) o princípio da primazia da realidade que é essência do Direito do Trabalho (art. 8º da CLT) e (C) o princípio da autonomia privada coletiva (arts. 7º, XXVI e 8º, III e VI, da CR), que são justamente as garantias constitucionais que as categorias detêm para se autorreger, autorregulamentar e autorreivindicar as necessidades e condições econômicas e sociais de suas relações coletivas e individuais.

Não se deve olvidar de que é da essência do Direito do Trabalho, prevista no art. 8º da CR, que a negociação coletiva é o produto final, a consequência, o efeito de todo um sistema jurídico instituído para criar,

³ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. LTr, 2005. vol. II, p. 1.189-1.191.

desenvolver e fomentar a vida, a organização, a gestão e a independência coletiva/sindical pelos próprios trabalhadores, enquanto categoria organizada para autotutela de seus interesses e direitos.

E, nesse aspecto, as decisões firmadas na jurisprudência da Justiça do Trabalho, como regra, emprestaram e firmaram um prisma e viés interpretativo (e talvez equivocado) da tutela individual (e seus princípios básicos da proteção, norma mais favorável, condição mais benéfica, indisponibilidade/irrenunciabilidade e continuidade sobre cláusula individualmente considerada) na análise de cláusulas isoladas dos instrumentos normativos, institutos do Direito Coletivo, que possui normas e princípios próprios e específicos, principalmente, a boa-fé objetiva, lealdade, transparência na negociação propriamente dita e a equivalência entre as entidades coletivas dessa negociação.

Tanto que, para reconhecimento constitucional (inciso XXVI do art. 7º da CR) desse produto final (instrumentos coletivos), pode-se observar, a partir de uma análise/interpretação lógica/sistemática/teleológica, que a própria Constituição Republicana assegurou condições e garantias prévias indispensáveis para a proteção jurídica coletiva e individual dos trabalhadores, para exercer sua efetiva e real autonomia privada coletiva.

Isso porque, previamente ao reconhecimento dos instrumentos normativos, a Constituição Republicana assegurou como garantias e condições para o efetivo e livre exercício das reivindicações da categoria profissional, eis que:

A. Tornou explícito e expresso o poder constitucional/social (arts. 7º, XXVI e 8º, III e VI, da CR) concedido aos grupos civis de auto-organizarem, autorregere, autorregulamentarem especificamente e pelas necessidades reais suas condições de trabalho.

B. A garantia da prévia organização sindical livre e sua essencial proteção de autonomia e liberdade (sindicais, coletivas e individuais) contra o próprio Estado, art. 8º, I.

C. O modelo de unicidade na representatividade da categoria, pressupondo que esse modelo era o necessário para a manutenção/fortalecimento de sua existência.

D. O modelo de proteção à própria liberdade individual sindical do trabalhador, art. 8º, V, e, mais ainda, de proteção e garantia ao emprego para efetivo e eficaz exercício individual do mandato sindical em prol da categoria/coletividade de trabalhadores, art. 8º, VII.

E. Antes da edição da Lei n. 13.467/2017, assegurou o modelo de sustentação econômica e compulsória das entidades sindicais (inciso IV do art. 8º da CR que recepcionou a contribuição sindical compulsória prevista nos arts. 579 e 579 da CLT, agora alterados pela Lei n. 13.467/2017, para

afastar sua natureza jurídica compulsória), justamente, a pretexto de manutenção e fortalecimento das entidades.

F. Tem-se que, a partir de todas estas garantias constitucionais (1. não intervenção estatal, 2. então sustentabilidade econômica compulsória, 3. liberdade individual de filiação/não-filiação, 4. efetiva proteção no emprego para exercício individual e efetivo do mandato sindical em prol da categoria), a Constituição assegurou a liberdade e a autonomia para as entidades sindicais realizarem sua finalidade legal e social (arts. 511/CLT e 5º/LINDB) e atuaram na (auto) defesa dos interesses e direitos da categoria (art. 8º, III e VI), segundo suas demandas e necessidades reais e específicas.

G. Mais ainda, a própria Constituição Republicana autorizou, através dessa autonomia privada coletiva (e seu efeito/consequência: negociação coletiva), a transação sobre redução salarial (art. 7º, VI) e sobre a extensão de jornada em turno ininterruptos de revezamento (art. 7º, XIV e Súmula n. 423 do TST), condições jurídicas desfavoráveis aos trabalhadores, notadamente, porque se trata de desproteção jurídica em 02 temas sensíveis, quais sejam, o salário (retribuição mínima devida pela prestação de serviços) e a saúde (lesão ao relógio biológico humano no trabalho em turnos).

H. E, nesse aspecto ainda, como garantia para o efetivo exercício dessas liberdades sindicais e autonomia privada coletiva da categoria em sua organização e deliberação, tem-se cautela legal, como forma solene para o requisito de validade dos instrumentos normativos, a exigência da prévia submissão da pauta de negociação coletiva e sua prévia aprovação pelos trabalhadores em assembleia específica (art. 612 da CLT).

I. Por fim, a CLT, em preceitos específicos, objetivos e pontuais, dispõe, no campo do Direito Coletivo do Trabalho, que as normas de contratos individuais de trabalho não se sobrepõem às de convenção coletiva ou acordos coletivos de trabalho, e, se os contrariar, são nulas de pleno direito (art. 619 da CLT), assim como dispõe sobre a prevalência das normas de contratos coletivos sobre as relações contratuais particulares (art. 444 da CLT), o que, a nosso ver, já expressa a prevalência de normas autônomas do Direito Coletivo sobre aquelas do Direito Individual e, mais ainda, impõe, como outra nulidade voltada às disposições dos instrumentos normativos, a vedação de negociação de matéria relativa à política governamental econômica/financeira de salários (art. 623 da CLT).

Acrescentam-se, nesse aspecto específico (anterior à edição 13.467/2017), trechos dos fundamentos do Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto no RE 590.415/SC (STF - T. Pleno - DJe 29/5/2015) sobre a validade e os efeitos da negociação coletiva (arts. 7º, XXVI e 8º, III e VI, da CR) e a sua análise jurisdicional a partir das normas e princípios do Direito Coletivo, e não do Direito Individual do Trabalho.

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

4. A Constituição de 1988, em seu artigo 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. [...]

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

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

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

Os instrumentos colocados à disposição do sujeito coletivo dos trabalhadores (garantias de emprego, prerrogativas de atuação sindical, possibilidade de mobilização e pressão sobre a sociedade civil e Estado, greve etc.) reduziriam, no plano juscoletivo, a disparidade lancinante que separa o trabalhador, como indivíduo, do empresário.

Isso possibilitaria ao Direito Coletivo conferir tratamento jurídico mais equilibrado às partes nele envolvidas. Nessa linha, perderia sentido no Direito Coletivo do Trabalho a acentuada diretriz protecionista e intervencionista que tanto caracteriza o Direito Individual do Trabalho.” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. Op. cit., p. 1.250-1.251.)

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

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

Põe-se em debate, neste ponto, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. É construção destinada a atuar na esfera do direito individual, mas não no direito coletivo do trabalho, daí a sua inaplicabilidade às relações coletivas, regidas que são pelo princípio da liberdade sindical e da autonomia coletiva dos particulares, e não pelas regras da estrita aplicação aos contratos individuais de trabalho, inteiramente diferentes, portanto, os dois âmbitos da realidade jurídica, a do interesse individual e a do interesse coletivo.” (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. Op. cit., p. 444.) [...].

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

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

26. A negociação coletiva é uma forma de superação de conflito que desempenha função política e social de grande relevância. De fato, ao incentivar o diálogo, ela tem uma atuação terapêutica sobre o conflito entre capital e trabalho e possibilita que as próprias categorias econômicas e profissionais disponham sobre as regras às quais se submeterão, garantindo aos empregados um sentimento de valor e de participação. É importante como experiência de autogoverno, como processo de autocompreensão e como exercício da habilidade e do poder de influenciar a vida no trabalho e fora do trabalho. É, portanto, um mecanismo de consolidação da democracia e de consecução autônoma da paz social.

27. O reverso também parece ser procedente. A concepção paternalista que recusa à categoria dos trabalhadores a possibilidade de tomar as suas próprias decisões, de aprender com seus próprios erros, contribui para a permanente atrofia de suas capacidades cívicas e, por consequência, para a exclusão de parcela considerável da população do debate público.

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

Essa é, portanto, a compreensão da *ratio decidendi* das 02 decisões representativas de controvérsia do Supremo Tribunal Federal sobre os temas da negociação coletiva e do Direito Coletivo sobre sua prevalência sobre temas previstos em leis aplicáveis ao Direito Individual do Trabalho, que não tratem de direitos de indisponibilidade absoluta, até mesmo porque é norma cogente e imperativa que os interesses meramente individuais não devem se sobrepor à ordem pública e coletiva no Direito do Trabalho, art. 8º da CLT.

4 LEI N. 13.467/2017 (REFORMA TRABALHISTA): PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES

Diante do aspecto legislativo, a Lei n. 13.467/2017 inova na ordem jurídica trabalhista em vários aspectos do Direito Sindical e Coletivo do Trabalho (objeto deste estudo), cuja consequência afetará a própria efetividade das tutelas sindicais e de sua negociação coletiva também na esfera do Direito Processual do Trabalho.

Uma de suas primeiras consequências é, a partir de sua vigência, no prisma do Direito Processual do Trabalho, a aplicação, em razão da instituição do sistema judicial de precedentes jurisprudenciais a partir da vigência da Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil), da teoria da superação jurídica (art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015, *overruling*) sobre as teses anteriores e antagônicas fixadas na jurisprudência até então consolidada no âmbito do Poder Judiciário do Trabalho.

Outra inovação apresentada pela Lei n. 13.467/2017, no aspecto processual, é a obrigatória formação do litisconsórcio passivo necessário⁴ (§ 4º do art. 611-A da CLT) pelas entidades sindicais na formação das lides individuais e/ou coletivas que tenham como objeto a pretensão de declaração de nulidade de norma dos instrumentos normativos.

Entende-se como litisconsórcio passivo, porque a pretensão processual (individual e/ou coletiva) se volta contra a norma/cláusula do instrumento normativo coletivo da qual a entidade sindical é autora/coautora no processo de fixação da pauta de reivindicação, formação e execução da negociação coletiva, diante de suas garantias constitucionais que lhe asseguram a representatividade da categoria, sua legitimação extraordinária e sua obrigatória participação no processo da negociação coletiva (incisos II, III e VI do art. 8º da CR).

Logo, se o ato jurídico (cláusula de ACT ou CCT) é nulo e inválido, e se ele se trata do resultado final de um instrumento bilateral, é de inegável compreensão que as entidades sindicais são coautoras na prática desse alegado ilícito trabalhista e, por consequência lógica/jurídica, também são corresponsáveis pela suposta reparação do dano, parágrafo único do art. 942 do CC, já que elas também violariam a ordem jurídica trabalhista, já que, repita-se, é a entidade sindical que detém a responsabilidade direta (parágrafo único do art. 942 do CC) pelo processo de representatividade, legitimação extraordinária e obrigatória participação na negociação coletiva (incisos II, III e VI do art. 8º da CR).

Portanto, instaurado, ainda que em demanda individual, o conflito sobre a validade e licitude do objeto (§ 3º do art. 8º da CLT e inciso II do art. 104 do CC) de determinada norma/cláusula do instrumento normativo (ACT ou CCT), tem-se por imprescindível a formação do litisconsórcio necessário (art. 114 do CPC 2015), diante da responsabilidade jurídica, social, econômica e cívica das entidades sindicais na conclusão e execução da

⁴ Influência na esfera jurídica. Há litisconsórcio necessário quando a decisão da causa puder afetar diretamente a esfera jurídica de terceiro, caso em que deverá ser necessariamente citado, se a lei expressamente não estabelecer a facultatividade litisconsorcial (STF RT 594/248). NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. 10. ed. *Código de processo civil comentado*. RT, p. 264-265.

norma coletiva impugnada (já que, repita-se, o instrumento normativo e suas normas são o produto final, a consequência de todo o sistema jurídico antecedente de normas e garantias constitucionais para o efetivo exercício das liberdades sindicais, inciso I, III e VI do art. 8º da CR, em cumprimento de sua finalidade, inciso XXVI do art. 7º da CR e art. 511 da CLT).

Destaca-se, como relevante, que a Lei n. 13.467/2017 também inovou na ordem jurídica legislativa trabalhista, ao estabelecer e arrolar explicitamente (art. 611-B da CLT) os direitos de indisponibilidade absoluta, que, como tais, não se encontram passíveis de negociação sobre os aspectos da redução ou restrição, tratando-se, pois, de autênticos limites, requisitos e forma solene para a validade do objeto dessa negociação em específico (incisos II e III do art. 104 do CC), passíveis, portanto, de superação por violação legal (§ 3º do art. 8º da CLT) ao princípio da intervenção mínima do Poder Judiciário na análise e exame das cláusulas normativas.

Igualmente, inovou ao estabelecer que, (A) no conflito entre disposições de instrumentos normativos, ou seja, existente conflito de normas autônomas entre acordo coletivo e convenção coletiva, deverão prevalecer as normas do acordo coletivo (art. 620 da CLT), privilegiando-se os princípios da maior especificidade e maior realidade que informam o ACT, por se tratar de negociação direta entre sindicato e empresa (§ 1º do art. 611 da CLT) em detrimento do princípio da norma mais favorável (art. 8º da CLT) previsto na CCT, bem como (B) por afastar explicitamente a possibilidade de aplicação do princípio da ultratividade das normas coletivas (§ 3º do art. 614 da CLT) no período de inexistência/vazio normativo decorrente de processo de negociação e/ou greve, (C) superando, pois, a tese jurídica da aplicabilidade desse princípio fixada na Súmula n. 277 do TST, permitindo-se, pois, ao que se parece, (D) sua aplicação restrita à hipótese de julgamentos de dissídios coletivos (§ 2º do art. 114 da CR), que se fundamenta na recusa ou insucesso de negociação e/ou arbitragem pelas partes.

Outra inovação apresentada, que interfere nas relações sindicais e coletivas, refere-se à extinção da compulsoriedade do recolhimento da contribuição sindical (arts. 578 e 579 da CLT), alterando sua natureza jurídica para facultatividade, em conformidade com a essência e efetividade plena do princípio da liberdade sindical individual dos integrantes das categorias (inciso I do art. 8º da CR), e que impõe, por consequência, uma ruptura ao vigente modelo de financiamento compulsório para a sustentabilidade das entidades sindicais.

A consequência de todas essas inovações, para as entidades sindicais, será (A) a maior responsabilidade jurídica que passarão a ter, para criar condições que fomentem a livre filiação dos integrantes da categoria (inciso V do art. 8º da CR), e a sua liberdade de escolha pela autorização do desconto da contribuição destinada à existência e custeio das entidades

sindicais, (B) a partir de uma ruptura de paradigma de administração e gestão sindicais, (C) com ênfase na formação cívica dos debates democráticos e efetiva participação dos integrantes (democracia participativa), publicidade e transparência na gestão financeira dos recursos, na pauta de reivindicação das categorias, nas deliberações e aprovações em prol dos reais interesses e direitos dessas categorias, e (D) maior fomento à participação nas assembleias extraordinárias e específicas sobre a pauta da negociação coletiva (art. 612 da CLT).

Pode-se imaginar que essas alterações irão impor uma ruptura dos paradigmas existentes no vigente modelo sindical brasileiro, diante da vinculação da representação, legitimidade extraordinária e participação obrigatória na negociação coletiva (incisos II, III e VI do art. 8º da CR) das entidades sindicais e de sua consequente responsabilidade.

Para prover as condições de sua sustentabilidade econômica (inciso IV do art. 8º da CR e arts. 578 e 579 da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017), bem como a higidez das normas autônomas e autocompositivas resultado de sua negociação coletiva (já que serão chamadas processualmente a responder pela legalidade e validade desses atos, § 5º do art. 611-A da CLT, e seu natural risco de sucumbência, art. 791-A da CLT), as entidades sindicais deverão promover a efetividade dos direitos fundamentais de seus integrantes.⁵

Isso implica, como consequência em todo o processo de gestão e administração sindicais, (A) assegurar e fomentar à sua categoria maior participação na organização, gestão, administração e deliberações sindicais (essência dos princípios da liberdade sindical coletiva, individual e autonomia sindical, inciso I do art. 8º da CR, que informam a democracia interna participativa), (B) fomentar a efetiva participação no processo de reivindicação, deflagração, conclusão e aprovação da negociação coletiva

⁵ “Lembre-se de que, na compreensão dos direitos fundamentais, não se pode mais pensar apenas o velho direito de defesa, que objetivava garantir o particular contra as agressões do poder público. Na atualidade, o Estado tem um verdadeiro dever de proteger os direitos e, para tanto, está obrigado a editar normas de direito material que se dirigem sobretudo em relação aos sujeitos privados. Ao lado disso, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva concede o procedimento (técnica processual) realmente capaz de atender aos direitos, seja perante o Estado, seja perante os particulares.

A ideia de efetividade, conquanto de desenvolvimento relativamente recente, traduz a mais notável preocupação do constitucionalismo nos últimos tempos. Ligada ao fenômeno da juridicização da Constituição e ao reconhecimento e incremento de sua força normativa, a efetividade merece capítulo obrigatório na interpretação constitucional. Os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso”. (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, p. 246.)

(e seus instrumentos normativos como produto final) ou do dissídio de greve, garantindo-lhes, portanto, (C) maior formação, participação e liberdades cívicas efetivas dos trabalhadores no processo de autogestão, deliberação e autorregulamentação de seus interesses e direitos, enquanto sujeitos livres destinatários de suas próprias escolhas e responsabilidades na ordem jurídica (art. 1º do CC) e, portanto, (D) da própria validade e eficácia dos instrumentos normativos autônomos (ACT ou CCT) que atenderão às realidades e especificidades de suas demandas, inclusive (E) nas hipóteses em que o acordo coletivo prevalecerá sobre a convenção coletiva, ainda que esta última apresente norma mais favorável e/ou condição mais benéfica.

Implicará ainda, como novos paradigmas de modelo de gestão e administração sindicais, a procura, participação e entendimento direto das entidades sindicais com os organismos diretos de representatividade dos trabalhadores nas empresas (art. 11 da CR), como, por exemplo, as CIPAs (arts. 162 a 165 da CLT) e as Comissões de Representatividade dos Empregados (arts. 510-A a 510-D da CLT), esta última, inovação apresentada pela Lei 13.467/2017, cumprindo, pois, com seus deveres e responsabilidades legais (alíneas “b”, “c” e “d” do art. 514 da CLT), aumentando-se, pois, o responsável processo de gestão e participação democrática da categoria.

Ao final de todo esse processo, que se acredita que ocorrerá de forma lenta e gradual, afinal, muitas serão as dificuldades interpretativas e as naturais posições diferentes e divergentes, frutos da essência democrática do pluralismo de ideias, poderão as entidades sindicais, no exercício do cumprimento de seus deveres legais (incisos III e VI do art. 8º da CR e art. 514 da CLT), potencializarem a sua atuação (extrajudicial coletiva e individual) na real defesa dos direitos e interesses de sua categoria profissional.

Poderão servir (A) não só para a efetividade dos direitos sindicais fundamentais dos trabalhadores, mas, também e primordialmente, (B) para a efetividade de seus direitos materiais (*caput* do art. 7º da CR), (C) e de importantíssimo instrumento de redução dos elevados índices de litigiosidade na Justiça do Trabalho, cumprindo, assim, seu dever de colaboração com o Poder Público (alínea “a” do art. 514 da CLT), (D) como efetivos e adequados mecanismos alternativos de soluções extrajudiciais dos conflitos trabalhistas, que, inclusive, poderão ser submetidos à homologação jurisdicional (art. 652, “f” e arts. 855-B a 855-E da CLT, outra inovação apresentada pela Lei 13.467/2017), com o reforço da prévia e efetiva atuação sindical, (E) conferindo-se às relações e conflitos entre o capital e o trabalho maior segurança jurídica, social e econômica no trato sucessivo de suas relações normativas.

ABSTRACT

This study aims at an initial analysis, reflection and interpretation on the subject of the validity and effectiveness of collective normative instruments based on the 02 representative decisions of controversy of the Federal Supreme Court and, mainly, on the promulgation of Law 13.467/2017 (Law of Labor Reform).

Keywords: *Collective bargaining. Labor process. Perspectives and possibilities. Law 13.467/2017.*

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (Trad. Carlos Alberto de Oliveira). Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao prof. José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005. vol. I.

**CONEXÃO TELEMÁTICA E DESCONEXÃO VALORATIVA NO
TRABALHO - UMA CRÍTICA À REIFICAÇÃO DO TELETRABALHO
OPERADA PELA LEI N. 13.467/2017, NA PERSPECTIVA DA DIALÉTICA
MATERIALISTA DE KARL MARX**

***TELEMATIC CONNECTION AND VALUE-OFFICIAL AT WORK -
A CRITIQUE OF THE REIFICATION OF TELEWORKING OPERATED
BY THE LAW 13.467/2017, IN THE PERSPECTIVE OF THE
MATERIALIST DIALECTIC OF KARL MARX***

Bruno Alves Rodrigues*

RESUMO

Vivenciamos uma quadra de radicalização materialista marcada pela prevalência das coisas sobre o próprio homem, e a Lei 13.467/2017 acaba por consagrar, definitivamente, no Brasil, a reificação do trabalho humano. Trata-se da subtração da essência ética do trabalho, seguindo a lógica capitalista denunciada por MARX (2016), pela qual a força humana de trabalho em ação ou o trabalho humano cria valor, mas não é valor. Vem a ser valor, tornar-se valor, quando se cristaliza na forma de objeto.¹ Dentro dessa premissa é que a Lei 13.467/2017 visa a “depurar” o processo de produção de todo o tempo despendido pelo trabalhador que, apesar de voltar-se à viabilização da atividade econômica, não está diretamente atrelado à produtividade direta da mercadoria, à caracterização do “trabalho concreto”, no suposto que legitima a visão materialista de que o corpo da mercadoria que serve de equivalente passa sempre por encarnação de trabalho humano abstrato e é sempre o produto de um determinado trabalho útil, concreto.² No que tange ao teletrabalho, a proposta torna evidente a opção legislativa de se resguardar a tecnologia e seu uso produtivo, e não o trabalho humano empregado por meio da telemática. A verdadeira discriminação do teletrabalho, em relação ao trabalho tradicional, conta com o escopo muito preciso de sedimentar o desvalor do dado humano contido nessa espécie de labor, descompromissando-se a produção que faz uso de tecnologias de informação e de comunicação em relação a direitos trabalhistas historicamente consagrados, como aqueles referentes a normas de saúde e segurança ocupacionais (ergonomia), limite temporal de trabalho, alteridade

* Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Divinópolis, Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG, Doutorando em Direito pela UFMG.

¹ MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 73.

² MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 80.

no pagamento salarial e assunção de riscos empresariais (tangibilidade do salário por descontos decorrentes de despesas efetuadas para a própria viabilização da produção). Enfim, a opção legislativa atende à lógica de que o trabalhador se torna tanto mais pobre quanto mais riqueza produz, quanto mais a sua produção aumenta em poder e extensão. O trabalhador se torna mercadoria tão mais barata quanto mais mercadoria cria.³ (MARX, 2008).

Palavras-chave: Teletrabalho. Mercadoria. Reificação. Produção.

INTRODUÇÃO

A contemporaneidade tem sido marcada pela radicalização de uma onda niilista, na qual a essência das coisas, os valores, a moral e a própria ética sucumbem à relevância da matéria, da forma, da aparência e da mera técnica.

A sustentação do enlace comunitário migra progressivamente do sólido solo alicerçado em identidade principiológica e do reconhecimento humano a partir dos princípios da igualdade, liberdade e trabalho para um outro plano movediço, de mera afinidade costurada pelo frágil barbante de afinidades fugazes e efêmeras, ditadas pelo ter, e não pelo ser. Marcas, modismos, consumo e outras adjacências ao dado humano tentam promover uma conexão social fundada no mero plano da exterioridade, numa lógica de determinação ontológica da consciência individual e coletiva marcada pela passividade do sujeito em relação ao objeto.

Nessa quadra de radicalização materialista marcada pela prevalência das coisas sobre o próprio homem é que acompanhamos a discussão, no Senado Federal, após aprovação na Câmara dos Deputados, da Lei n. 13.467/2017, cujo texto acaba por consagrar, definitivamente, no Brasil, a reificação do trabalho humano, ou seja, uma produção que produz o homem não só como mercadoria, a mercadoria humana, o homem com caráter de mercadoria, mas o produz de acordo com esse caráter, como um ser desumano, seja espiritual, seja fisicamente.⁴ Enxerga-se a produção como um fim em si, ou, nas palavras de MARX (2004), produção por oposição aos produtores e sem olhar a estes; o verdadeiro produtor como simples meio para produzir; a riqueza material como fim em si; desenvolvimento da riqueza material às expensas do homem.⁵ Em outra passagem do *Capital*, elucida MARX (2016) que

³ MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 80.

⁴ MARX, Karl. *Capítulo VI inédito de o capital*. São Paulo: Centauro, 2004. p. 10, em citação ao próprio Marx (*Manuscritos econômico-filosóficos de 1844*, p. 242).

⁵ MARX, Karl. *Capítulo VI inédito de o capital*. São Paulo: Centauro, 2004. p. 28.

[...] a transformação do produto em mercadoria e do ser humano em produtor de mercadorias desempenham papel secundário, que vai se tornando importante à medida em que as comunidades entram em dissolução. [...] Fórmulas que pertencem, claramente, a uma formação social em que o processo de produção domina o homem, e não o homem o processo de produção, são consideradas pela consciência burguesa uma necessidade tão natural quanto o próprio trabalho produtivo.⁶

TELETRABALHO E MERCADORIA NA LEI 13.467/2017

O novo modelo de produção e de relação laboral que passa a ser regido pela Consolidação das Leis do Trabalho deixa claro que o bem jurídico tutelado pela legislação “trabalhista” deixa de ser o trabalho humano, enquanto valor, e passa a ser o próprio objeto produzido, a mercadoria, numa sobreposição da relevância desta em relação ao próprio dado humanitário. Trata-se da subtração da essência ética do trabalho, seguindo a lógica capitalista denunciada por MARX (2016), pela qual a força humana de trabalho em ação ou o trabalho humano cria valor, mas não é valor. Vem a ser valor, tornar-se valor, quando se cristaliza na forma de objeto.⁷

Dentro dessa premissa é que a Lei 13.467/2017 visa a “depurar” o processo de produção de todo o tempo despendido pelo trabalhador que, apesar de voltar-se à viabilização do trabalho, não está diretamente atrelado à produtividade direta da mercadoria, à caracterização do “trabalho concreto”, no suposto que legitima a visão materialista de que o corpo da mercadoria que serve de equivalente passa sempre por encarnação de trabalho humano abstrato e é sempre o produto de um determinado trabalho útil, concreto.⁸

Como melhor explica MARX (2008), em seus manuscritos, em uma outra perspectiva da desvalorização do “mundo dos homens”:

[...] o trabalhador se torna mercadoria tão mais barata quanto mais mercadoria cria. Com a valorização do mundo das coisas (*sachenwelt*) aumenta em proporção direta a desvalorização do mundo dos homens (*menschenwelt*). [...] O produto do trabalho é o trabalho que se fixou num objeto, fez-se coisa (*sachlich*), é a objetivação (*vergegenstandlichung*) do trabalho. A efetivação (*Verwirklichung*) do trabalho é a sua objetivação. Esta efetivação do trabalho aparece ao estado nacional-econômico como desefetivação (*Entwirklichung*) do trabalhador, a objetivação como perda do objeto e servidão ao objeto, a

⁶ MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 101-102.

⁷ MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 73.

⁸ MARX, Karl. *O capital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 80.

apropriação como estranhamento (*Entfremdung*), como alienação (*Entausserung*).⁹

Nessa linha de raciocínio, de sobreposição da relevância do trabalho concreto, efetivamente cristalizado em mercadoria em relação ao trabalho abstrato, é que a Lei n. 13.467/2017 procura desprezar: a) o tempo de deslocamento (horas *in itinere*) entre a casa do empregado e o local de trabalho, ainda que esse deslocamento ocorra em decorrência de situação atribuível ao empregador, ou seja, da decisão empresarial de manter a planta de produção em local de difícil acesso (vide § 2º do art. 58 da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017); b) o tempo de disponibilidade para solicitação dos serviços chamados “intermitentes” (vide art. 452-A da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017); c) o tempo de sobrejornada no serviço desempenhado por teletrabalho (inciso III do art. 62 da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017).

Observados os contornos deste trabalho científico, centraremos o foco do estudo na regulação proposta em relação ao chamado “teletrabalho”. Para a normatização dessa espécie de prestação de serviços, a Lei n. 13.467/2017 insere o seguinte capítulo na CLT:

CAPÍTULO II-A DO TELETRABALHO

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

⁹ MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 80.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. (grifamos)

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no *caput* deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. (grifamos)

Ainda acerca do teletrabalho, a Lei n. 13.467/2017 prevê expressamente que os empregados em regime de teletrabalho não são abrangidos pelo capítulo da CLT referente à duração do trabalho:

Art. 62

[...]

III - os empregados em regime de teletrabalho.

Enfim, a nova Lei consagra a possibilidade de relativização de todos os dispositivos legais que digam respeito ao teletrabalho, por meio de convenções ou acordos coletivos:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

[...]

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

A Lei n. 13.467/2017 torna evidente, assim, a opção legislativa de se resguardar a tecnologia e seu uso produtivo, e não o trabalho humano empregado por meio da telemática. A diferenciação normativa do teletrabalho, ou melhor dizendo, a verdadeira discriminação do teletrabalho, em relação ao trabalho tradicional, conta com o escopo muito preciso de sedimentar o desvalor do dado humano contido nessa espécie de trabalho humano, descompromissando-se a produção que faz uso de tecnologias de informação e de comunicação, em relação aos seguintes direitos trabalhistas historicamente consagrados:

- a) normas referentes à saúde e segurança ocupacionais (excludentes de normas imperativas de condições ergonômicas, por meio do art. 75-E);
- b) limite temporal de trabalho (excludente de limite de jornada de trabalho, por meio do art. 62, III),
- c) alteridade no pagamento salarial (admissão da remuneração variável sem condicionantes heterônomas, por meio do art. 611-A, incisos VIII e IX)
- d) assunção de riscos empresariais (tangibilidade do salário por descontos decorrentes de despesas efetuadas para a própria viabilização da produção, por meio do art. 75-D).

Fica evidente, assim, que, em vez de o ser humano se apropriar das inovações tecnológicas para otimizar a aplicação das normas de resguardo à dignidade do trabalho, ele opta por utilizar os recursos de telemática como excludente da imperatividade de direitos sociais historicamente conquistados.

A proteção à integridade física e psicológica dos empregados, suposto para a preservação da própria dignidade do trabalhador, passa a contar apenas com proteção formal, sustentada em mera declaração, por parte do próprio empregado, quanto às precauções que deve tomar, fragilizando a incidência de normas que previnem o infortúnio laboral, bem como as doenças ocupacionais. A gravidade dessa nova sistemática prevista na Lei n. 13.467/2017 assume proporções exponenciais, com potenciais endêmicos em termos de saúde pública e, por consequência, de desequilíbrio de contas previdenciárias, se se considerar que as doenças ocupacionais referentes a LER e DORT sempre estão situadas dentre as maiores causas de afastamento por doença do trabalho. A prevenção dessas doenças está intimamente ligada à imperatividade de normas ergonômicas, com necessária inspeção de postos de trabalho e efetiva fiscalização do cumprimento da legislação referente à saúde e segurança no trabalho, notadamente a NR 17 do Ministério do Trabalho. E, em se tratando de doenças decorrentes de esforço repetitivo, há que se considerar outro elemento de agravamento do nexo etiológico, a partir da intensificação da produção, por meio do controle eletrônico da produtividade.

Aliás, no que tange ao tempo de trabalho efetivamente despendido por meio do teletrabalho, a nova Lei ignora que a tecnologia permite um controle sobre a rotina do empregado exponencialmente superior ao mero controle de tempo à disposição por meio de registro de ponto (art. 4º da CLT). A tecnologia permite monitoramento, em tempo real, de tempo logado em sistemas operacionais, ou de efetivo serviço monitorado por ferramentas eletrônicas, bem como levantamento de produção e da produtividade

vinculadas aos sistemas de tecnologia. Não por outro motivo, esta foi a lógica orientadora da mudança de paradigma em relação à imperatividade do controle do trabalho de motoristas externos, desde o advento da Lei n. 12.619/2012, preconizando a Lei n. 13.103/2015 que:

Art. 2º São direitos dos motoristas profissionais de que trata esta Lei, sem prejuízo de outros previstos em leis específicas:

[...]

V - se empregados:

[...]

b) ter jornada de trabalho controlada e registrada de maneira fidedigna mediante anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, ou sistema e meios eletrônicos instalados nos veículos, a critério do empregador; e

[...]. (grifamos)

Quanto ao princípio da alteridade, a Lei n. 13.467/2017 acaba por viabilizar a transferência dos ônus e dos riscos empresariais para o empregado, admitindo que este possa dispor, em contrato individual - que a experiência comum revela ser notoriamente de mera adesão - sobre as responsabilidades na aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura.

CONCLUSÃO

Enfim, a opção legislativa de se retirar o teletrabalho do âmbito de imperatividade de normas tuitivas trabalhistas atende à lógica denunciada por MARX (2008) no sentido de que o trabalhador se torna tanto mais pobre quanto mais riqueza produz, quanto mais a sua produção aumenta em poder e extensão. O trabalhador se torna mercadoria tão mais barata quanto mais mercadoria cria.¹⁰

A Lei n. 13.467/2017 caminha na contramão da edificação de uma comunidade justa, eis que efetivamente se constata que o progresso tecnológico impulsiona progressiva migração do trabalho tradicional para essa nova modalidade de prestação de serviços, realidade que deveria sensibilizar o legislador para garantir o equilíbrio nessas novas relações de trabalho, e não instrumentalizar a técnica para consagrar o desvalor do trabalho humano, como efetivamente se constata.

¹⁰MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 80.

ABSTRACT

We live a time of materialistic radicalization marked by the prevalence of things about man himself, and the Law 13.467/2017 ends up definitively consecrating in Brazil the reification of human work. It is the subtraction of the ethical essence of labor, following the capitalist logic denounced by MARX (2016), by which the human labor force at work or human labor creates value but is not value. It comes to be value, to become value, when it crystallizes in the form of object. Within this premise, the Law 13.467/2017 aims to “debug” the production process of all the time spent by the worker, which, despite returning to the viability economic production, is not directly linked to the direct productivity of the merchandise, to the characterization of the “Concrete work,” in the assumption that it legitimates the materialist view that the body of the commodity that serves as an equivalent always passes through the incarnation of abstract human labor and is always the product of a certain useful, concrete work. Regarding teleworking, the proposal makes clear the legislative option of safeguarding technology and its productive use, and not the human work employed through telematics. The true discrimination of telework, in relation to traditional work, has a very precise scope of sedimenting the devaluation of the human data contained in this kind of labor, decomposing the production that makes use of information and communication technologies, in relation to rights Such as those related to occupational health and safety (ergonomics), time limitation of work, otherness in the payment of wages and assumption of business risks (tangibility of the salary for discounts resulting from expenses incurred for the production viability itself). Finally, the legislative option meets the logic that the worker becomes poorer the more wealth he produces, the more his production increases in power and extension. The worker becomes commodity as cheap as more merchandise creates (MARX, 2008).

Keywords: Telecommuting. Merchandise. Reification. Production.

REFERÊNCIAS

- MARX, Karl. *Capítulo VI inédito de o capital*. São Paulo: Centauro, 2004
- _____. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- _____. *O Capital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TUTELA EMPREGATÍCIA DIANTE DA REFORMA TRABALHISTA - LEI 13.467/17

CONSIDERATIONS REGARDING THE EMPLOYMENT GUARANTEE BEFORE THE LABOR REFORM - LAW 13.467/17

Andréa de Campos Vasconcellos*

RESUMO

O presente estudo apresenta de que modo a reforma trabalhista (Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017) ameaça a função tutelar do Direito do Trabalho, ao precarizar e flexibilizar direitos dos trabalhadores. Essa ameaça possibilita a retomada das relações primitivas de exploração do trabalho humano. Nesse contexto, ressalta-se a importância da atuação da Justiça do Trabalho para impedir tais efeitos, bem como o resgate, no âmbito sindical, dos ideais coletivos comprometidos com a classe trabalhadora.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Lei n. 13.467/2017. Flexibilização. Igualdade. Justiça do Trabalho.

O Direito do Trabalho surge com a Revolução Industrial, como produto do sistema capitalista, tendo como função precípua tutelar a relação empregatícia, que se diferencia das demais relações de trabalho, principalmente, pelo elemento subordinação, traduzido na CLT, art. 3º, como “dependência”.¹

Através das Leis emanadas do Estado, esta função pretende coibir abusos e exploração do trabalho pelo capital, uma vez que o empregado é considerado hipossuficiente em relação ao empregador. Assim, entre as décadas de 30 e 40 (fase da institucionalização do Direito do Trabalho, 1930-1943), foi construído todo o arcabouço normativo que visava a estabelecer as regras da relação apontada, definindo-se o Direito do Trabalho, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, como um ramo do Direito autônomo, maduro, com princípios e institutos próprios, leis específicas, além de jurisdição própria, dentre outros aspectos.²

* Bacharelada em Direito pela Faculdade Milton Campos em 1993. Advogada atuante. Pós-Graduada e Mestre em Direito Público e Instituições Políticas. Professora Coordenadora na Universidade Fumec. Coordenadora da Escola Superior de Advocacia e Gestora do Núcleo para Processo Judicial Eletrônico da Ordem dos Advogados do Brasil de Minas Gerais.

¹ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

² Vide obra da autora *Direito do trabalho na prática*. Belo Horizonte: RTM, 2017.

Com o passar dos anos e, ainda, com a modulação da sociedade aos apelos do mundo capitalista, a tendência é continuar o processo de evolução, sendo certo que as leis não alcançam a velocidade destas mudanças, principalmente com a rápida evolução tecnológica que produz formas alternativas de trabalho, por exemplo.

A modernização do Direito do Trabalho e adequação dos novos paradigmas sociais são fatos; porém, deve-se manter à vista sua função principal, qual seja: TUTELAR.

Com a Constituição Federal de 1988, o Direito do Trabalho no Brasil alcançou o seu ápice, reconhecendo os mesmos direitos aos trabalhadores urbanos e rurais, além da ampliação dos direitos aos trabalhadores domésticos (mais recentemente a LC 150/15)³, privilegiando, ainda, a atuação sindical, valorizando acordos e convenções coletivas.

A partir da década de 90, com a crise econômica mundial se agravando e seus reflexos na economia nacional, passamos por um processo de desregulamentação do Direito do Trabalho, por meio da precarização das condições de trabalho, achatamento de salários, perda da força sindical, além da implementação exagerada da terceirização a qualquer preço.

Tem-se então a compreensão de que o trabalho assalariado inclui não só o trabalhador produtivo, mas também outras categorias profissionais, conforme preleciona Ricardo Antunes:

Uma noção ampliada da classe trabalhadora inclui, então, todos aqueles que vendem sua força de trabalho em troca de salário, incorporando, além do proletariado industrial, dos assalariados do setor de serviços, também o proletariado rural, que vende sua força de trabalho para o capital.⁴

O que observamos na última década no Brasil é que a distribuição de riqueza também apresenta elevado grau de concentração, apesar de a distribuição de renda e da participação na arrecadação de impostos ter alcançado fatia maior da população. Conforme relatório de distribuição de renda⁵, apenas 8,4% da população se apropriam de 59,4% da riqueza no Brasil. A partir disso, a principal conclusão é que a concentração de renda e riqueza entre os mais ricos é substancial. Em média, o 1% mais rico acumula 14% da renda declarada no IRPF e 15% de toda a riqueza.

³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm>. Acesso em: 06 ago. 2017.

⁴ ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2009, p. 103.

⁵ Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/distribuicao-pessoal-da-renda-e-da-riqueza-da-populacao-brasileira/relatorio-distribuicao-da-renda-2016-05-09.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

Por consequência, tamanha desigualdade no topo da distribuição de renda tende a limitar a igualdade de oportunidades na sociedade. Baixos salários não levam ao consumo, não geram circulação de riquezas, portanto, pode ser um inibidor do crescimento econômico.

Urge, portanto, a necessidade de se propor uma Reforma Trabalhista, que acabou por acontecer com a aprovação, em 13 de julho de 2017, da Lei n. 13.467.⁶

Referida Reforma veio trazendo o lema “nenhum direito a menos, muitos empregos a mais”⁷; porém, não houve nenhum estudo prévio dos impactos desta Reforma e suas consequências a partir das mudanças no texto da Lei, e sequer houve debate entre os atores envolvidos, principalmente com a classe trabalhadora.

Analisando os dispositivos ora aprovados, constatamos que a função tutelar do Direito do Trabalho, mencionada no início deste texto, tende a perder o sentido, principalmente pela redação dos dispositivos que destacamos abaixo:

Art.8º [...]

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

§ 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.

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

Art. 444. [...]

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.⁸

⁶ Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Lei-13467-2017.htm>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

⁷ Frase dita pelo Presidente da República Michel Temer no seu discurso após a aprovação da Lei em Rede Nacional de Televisão. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,nenhum-direito-a-menos-muitos-empregos-a-mais,70001888065>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

⁸ Redação a partir da Lei n. 13.467/17.

Em outras palavras, o princípio da intervenção mínima e a valorização das negociações coletivas são tudo o que se espera de uma sociedade democrática, contanto que essa mesma sociedade esteja madura e as organizações coletivas bem estruturadas, o que não é o caso em questão.

De acordo com o professor Mauricio Godinho Delgado⁹, “[...] todo Direito, enquanto instrumento de regulação de instituições e relações humanas, atende a fins preestabelecidos em determinado contexto histórico.” O Direito do Trabalho se configura desta forma e tende a acompanhar a evolução da sociedade, porém, sem perder a sua função que é restringir “[...] o livre império das forças de mercado na regência da oferta e da administração do labor humano.”

No entanto, é crível que algumas classes de trabalhadores já alcançaram um patamar de negociação contratual em face de sua especialização, em que os contratos de trabalho podem ser estabelecidos, sem perder o viés diretivo, dentro de um consenso, deixando o traço de “adesão” que se estabelece nas classes trabalhadoras de um modo geral.

Assim, como “o Direito é para todos”, impossível se estabelecer possibilidades de pactuar considerando a maioria dos trabalhadores reféns do sistema capitalista, atores e vítimas ao mesmo tempo, pois o que lhes restam são apenas as sobras de um esforço sobre-humano e um lucro invisível.

Orlando Gomes já menciona a questão do expansionismo do Direito do Trabalho, quando assevera que esta tendência contemporânea se explica essencialmente pelo seguinte fato:

O Direito do Trabalho é uma legislação de proteção aos economicamente débeis. [...].

E acrescenta:

O expansionismo do Direito do Trabalho é uma realidade viva na legislação, desde que esta não queira divorciar da outra realidade dinâmica, que está na infraestrutura da vida econômica e social.¹⁰

Em pesquisa recente, Hoffmann identificou que:

A recessão está empurrando cada vez mais brasileiros para a pobreza. No primeiro trimestre deste ano, o número de trabalhadores que ganham menos

⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 53.

¹⁰ GOMES, Orlando; Gomes. GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.33.

de um salário mínimo (R\$ 880,00) chegou a 23,4% da população economicamente ativa (PEA). Em 2012, eram 19,4%. Mas não é só isso: todas as faixas de pobreza inflaram desde então. Isso significa que a crise econômica e o desemprego jogaram na informalidade um em cada quatro trabalhadores brasileiros.¹¹

Ou seja, estamos falando de flexibilização de direitos e liberdade nas contratações entre pessoas que não têm sequer emprego digno, estão no subemprego. A adequação das normas ao *status quo* social não dispensa a atuação do Estado como regulador destas relações. De acordo com a professora Vólia,

[...] flexibilizar pressupõe a manutenção da intervenção estatal nas relações trabalhistas estabelecendo as condições mínimas de trabalho, sem as quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade (mínimo existencial), mas autorizando, em determinados casos, exceções ou regras menos rígidas, de forma que possibilite a manutenção da empresa e dos empregos.¹²

É fato que, se a classe trabalhadora perder a possibilidade de pactuar sua força de trabalho, e é inegável que a grande maioria não tem como fazê-lo senão através da Lei, a justiça social¹³ deixa de existir, em nome da procura da eficiência e do lucro.

Assim, corrobora o professor Mauricio Godinho quando afirma que:

À medida que o contrato empregatício desponta como principal veículo de conexão do indivíduo à economia, seu ramo jurídico regulador - o Direito do Trabalho - torna-se um dos mais eficientes e genéricos mecanismos de realização da justiça social no sistema capitalista.¹⁴

Portanto, pela análise ora realizada, percebe-se que, a partir da vigência da Lei n. 13.467/17, caso não haja insurgência contra alguns dispositivos alterados, a exemplo dos arts. 8º e 444 da CLT, a função tutelar

¹¹ Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2016/07/12/internas_economia,539871/cerca-de-23-da-populacao-ganham-menos-que-o-salario-minimo.shtml>. Acesso em: 04 ago. 2017.

¹² CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 33.

¹³ Como conceito, a justiça social parte do princípio de que todos os indivíduos de uma sociedade têm direitos e deveres iguais em todos os aspectos da vida social. Isso quer dizer que todos os direitos básicos, como a saúde, educação, justiça, trabalho e manifestação cultural, devem ser garantidos a todos. Disponível em: <brasile scola.uol.com.br/sociologia/justica-social.htm>.

¹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Direito do trabalho e inclusão social: o desafio brasileiro. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Org.). *Trabalho e movimentos sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 18.

do Direito do Trabalho deixará de existir e, como finalidade, o próprio Direito do Trabalho, retornando, a médio e longo prazos, às relações mais primitivas de exploração do trabalho humano.

Resta-nos a esperança na Justiça do Trabalho, que ainda tem amparo legal que assegura a sua atuação, a exemplo dos artigos abaixo transcritos:

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.

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

Art. 794 - Nos processos sujeitos à apreciação da Justiça do Trabalho só haverá nulidade quando resultar dos atos inquinados manifesto prejuízo às partes litigantes.

Por derradeiro, acreditamos na possibilidade de resgate dos ideais coletivos dos sindicatos que se perderam, ao longo das últimas décadas, no discurso político-partidário, rompendo o seu compromisso com a classe trabalhadora, e que pode e deve dar o suporte devido aos seus representados.

ABSTRACT

The present study shows how labor reform (Law 13467 of July 13, 2017) threatens the tutelary function of Labor Law, by precariousness and flexibility of workers' rights. This threat makes it possible to resume the primitive relations of exploitation of human labor. In this context, the importance of the work of the Labor Court to prevent such effects, as well as the rescue, within the trade union sphere, of collective ideals committed to the working class.

Keywords: Labor Law. Law n. 13467/2017. Flexibilization. Equality. Labor Court.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2009.
- BRASIL, 2015. LEI COMPLEMENTAR N. 150, DE 1º DE JUNHO DE 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis n. 8.212, de 24 de julho de 1991, n. 8.213, de 24 de julho de 1991, e n. 11.196, de 21 de

- novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei n. 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm>. Acesso em: 06 ago. 2017.
- BRASIL, 2017. LEI N. 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Lei-13467-2017.htm>>. Acesso em: 06 ago. 2017.
 - BRASIL. Relatório da Distribuição Pessoal da Renda e da Riqueza da População Brasileira. Secretaria de Política Econômica. Maio de 2016. Disponível em: <<http://www.spe.fazenda.gov.br/noticias/distribuicao-pessoal-da-renda-e-da-riqueza-da-populacao-brasileira/relatorio-distribuicao-da-renda-2016-05-09.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2017.
 - CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.
 - COSTA, Armando Cassimiro; FERRARI, Irany; MARTINS, Melchiádes Rodrigues. *Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.
 - DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.
 - _____. Direito do trabalho e inclusão social: o desafio brasileiro. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira (Org.). *Trabalho e movimentos sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
 - GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
 - KAFRUNI, Simone. Cerca de 23% da população ganham menos que o salário mínimo. Correio Brasiliense. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2016/07/12/internas_economia,539871/cerca-de-23-da-populacao-ganham-menos-que-o-salario-minimo.shtml>. Acesso em: 04 ago. 2017.
 - RODRIGUES, Lucas de Oliveira. “Justiça social”; Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/justica-social.htm>>. Acesso em: 06 ago. 2017.
 - TEMER, Michel. Nenhum direito a menos, muitos empregos a mais. O Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,nenhum-direito-a-menos-muitos-empregos-a-mais,70001888065>>. Acesso em: 06 ago. 2017.
 - VASCONCELLOS, Andréa de Campos. *Direito do trabalho na prática*. Belo Horizonte: RTM, 2017.

**DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA
INTERNACIONAL: CONTRIBUIÇÕES PARA UMA APLICAÇÃO
(CRIATIVA) DA TEORIA DO CONTROLE JURISDICIONAL DE
CONVENCIONALIDADE E DE LEGALIDADE DAS LEIS TRABALHISTAS**

***DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX DANS LA PERSPECTIVE
INTERNATIONALE: CONTRIBUTIONS À L'APPLICATION (CRÉATIVE)
DE LA THÉORIE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL DE LA
CONVENTIONALITÉ ET DE LA LÉGALITÉ DES LOIS DU TRAVAIL***

Tarcísio Corrêa de Brito*

A legislação infraconstitucional, quando da primeira compatibilidade vertical material (compatibilidade da norma com a Constituição), deverá observar, além dos direitos expressos na Constituição, também os direitos que nela se encontram implícitos. Tais direitos implícitos, não obstante de difícil visualização apriorística, também limitam a produção do direito neste desdobramento da primeira etapa da compatibilização vertical material. Os direitos implícitos no texto constitucional, também chamados de direitos decorrentes, provêm ou podem vir a provir do regime ou dos princípios adotados pela Constituição. E aqui teríamos então mais uma subdivisão: (a) a obediência ao direito implícito proveniente do regime adotado pela Carta; e (b) a obediência ao direito implícito decorrente dos princípios constitucionais por ela adotados.

(MAZZUOLI. *Teoria geral do controle de convencionalidade*. 2009. p. 125.)

El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento

* Juiz do Trabalho do TRT3 desde 1998. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá, 2002; Mestre em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da UFMG, 2002; Mestre em relações internacionais, opção política internacional pela Universidade de Paris II, Panthéon-Assas, 2004; Estudos doutorais em Direito Internacional Público pela Universidade de Paris II, Panthéon-Assas, 2004-2010.

de la existencia de las normas , esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar principio de estricta legalid (o de legalidad sustancial). O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no sólo formales sino sustanciales impuestos por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones. [...] las condiciones sustanciales de validez de la leyes, que en el paradigma premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleopositivista fueron desplazadas por el principio puramente formal de la validez como positividad, penetran nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la legislación.

(FERRAJOLI. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 2007. p. 83.)

RESUMO

A atual reforma trabalhista brasileira impõe ao intérprete, na conformação da norma legal ao sistema constitucional protetivo dos direitos fundamentais sociais, considerar o alcance e os limites de uma teoria do controle de convencionalidade das leis, preservando as conquistas do Estado democrático social de direito. A jurisprudência atual poderá oferecer indicações para uma reconstrução dos direitos sociais à luz do ordenamento jurídico internacional.

Palavras-chaves: Direitos sociais internacionais. Teoria do controle de convencionalidade das leis. Vedação do retrocesso social. Patamar mínimo civilizatório. Interpretação *pro homine*. Eficácia horizontal dos direitos humanos.

INTRODUÇÃO

Para compreender o alcance da Reforma Trabalhista introduzida pela Lei n. 13.467/2017, é necessário perceber que “[...] a verdade sobre o mundo não pode ser contida numa única filosofia ou num único sistema de ideias.”¹ Na verdade, encontramos-nos imersos em uma sociedade

¹ John Gray complementa essa ideia afirmando que sente temor e suspeita de qualquer projeto, de natureza intelectual ou política, que objetiva unificar e harmonizar o pensamento humano ou a vida humana em um único sistema. *In* SPITZCOVSKY, 2016, p. 114. “O que não percebermos é que muitas das ideias que hoje são tidas como novas, originais e promissoras, na verdade foram desenvolvidas 50, cem ou 150 anos atrás, e eram de fato, na época, erros, mitos ou falácias.” *Ibidem*, p. 118. “O dinheiro hoje parece atingir as pessoas num nível irracional,

pós-democrática², singular e fragilmente inclusiva.³ Como já tivemos a oportunidade de discutir em outro estudo, um Estado de direito substancial pressupõe a adesão a um conjunto de princípios e de valores que se beneficiam de uma consagração jurídica explícita, na confluência entre a necessidade de segurança jurídica, na perspectiva neoliberal, e o reconhecimento dos direitos fundamentais que demandam a devida proteção⁴, a serviço da coesão social⁵ e da materialização das promessas da modernidade, em todos os domínios da atividade jurisdicional.

sendo inadmissível qualquer argumentação que passeie por fora de sua constatação como um dogma, um fato irrefutável, uma condição *sine qua non* da existência humana. Isso parece mostrar que o crimatocentrismo (centrismo no dinheiro) teria uma conexão muito forte com uma postura atual definida pelo Dicionário Oxford como pós-verdade (*post-truth*). Eleita a palavra do ano de 2016, a pós-verdade é definida como 'relativa à circunstância em que fatos objetivos são menos importantes e têm menos importância para emplacar na opinião pública do que o apelo emocional e as crenças pessoais.' (tradução livre) (*Oxford Dictionaries*, 2017)." RIBEIRO, 2017, p. 78.

² BAUMAN, 2016, p. 166 e ss. Para o autor, entre os efeitos que caracterizam a pós-democracia podem ser listados: a desregulamentação, enquanto fenômeno generalizante; a insipiente participação dos cidadãos na vida política; o retorno ao liberalismo econômico; o declínio do Estado de bem-estar social; a prevalência de *lobbies*, o que aumenta o poder privado e conduz a política na direção por eles desejada; o *show business* na política, quando técnicas de propaganda são empregadas para produzir consenso; a redução de investimentos públicos; e a preservação dos aspectos formais da democracia. *Ibidem*, p. 167-168.

³ "Le contradiction au sein du salariat ne peuvent plus être considérées comme secondaire. Cadres et fonctionnaires ont effectivement intérêt à ce que le travail peu qualifié devienne moins coûteux et plus flexible pour que leur femme de ménage, leur pavillon de banlieue ou leurs repas au restaurant coûtent moins cher." DUVAL, 2003, p. 138. "La transformation et le démontage de l'État social sont la conséquence directe d'une politique économique orientée vers l'offre, visant à la fois à déréguler les marchés, à réduire les subventions et à améliorer les conditions de l'investissement, tendance liée à une politique anti-inflationniste ainsi qu'à une baisse des impôts directs, à la privatisation des entreprises publiques et à d'autres mesures du même type. Or, en mettant fin au compromis de l'État social, on fait resurgir les crises qu'il avait permis de contenir. D'où l'apparition des frais sociaux qu'une société libérale risque d'être incapable de supporter. Les indicateurs signalant l'augmentation de la pauvreté et de la précarité sociale, liées à la disparité croissante de revenus, sont sans ambiguïté; on ne saurait non plus méconnaître les tendances à la désintégration sociale. [...] Or, une telle désolidarisation détruira inévitablement, à plus long terme, la culture politique libérale sans laquelle les sociétés à Constitution démocratique ne peuvent guère développer l'universalisme qui les caractérise." HABERMAS, 2003, p. 28-29. "Se lançarmos um olhar em torno do mundo no final do século XX, podemos ver razão para otimismo e pessimismo mais ou menos em igual medida. A expansão da democracia é um exemplo relevante. A julgar pelas aparências, a democracia é uma flor frágil. Apesar de sua difusão, regimes opressivos abundam, enquanto direitos humanos são rotineiramente ludibriados em estados do mundo todo. [...] Nosso mundo em desgoverno não precisa de menos, mas de mais governo - e este, só instituições democráticas podem prover." GIDDENS, 2000, p. 90-91.

⁴ BRITO, 2004, p. 76.

⁵ "[...] ao definir seus próprios limites de alteração, o Direito confere legitimidade ao conjunto das relações de propriedade, assegurando, no limite, a própria existência das relações de produção capitalistas." *In*: AVRITZER, 2013, p. 419.

No contexto da Reforma, pode-se perceber que os desafios sociais que hoje se apresentam, como reflete Marcelo Braghini em seu diálogo com Roberto Lyra Filho, exigem e exigirão “respostas inovadoras do sistema de normatização das condutas sociais”⁶, inspirando-se no artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 que exorta os Estados-partes a estabelecer melhores condições de trabalho justas e favoráveis, tanto assegurando uma existência decente aos trabalhadores e aos membros de suas famílias⁷ quanto “igualizando” situações sociais desiguais.

Nessa gramática dos direitos humanos contemporâneos, como nos ensina Valerio Mazzuoli, esses direitos, enquanto considerados o núcleo-chave da normatividade pós-moderna, impõem que todas as normas vigentes interna e internacionalmente sejam interpretadas em conformidade com os direitos humanos, a partir, inclusive, da construção jurisprudencial dos tribunais internacionais enquanto *res interpretata*.⁸ Nessa ordem de ideias, afirmar que o Direito do Trabalho é a condição de possibilidade da existência formalizada do direito fundamental ao trabalho digno⁹ e decente significa concordar com Gabriela Delgado, no sentido de que:

[...] considerando o prisma da dignidade do trabalho é que o homem trabalhador revela a riqueza de sua identidade social, exercendo sua liberdade e a consciência de si, além de realizar, em plenitude, seu dinamismo social, seja pelo desenvolvimento de suas potencialidades, de sua capacidade de mobilização ou de seu efetivo papel na lógica das relações sociais e coletivas.¹⁰

Desde o Parecer Consultivo n. 18/2003, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) reconheceu que a obrigação de respeito e de garantia dos direitos humanos projeta seus efeitos na relação trabalhista privada, na qual o empregador e os tomadores de serviços devem respeitar os direitos humanos de seus trabalhadores e de todos aqueles que lhes prestam serviços. Dessa maneira, acabam por ser resguardados os direitos de liberdade, de privacidade e da dignidade da pessoa¹¹, na tensão entre os

⁶ BRAGHINI, 2017, p. 36.

⁷ MAEDA, 2017, p. 57.

⁸ MAZZUOLI, 2017, p. 36-37.

⁹ DELGADO, 2015, p. 27.

¹⁰ *Ibidem*, p. 2.011

¹¹ “No Brasil, a dignidade da pessoa humana figura como ‘fundamento da República’, no artigo 1º, inciso III, da Constituição brasileira. O princípio já foi apontado pela nossa doutrina como o ‘valor supremo da democracia’, como a ‘norma das normas dos direitos fundamentais’, como o ‘princípio dos princípios constitucionais’, como o ‘coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana’. O reconhecimento da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana é recorrente na jurisprudência brasileira, tendo o STF afirmado que se trata do

direitos fundamentais específicos dos trabalhadores e os direitos fundamentais inespecíficos (que preservam a noção de cidadania na empresa).

Como forma de implementação dessas garantias nos Estados, sabe-se que as normas internacionais do trabalho (NITs), aprovadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1919, e os tratados de direitos humanos *lato sensu* podem ser aplicados no ordenamento jurídico nacional em variadas perspectivas. Podem ser utilizados, por exemplo, para solucionar um litígio diretamente, no caso de lacunas legislativas, axiológicas e ontológicas; como norma mais favorável na interpretação *pro homine* proposta pelo artigo 29 do Pacto de São José da Costa Rica de 1969; e como instrumentos para invalidação de um dispositivo interno incompatível, quando incorporados sob a égide dos §§ 2º e 3º do artigo 5º da CF/88, o último introduzido no texto constitucional por intermédio da EC 45/04.

A expansão axiológica do Direito é um dos objetivos dos princípios gerais que permeiam as Constituições contemporâneas, inclusive a Constituição do Brasil de 1988, que assinala, no plano jurídico, a passagem política do regime autoritário militar para a democracia. Por esta razão, a Constituição brasileira de 1988, como Constituição programática, não se limitou a distribuir competências e garantir direitos. Caracteriza-se pela substantiva incorporação de princípios gerais, voltados para indicar um sentido de direção que a Constituição busca imprimir à sociedade brasileira. (LAFER. *A internacionalização dos direitos humanos*. 2005. p. 13.)

Deve-se atentar para o fato de que, desde a Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, de 23 de novembro de 2007, a relevância quanto ao tema da aplicação das normas internacionais do trabalho

‘verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país’. E são cada vez mais frequentes as decisões judiciais que invocam o princípio da dignidade da pessoa humana. Só no Supremo, por ocasião da finalização da 2ª edição desta obra, eram nada menos do que 315 acórdãos, 2.940 decisões monocráticas e 89 decisões da Presidência invocando o princípio. No STJ, por sua vez, foram 934 acórdãos e 28.544 decisões monocráticas. Essas cifras são ainda pálidas quando comparadas aos números espantosos do TST: nessa corte superior, há menção à ‘dignidade humana’ ou à ‘dignidade da pessoa humana’ em nada menos que 103.372 acórdãos e 8.003 decisões monocráticas! Isso corresponde a quase 4% de todas as decisões proferidas pelo referido tribunal, disponíveis no seu sítio eletrônico de pesquisa. Essa importância atribuída à dignidade da pessoa humana no Brasil e no constitucionalismo global deve ser saudada como sinal de avanço civilizatório. Afinal, trata-se de princípio profundamente humanista, baseado na valorização da pessoa e comprometido com a garantia dos seus direitos básicos contra todas as formas de injustiça e de opressão. Portanto, é promissor que tal princípio tenha passado a desempenhar papel de destaque nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.” SARMENTO, 2016, p. 14-15.

já havia sido reconhecida, considerando-se os Enunciados n. 3¹² e 16, I¹³, aprovados naquela ocasião.

Ademais, a jurisprudência trabalhista já vinha problematizando o tema, como se observa no voto de relatoria do Ministro Vieira de Mello do TST, no processo TST-RR-772-2007-019-12.00.5 (24/2/2012), quando, ao analisar a aplicação pelo ordenamento jurídico interno brasileiro das normas internacionais de proteção aos direitos humanos, afirmou o Ministro Relator que, embora ainda não fosse habitual a utilização de normas de direito internacional como causa de pedir nas ações trabalhistas, ou como fundamento de sentenças e de acórdãos proferidos, encontrava-se consagrada a sua aplicabilidade para a solução das controvérsias judiciais no âmbito interno brasileiro. Reafirmou, inclusive, que as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), referentes à integração ao ordenamento jurídico nacional do Pacto de São José da Costa Rica, consolidaram o reconhecimento da relação de interdependência existente entre a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica internacional, implicando a incorporação à legislação interna das normas internacionais então ratificadas, de acordo com os processos legislativo e constitucional vigentes.

Igualmente, o Ministro Lélvio Bentes Corrêa do TST tem sido enfático defensor da aplicação das convenções da OIT na realidade do direito do trabalho brasileiro, como se observa na fundamentação do RR 50300-60.2004.5.23.0001, de sua Relatoria, publicado no DEJT de 28 de outubro de 2011.

Com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista instrumentalizada pela Lei n. 13.467/17, em novembro de 2017, torna-se necessário abordar o tema dos direitos sociais internacionais como parâmetro para o potencial

¹² 3. FONTES DO DIREITO - NORMAS INTERNACIONAIS. I - FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES DA OIT NÃO RATIFICADAS PELO BRASIL. O direito comparado, segundo o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, as convenções da Organização Internacional do Trabalho não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como fontes do direito do trabalho, caso não haja norma de direito pátrio regulando a matéria. II - FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT. O uso das normas internacionais emanadas da Organização Internacional do Trabalho constitui-se em importante ferramenta de efetivação do Direito Social e não se restringe à aplicação direta das convenções ratificadas pelo país. As demais normas da OIT, como as convenções não ratificadas e as recomendações, assim como os relatórios dos seus peritos, devem servir como fonte de interpretação da lei nacional e como referência a reforçar decisões judiciais baseadas na legislação doméstica.

¹³ 16. SALÁRIO. I - SALÁRIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Os estreitos limites das condições para a obtenção da igualdade salarial estipulados pelo art. 461 da CLT e Súmula n. 6 do Colendo TST não esgotam as hipóteses de correção das desigualdades salariais, devendo o intérprete proceder à sua aplicação na conformidade dos artigos 5º, *caput* e 7º, inciso XXX, da Constituição da República e das Convenções 100 e 111 da OIT.

exercício do controle de convencionalidade ou de supralegalidade da referida legislação “inovada”, resgatando, do ponto de vista doutrinário, os ensinamentos de Valério Mazzuoli na matéria.

Afinal, imersa em um efetivo pluralismo jurídico, a análise dos novos dispositivos da CLT ensejará um constante diálogo das fontes, considerando-se que a legislação trabalhista não pode ser interpretada como um *outsider* dos ordenamentos jurídicos nacional e internacional, negligenciando as contribuições do direito constitucional, do direito civil, do direito internacional público e do direito internacional privado para a compreensão do alcance e dos limites discursivos de seus dispositivos. Ademais, a própria Reforma impõe considerar que a regulamentação do mundo do trabalho, a partir de novembro de 2017, conviverá com uma variabilidade de formas heteronormativas e autocompositivas de produção normativa (legislação, acordo individual, deliberações das comissões de empresa, acordos coletivos, convenções coletivas e dissídios coletivos) que deverão ser harmonizadas e compatibilizadas por obra do intérprete judicial.

Por certo, e, principalmente, a legislação trabalhista não pode ser apreendida fora do contexto de inserção do Brasil na sociedade internacional de Estados, bem assim de todas as regras jurídicas vigentes no ordenamento jurídico internacional que impactam e pautam a conduta dos negócios públicos e privados¹⁴ *in terrae brasilis*. Previsibilidade e segurança jurídica nas decisões impõem o amadurecimento da argumentação e o aperfeiçoamento da *obter ratio decidendi* dos julgados, o que é necessário à conservação do próprio sistema como um todo e não o silêncio ensurdecido do aplicador que não interpreta, sob o pretexto de ignorar, sem a problematização devida, o contexto e os pressupostos nos quais a pretendida modernização das relações do trabalho encontra-se inserida.

Para tanto, o presente estudo propõe analisar a doutrina referente aos direitos humanos e aos direitos sociais internacionais, para, esboçando os contornos gerais de uma teoria de controle de convencionalidade, tal como proposta por Valério Mazzuoli, apresentar a problematização da jurisprudência atual dos tribunais nacionais sobre o tema.

¹⁴ Ao longo de décadas, é inegável perceber que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a legislação esparsa incorporaram inúmeros direitos e princípios que tiveram sua origem na consolidação do direito do trabalho, por intermédio da iniciativa política e normativa da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Para Mauricio Godinho o texto constitucional deveria assegurar: normas constitucionais em geral - previsão de um rol mínimo de disposições fundamentais em matéria trabalhista - artigo 7º da CF/88; normas de tratados e de convenções internacionais - expressando um patamar civilizatório próprio do mundo ocidental; e as normas legais infraconstitucionais que devem assegurar patamares de cidadania ao indivíduo que trabalha. BRAGHINI, 2017, p. 40.

Ainda que se discuta que os direitos sociais não estejam protegidos como cláusulas pétreas na Constituição Federal de 1988¹⁵, a teor do § 4º do artigo 60 do texto constitucional, é inegável que o Título I da mesma Carta Política estabelece a dignidade do ser humano como fundamento da República, bem assim o valor social do trabalho, o estabelecimento de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, indicando que os direitos fundamentais sociais integram a essência da concepção de estado acolhida pela Constituição.

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou defesa - *Abwehrrecht*) mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*). [...] A análise desse elenco (artigo 7º da CF/88) de direitos sugere que o constituinte definiu a estrutura básica do modelo jurídico da relação de emprego com efeitos diretos sobre cada situação concreta. [...] Nesses casos, não se pode falar, *a priori*, em um direito subjetivo em face do empregado, mas, mais precisamente, de deveres de proteção que devem ser satisfeitos e implementados pelo legislador e pela administração. É possível que tais deveres estejam a reclamar continuamente normas de organização e procedimento.¹⁶

É importante recordar-nos de que Konrad Hesse reconhece que a essência da norma constitucional concretiza-se, necessariamente, na realidade, enquanto pretensão de eficácia, de acordo com as concepções sociais de concreção e de valoração que influenciam no aclaramento e na conformação das regras do ordenamento jurídico. A Constituição, nessa concepção, passa a representar a “ordem geral objetiva” do complexo de relações de vida, pautando-se a hermenêutica pelo princípio da ótima

¹⁵ Flávia Piovesan, na visão de Braghini, chega a destacar a topografia constitucional (simbólica) dos direitos fundamentais, que, elevados à condição de cláusulas pétreas, possibilitam modelar e definir os limites do poder institucionalizado “[...] definindo, de modo paradigmático, a construção orgânica do Estado subsequente, algo semelhante ao que ocorre com o direito do trabalho ao expressar a natureza de indisponibilidade das normas de proteção do trabalhador, conteúdo mínimo do contrato de trabalho expresso por meio de condições do trabalho, que passam ao largo da liberdade de contratar das partes, e precedem a própria disciplina do contrato de trabalho [...]”. BRAGHINI, 2017, p. 39. “Os direitos humanos, com lastro nos valores universais da dignidade da pessoa, liberdade, igualdade e fraternidade que figuram como conquistas históricas definitivas da humanidade, reclamam uma tutela vigorosa. Relativamente aos direitos econômicos, sociais e culturais se exige ainda uma realização sempre progressiva, razão pela qual acerca destes direitos não se pode admitir o retrocesso.” MURADAS, 2010, p. 126.

¹⁶ MENDES, 2012, p. 678-695.

concretização da norma, para além da mera subsunção lógica e da reconstrução conceitual.

É nesse contexto, aliás, que dois parâmetros devem ser apreendidos para nortear a atividade judicial: (a) a garantia de um padrão mínimo social aos cidadãos ou a preservação de um patamar mínimo civilizatório; e,

(b) a preservação do direito do favor *libertatis*, quando se procura maximizar e otimizar a força expansiva e a eficácia dos direitos fundamentais em seu conjunto, em função dos valores que os informam.

Chega-se, assim, à necessidade de garantia da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no plano das relações jurídico-privadas, objetivando-se, como já afirmado por Perez Luño, manter a plena vigência dos valores incorporados nos direitos fundamentais, em todas as esferas do ordenamento jurídico internacional e nacional, em busca da coerência interna e externa da ordem jurídica interestatal. Afinal, o exercício do poder empregatício é, de fato, o exercício de um poder social com relevância jurídica, diante do papel social da empresa e da valorização do trabalho como fundamento constitucional da ordem econômica e do Estado de direito, na concretização da norma protetora. Essa matriz disciplinar valorativa é padrão tanto para a construção de uma jurisprudência em conformidade com a Constituição e com o ordenamento jurídico internacional, no qual o Estado encontra-se inserido, quanto para a instrumentalização, formal e materialmente vinculativa, da *práxis* dos Poderes Legislativo e Executivo.

Lanço, desde já, à reflexão o seguinte fragmento das reflexões de Lênio Streck, em sua leitura de Ronald Dworkin:

[...] quando mais de uma solução se apresentar a partir de uma dada “conduta interpretativa”, o juiz deverá optar pela interpretação que, do ponto de vista da moral política, melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade, ou seja, a que melhor represente o direito histórico e o direito vigente, sendo que esta seria, assim, a resposta concreta para o caso concreto.¹⁷

Caso contrário, que ressoe o alerta de Guimarães Feliciano quando enfatiza:

A hipótese de um Poder Judiciário não criativo, com um corpo de magistrados que apenas repita os textos de lei e adapte a vontade histórica do legislador aos casos concretos, em modo de pura subsunção formal, não atende aos pressupostos políticos do Estado Democrático de Direito. Sob tais circunstâncias, torna-se irrelevante a maior ou menor acessibilidade à população (instrumental ou sociologicamente). A Magistratura torna-se incapaz

¹⁷STRECK, 2012, p. 281.

de refletir a diversidade e a pluralidade do pensamento jurídico. E é menos apta a preservar as minorias contra os ímpetos das majorias políticas, que ditam os textos de lei. É que tampouco a “lei” é um fenômeno empiricamente abstrato ou neutro, na exata medida em que “(o) Estado, nos seus vários níveis, não é neutro. Ele sofre pressão de grupos extremamente fortes que atuam dentro das burocracias estatais, nas secretarias, nas assembleias [...]”. Daí por que, estresando Scharfman, “(uma) boa receita para produzir o pior dos mundos é aplicar com máximo zelo todas as leis vigentes. Assim reservar ao juiz o papel de mero enunciador da lei é, em verdade, retirá-lo do jogo “*checks and balances*”, vergastando um dos mais importantes mecanismos da forma republicana de governo. E, mais do que isso, é manietar o próprio “*procedural due process*”, por combalir a independência judicial.¹⁸

Trata-se de reflexão preliminar, sem caráter exaustivo, que objetiva contribuir com as discussões que procuram resguardar a integridade do sistema de proteção social que se encontra implícita e explícita no texto constitucional e nos princípios norteadores do Estado Democrático e Social de Direito, no contexto da inserção do Brasil na sociedade internacional de Estados.

O debate será longo. Os parâmetros interpretativos vinculantes, com base nas normas do ordenamento jurídico internacional de direitos humanos *lato e stricto sensu*, tornam-se um caminho assertivo. A escolha da trilha dependerá da intenção de cada intérprete, mas ela influenciará certamente o futuro dos direitos sociais internacionalmente tutelados ou argumentativamente precarizados, na positividade do discurso jurídico a prevalecer.

CAPÍTULO I - DO DIREITO INTERNACIONAL E DOS DIREITOS HUMANOS: ASPECTOS GERAIS

Le droit international public va même aujourd'hui jusqu'à placer parmi ses objectifs le développement de la démocratie dans le monde, sa défense en tous les cas dans certaines hypothèses où elle est gravement menacée. [...] Corrélativement - [...] - c'est à des questions de droit interne - classiquement considérées comme telles, tout au moins - que le droit international public étend son champ de préoccupations, dans toute la mesure où il s'intéresse à la foi au sort des individus et groupes privés, aussi bien que lorsqu'il en vient à se pencher sur le caractère démocratique des régimes. Son objet est alors de droit fiscal, pénal, social ... voire constitutionnel.¹⁹

¹⁸ FELICIANO, 2016, p. 544-545.

¹⁹ AUBY, 2003, p. 116.

É fato que, na visão do professor Jean-Sylvestre Bergé²⁰, encontramos-nos imersos em um forte pluralismo jurídico mundial²¹ que permite interações normativas nos níveis local, nacional, regional e internacional, intensificando um efetivo fenômeno de internormatividade, quando se problematiza, por exemplo, a aplicação do direito internacional no âmbito interno dos Estados.

²⁰ O tema é abordado pelo autor em dois textos que podem ser facilmente consultados nos seguintes sítios da rede mundial de computadores: *L'application du droit national, international et européen*, 2013. Disponível em: <<http://www.universitates.eu/jsberge/wp-content/uploads/2012/11/MDD-Ecrit-jsb-version-d%C3%A9finitive-pour-blog.pdf>> e *Legal application, global legal pluralism and hierarchies of norms*, 2011>; <<http://www.ejls.eu/9/118UK.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

²¹ O francês Jean B. Auby identifica três bases do pluralismo jurídico: normativa - a autonomia das ordens jurídicas regionais ou transnacionais decorre da aceitação, do favorecimento ou da tolerância pela/da ordem estatal; institucional - o pluralismo surge da pluralidade de instituições; e sociológica - emana dos usos jurídicos de grupos sociais particulares, possibilitando forjar modos particulares de organização de suas relações jurídicas. Assim, conclui: *“Le pluralisme juridique de la globalisation est plutôt à la fois normatif et sociologique. Il est normatif dans toute la mesure où il se développe sur la base, même indirecte ou tacite, du consentement des États à la pluralité: “des ordres transnationaux ne peuvent exister en dernière instance que parce que les États acceptent, favorisent, tolèrent ou même parfois ignorent leur existence”, écrit Charles Leben. Il peut-être plus encore sociologique. Ce qui le pousse à exister, ce n’est que formellement la volonté des États: ce qui le pousse réellement à exister, c’est l’existence et la densité des liens économiques, sociaux, culturels, transnationaux qui se tissent chaque jour davantage un peu plus dans le monde contemporain.”* (Auby, p. 144). Esse pluralismo já vem sendo reconhecido no âmbito do ordenamento jurídico interno brasileiro, como se observa na seguinte codificação, mesmo antes da discussão trazida pela EC 45/04, como se verá no decorrer deste estudo: a.1 Código Tributário Nacional: Artigo 96 - “A expressão ‘legislação tributária’ compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.” Artigo 98 - “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”; a.2 Código Penal: Artigo 5º - Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional; a.3 Código de Processo Penal: Artigo 1º: O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional; a.3 Código Civil: Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais; a.4 Código Brasileiro de Aeronáutica: Artigo 1º. O Direito Aeronáutico é regulado pelos tratados, convenções e atos internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar. § 1º: Os tratados, convenções e atos internacionais, celebrados por delegação do Poder Executivo e aprovados pelo Congresso Nacional, vigoram a partir da data neles prevista para esse efeito, após o depósito ou troca das respectivas ratificações, podendo, mediante cláusula expressa, autorizar a aplicação provisória de suas disposições pelas autoridades aeronáuticas, nos limites de suas atribuições, a partir da assinatura. Artigo 14: No tráfego de aeronaves no espaço aéreo brasileiro, observam-se as disposições estabelecidas nos tratados, convenções e atos internacionais de que o Brasil seja parte (artigo 1º, § 1º), neste Código (artigo 1º, § 2º) e na legislação complementar (artigo 1º, § 3º). § 1º: Nenhuma aeronave militar ou civil a serviço do Estado estrangeiro e por este diretamente utilizada (artigo 3º, I) poderá, sem autorização, voar no espaço aéreo brasileiro ou aterrissar no território subjacente”; e, a.5 Regulamento da Previdência Social: Artigo 382. Os tratados, convenções e outros acordos internacionais de que Estado estrangeiro ou organismo internacional e o Brasil sejam partes e que versem sobre matéria previdenciária serão interpretados como lei especial.

Se, por um lado, é fácil perceber que o direito, em uma de suas concepções, representa um modo de regulação das relações sociais no âmbito interno dos Estados, por outro, não se pode negar que o Direito Internacional (D.I.) vem regular as relações internacionais (RIs). A ciência jurídica não pode ser apreendida fora do contexto social e cultural a que visa ordenar, no propósito de valorar determinadas condutas comissivas ou omissivas dos agentes sociais. Não se negligenciam, igualmente, os aspectos econômicos e políticos dessas mesmas interações que, dependendo do seu âmbito espacial de produção de efeitos, podem colocar em confronto ordens jurídicas diversas, na tensão entre o mundo dos fatos e o mundo do direito. Nesse sentido, as relações interestatais terão o “seu próprio direito” que, inclusive, impactará o conteúdo da produção normativa no âmbito interno dos Estados-membros da sociedade internacional (S.I.).

Na perspectiva da sociedade e do ordenamento jurídico-internacionais, o direito próprio a essa ordem interestatal deverá ser, pois, para a própria coerência e para a estabilidade desse sistema jurídico, o resultado da ação conjunta dos Estados formalmente iguais e soberanos que integram a S.I. (produção coletiva daqueles que para ela concorrem), considerados isoladamente (em suas relações bilaterais ou trilaterais), ou no seio de um conjunto mais amplo de Estados (no âmbito multilateral, principalmente, das organizações internacionais por eles constituídas). Esses sujeitos clássicos das R.Is não negligenciam a possibilidade de atuação de outros atores internacionais, tais como, as organizações sindicais internacionais, as empresas transnacionais as organizações não governamentais, a sociedade civil internacional e a própria pessoa humana, no embate entre as lógicas de efetividade e de representatividade que permeiam ditas relações, com base no Realismo que insiste por prevalecer.

Diante desse contexto, parece correto afirmar, desde já, que o direito internacional público é o direito produzido formalmente pelo concurso de dois ou mais Estados. Do ponto de vista conceitual, esse ramo do direito define-se não por seu objeto, mas, sim, por sua origem: obedece ao critério formal de definição, tendo em vista que emana do livre consentimento dos Estados em se obrigarem internacionalmente.

A S.I é formada, precipuamente, por Estados igualmente soberanos, inexistindo um direito superior que lhes imponha a sua vontade: será soberana essa ordem no sentido da inexistência de um poder legal superior que possa ser exercido sobre determinado Estado, do ponto de vista jurídico. Contudo, não se pode perder de vista que são os interesses particulares dos Estados que animam a sua ação, ou melhor, a representação que se possa fazer deles. (A) Apenas pelo consentimento (expresso pela assinatura, pela troca de instrumentos que constituam um tratado, pela ratificação, pela aceitação, pela aprovação, pela adesão ou por qualquer outra forma convencionada

clássica - nos termos do artigo 11 da Convenção de Viena sobre direito dos tratados de 1969²², no momento da celebração de um tratado) e, em geral, (B) pela conclusão do processo de ratificação do tratado no âmbito do ordenamento jurídico interno dos Estados, nos termos e nos limites de sua própria Constituição; e (C), pelo depósito dos referidos instrumentos de ratificação, é que os Estados são considerados obrigados internacionalmente perante a S.I. No caso de violação da regra convencional a que se obrigaram, observados os pressupostos anteriores, podem ser, inclusive, responsabilizados internacionalmente, diante da potencial configuração de um ilícito internacional, desde que implementados os requisitos dos artigos 102²³ e seguintes da Carta da ONU, quanto ao registro do tratado no âmbito daquela Organização.

²² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>.

²³ Artigo 102 da Carta da ONU: 1. Todo tratado e todo acordo internacional, concluídos por qualquer Membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta, deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registrados e publicados pelo Secretariado. 2. Nenhuma parte em qualquer tratado ou acordo internacional que não tenha sido registrado de conformidade com as disposições do § 1º deste Artigo poderá invocar tal tratado ou acordo perante qualquer órgão das Nações Unidas; Artigo 103 No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta. Recentemente, o chanceler Uruguai Rodolfo Nin Novoa manifestou o interesse de o Uruguai solicitar uma reunião especial de avaliação pelo Mercosul sobre os efeitos da Reforma Trabalhista nas regras de competitividade dentro do bloco, com base na Declaração Sócio-Laboral de 2015. (Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/08/17/uruguai-quer-reuniao-do-mercosul-para-discutir-lei-trabalhista-do-brasil/>>.) Para Flávia Piovesan, considerando-se que as constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que possibilitam a integração entre as ordens constitucional e internacional, ampliando e expandindo, em matéria de direitos humanos, o bloco de constitucionalidade, 10 (dez) desafios são impostos ao fortalecimento do diálogo global e regional: promoção da ampla ratificação dos tratados internacionais dos direitos humanos da ONU e da OEA; fortalecimento da incorporação dos tratados de direitos humanos com um *status* privilegiado na ordem jurídica doméstica; fomento de uma cultura jurídica orientada pelo controle de convencionalidade das leis; assegurar o reconhecimento dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais na ordem constitucional com a previsão de instrumentos e remédios constitucionais que garantam sua justiciabilidade; garantia de prioridade orçamentária para a implementação dos direitos sociais; aplicação de indicadores para avaliar a progressividade na aplicação de direitos sociais; impulso ao componente democrático no processo de implementação dos direitos sociais; fortalecimento do princípio de cooperação internacional em matéria de direitos sociais; e avanço nos diálogos vertical e horizontal de jurisdições. (PIOVESAN, 2017, p. 203-2.012). Aliás, o artigo 20 da Declaração de 2015 respalda a solicitação do governo uruguai quando especifica que: "ARTIGO 20. Diálogo social. 1. Os Estados Partes comprometem-se a fomentar o diálogo social em âmbito nacional e regional, instituindo mecanismos efetivos de consulta permanente entre representantes dos governos, dos empregadores e dos trabalhadores, a fim de garantir, mediante o consenso social, condições favoráveis para o crescimento econômico sustentável e com justiça social na região e à melhoria das condições de vida de seus povos. 2. A consulta permanente, praticada com base efetiva no tripartismo previsto na Convenção 144 da OIT, deve permitir o exame conjunto de questões de interesse mútuo, a fim de alcançar, na medida do possível, soluções aceitas de comum acordo. 3. A consulta tem por objetivo geral incentivar a compreensão mútua e as boas relações entre as autoridades públicas e as organizações mais representativas de empregadores

Quando se analisam as regras jurídicas internacionais, sem a tentativa de abordar a sua complexidade de forma reducionista, observa-se que as obrigações daí decorrentes poderão apresentar uma normatividade atenuada, como no caso das *soft laws*, tendo como exemplos, para o Direito do Trabalho, as recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT), bem assim as declarações ou as atas finais de conferências internacionais, os comunicados estatais comuns, todos eles desprovidos de força obrigatória, mas podendo gerar efeitos jurídicos no âmbito da S.I. Outras normas internacionais, entretanto, podem apresentar uma normatividade acentuada, sendo obrigatórias na medida do consentimento dos Estados, como as *hard laws*, sendo exemplos os tratados em geral, as convenções internacionais da OIT e o costume internacional.²⁴

e de trabalhadores, bem como entre as próprias organizações, visando à promoção do diálogo social e à possibilidade de gerar acordos-marco de trabalho, como elementos essenciais para a consolidação de uma sociedade democrática, plural e justa." Inclusive, o artigo 2º (Trabalho Decente) estabelece os compromissos dos Estados Partes à Declaração de que se comprometeram a: a) formular e pôr em práticas políticas ativas de trabalho decente e pleno emprego produtivo, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores articuladas com políticas econômicas e sociais, de modo a favorecer a geração de oportunidades de ocupação e renda; b) elevar as condições de vida dos cidadãos; c) promover o desenvolvimento sustentável da região; 2. Na formulação das políticas ativas de trabalho decente, os Estados Partes devem ter presente: a) a geração de empregos produtivos em um ambiente institucional, social e economicamente sustentável; b) desenvolvimento de medidas de proteção social; c) promoção do diálogo social e do tripartismo; e d) respeito, difusão e aplicação dos princípios e direitos fundamentais do trabalho. (Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/10519-declaracao-sociolaboral-do-mercosul-de-2015-i-reuniao-negociadora-brasil-17-de-julho-de-2015>>.)

²⁴ Produto do século XX, vêm sendo reconhecidas e aceitas, igualmente, as normas de caráter imperativo que resguardam certos princípios internacionais, de *jus cogens* ou de direito imperativo. Nesta última categoria, destacam-se a proibição do uso da força, na busca da solução pacífica das controvérsias internacionais; as regras de direito humanitário referentes às leis de guerra; a proibição contra o genocídio, a luta contra a escravidão e contra a discriminação racial, a título de exemplos. Representam, de fato, um corpo de princípios peremptórios ou de normas inderrogáveis, enquanto fundamentais para a manutenção da ordem jurídica internacional, a elas se referindo a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, nos artigos 53 (Tratados em conflito com uma norma imperativa do direito internacional geral - *jus cogens*) e 64 (Superveniência de uma nova norma imperativa do direito internacional geral - *jus cogens*). Entretanto, sua aceitação pela sociedade internacional de Estados vem sendo relativizada, não cedendo facilmente à teoria do consensualismo de base realista. "De fato, o reconhecimento de que existe um domínio normativo obrigatório e inderrogável para todos os Estados é indiscutível desde a positivação da ideia de *jus cogens* pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, e apesar das dúvidas e discordâncias na definição do exato conteúdo material e alcance do *jus cogens*, é inegável que os direitos humanos fazem parte desse domínio. Há uma relação intrínseca e quase peremptória entre normas cogentes e direitos humanos, e não por acaso a maior parte da jurisprudência em que o conceito de *jus cogens* foi invocado está relacionada com os direitos humanos." (SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. Os direitos econômicos, sociais e culturais como categoria do *jus cogens* internacional: estudo sobre o entendimento jurisprudencial da corte interamericana de direitos humanos. In: MORAIS, 2015, p. 198.

Nas duas perspectivas anteriores, uma vez que representam essas regras tanto o produto do consentimento dos Estados que as ratificam quanto a formalização de princípios gerais de e do Direito Internacional, sua observância não se reduz a mera cortesia internacional; mas elas devem vincular valorativa e positivamente a ação normativo-política dos Estados no âmbito de seu ordenamento jurídico interno e de suas relações internacionais.

Em matéria de proteção à pessoa humana, quando problematiza o “*droit global des droits fondamentaux*”²⁵, o professor Jean Bernard Auby, por exemplo, reconhece que sua influência nos vários sistemas jurídicos “*réside dans la constitution progressive de standards internationaux, d’une sorte de patrimoine commun d’identification des principes à sauvegarder et des violations à combattre*”²⁶, estabelecendo, ainda, um determinado “[...] *noyau dur de principes communs*”²⁷, que permite um efeito de compenetração crescente entre esses universos normativos. No mesmo sentido, é a necessidade de proteção dos direitos sociais, nos planos internacional e interno:

Cada Estado é membro da comunidade internacional, e como tal não pode deixar de levar em conta as exigências fixadas no âmbito internacional com vistas no incremento das condições dos trabalhadores e das soluções normativas, que, também, naquele plano, apresentem-se visando à solução dos problemas políticos e econômicos, abreviados na expressão “questão social”. Em outros termos, não pode deixar de ter em conta os contornos de um direito do trabalho internacional.²⁸

²⁵ Jacques Chevalier afirma que “[...] *dans tous les pays libéraux, le socle de l’État de droit est désormais censé être constitué par un ensemble de droits fondamentaux, inscrits dans des textes de valeur juridique supérieure.*” (CHEVALLIER, 2003, p. 104) concluindo que “[...] *par le jeu de ce double processus de constitutionnalisation et d’internationalisation on est en présence d’un bloc de droits fondamentaux, bénéficiant d’une double reconnaissance, constitutionnelle et internationale, [...]. Le processus d’internationalisation a dans tous les cas favorisé la consolidation et l’homogénéisation progressives de ces droits. [...] Ces bloc s’est constitué à partir de plusieurs strates: au noyau originaire des libertés individuelles et politiques est venu s’ajouter au xxe siècle un ensemble de droits économiques et sociaux; et l’intervention des juridictions [...] entretient une dynamique constante d’élargissement et d’approfondissement de chacun de ces droits. Le concept de ‘droits fondamentaux’ permet de dépasser cette diversité, en intégrant les différentes générations de droits et libertés.*” (Ibidem, p. 109-110). Desde já, é importante destacar que, para uma governança da mundialização, na concepção de Jean Christophe Graz, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade social das empresas, não apenas afirmando-se o respeito às normas internacionais do trabalho no âmbito da OIT, mas de outros instrumentos de natureza intergovernamental ou quase intergovernamental, sob os planos regionais e internacional. GRAZ, 2004, p. 76.

²⁶ AUBY, 2003, p. 58.

²⁷ Ibidem, p. 59.

²⁸ PERONE, Giancarlo. Direitos do trabalhador como indivíduo. Os direitos sociais. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro; SILVESTRE, Rita Maria. *Os novos paradigmas do direito do trabalho*. 2001. p. 70.

Sedok Belaid considera que esse processo forja-se, no plano internacional, a partir do estabelecimento de um patrimônio constitucional comum que se apoia na adesão à democracia pluralista, tal como proclamada em diversos tratados.²⁹ Não é por menos que a Declaração final da II Conferência Mundial das Nações Unidas dos Direitos Humanos de 1993 confirmou a universalidade dos direitos humanos, na promoção e na proteção da pessoa humana, enquanto preocupação legítima da comunidade internacional.³⁰

Aprofundando o tema e distinguindo as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais”, Gomes Canotilho afirma que os primeiros são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista - invioláveis, intemporais e universais), enquanto os segundos são direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente e vigentes em uma ordem jurídica concreta.³¹ Trata-se de direitos subjetivos que acabam por especificar limites à soberania dos povos e às instituições internas de cada Estado. Seu respeito passa a ser condição necessária da legitimidade de um Estado Democrático de Direito e do conteúdo moral de sua ordem legal, representando, como já mencionou Celso Lafer, determinado reconhecimento axiológico do ser humano como fim e não como meio.

Certo é que, no caso do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana³² é adotado pelo texto constitucional, concomitantemente, como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III) e como fim da ordem econômica (artigo 193 da Carta), constituindo, enquanto princípio,

²⁹ AUBY, 2003, p. 121.

³⁰ A distinção entre Sociedade e Comunidade na Sociologia originou-se nos trabalhos de Ferdinand Tönnies (*Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1887). Para ele, as formas societárias são baseadas em elementos associativos que não são o resultado de uma vontade dirigida a consagrar um fim ou um objetivo comuns, com membros que guardam sua independência e personalidade autônomas e cujos interesses próprios subsistem em sua integralidade. Já as formas comunitárias implicam a institucionalização do reconhecimento da existência de um objetivo comum a todos os seus membros, ideia essa herdeira da “*Res Publica Christiana*” ou da “*Christianitas medieval*”. A contribuição mais importante da época foi exatamente a ideia da universalidade da comunidade internacional que supunha, via de consequência, um Direito Internacional também universal. Desse aporte insuperável que é a consequência de conceber a Humanidade em seu conjunto como um âmbito no qual se dão relações jurídicas que regulam a conduta de suas partes entre si e com respeito ao todo, nasceu o Direito Internacional atual. ESPIEL, 1986, p. 547-548. A concepção da comunidade internacional acaba por resgatar o ensinamento de Hugo Grotius que entendia que o indivíduo é o destinatário final, o objetivo e o pressuposto da existência dessa Comunidade Internacional, sendo o direito geral da humanidade a contrapartida da sociedade do gênero humano.

³¹ CANOTILHO, 2000, p. 387.

³² Tanto pode ser considerado como princípio político constitucionalmente conformador (artigo 1º da CF/88 - Canotilho) ou como princípio constitucional impositivo (artigo 170 da CF/88 - Canotilho).

ao lado do direito à vida e do direito ao trabalho, o núcleo essencial dos direitos humanos. Esse aspecto constitutivo da República brasileira impõe que a prática dos direitos humanos possua força suficiente para desencadear uma dinâmica de democratização, na concepção do grande mestre Alberto Warat, “[...] assegurando a ultrapassagem permanente do instituído, abrindo o social à dignidade das margens, ao ‘outro’ que não tem estatuto de sujeito por não ter acesso à regra [...]”³³:

A relação entre direitos fundamentais e democracia assenta-se no fato de que é pela atuação das normas de direitos fundamentais que se torna possível uma liberdade comunicativa para a prática da cidadania e o preenchimento das necessidades públicas. A prática democrática encontra seus limites no campo interno da sociedade, pois depende do grau de generalização dos direitos fundamentais que possibilitam o exercício da soberania do povo. Por outro lado, somente a distribuição do poder exercido na sociedade pode garantir a distribuição dos direitos fundamentais na sociedade.

[...]

Os direitos fundamentais devem construir na prática da vida pública o que eles apresentam na teoria. Do mesmo modo como as normas de direitos fundamentais são edificadoras do aspecto teórico-jurídico da sociedade, a efetivação dos direitos fundamentais deve satisfazer o indivíduo e se revelar edificadora da vida pública, da vida social.³⁴

Ademais, no plano nacional, Celso Lafer reconhece que o inciso II do artigo 4º da CF/88 impacta na convergência entre o “externo” e o “interno”, em matéria de direitos humanos, ao estabelecer a prevalência dos direitos humanos na condução das relações internacionais do Brasil, reafirmando a constituição de um Estado democrático de direito, “[...] institucionalizado pela Constituição de 1988, que consagra a perspectiva *ex parte populi* dos direitos humanos como princípio de convivência coletiva, tanto no plano interno quanto no internacional.”³⁵

³³ WARAT, 1997, p. 93.

³⁴ DERANI, Cristiane. Direitos fundamentais e democracia. In: MELLO, Celso D. Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Diret.). *Arquivos de direitos humanos*. 1999. p. 68-69.

³⁵ LAFER, 2005, p. 2. Assevera, ainda, que: “O art. 4º aponta, assim, para a complementaridade entre o Direito Internacional Público e o Direito Constitucional e indica a irradiação de conceitos elaborados no âmbito do Direito das Gentes no plano do Direito Público Interno. [...]. Este princípio (prevalência dos direitos humanos) afirma uma visão do mundo, que permeia a Constituição de 1988 - na qual o exercício do poder não pode se limitar à perspectiva dos governantes, mas deve incorporar a perspectiva da cidadania. É representativa da revolução copernicana por meio da qual, para usar as palavras de Bobbio, a relação política numa democracia passa a ser considerada não mais *ex parte principis*, mas, sim, *ex parte civium*.” (*Ibidem*, p. 14.)

De forma idêntica, para Flávia Piovesan, o Direito Internacional dos Direitos Humanos acaba por reforçar a imperatividade das garantias constitucionais, no sentido de complementá-las, de estendê-las, de adicionar direitos não previstos pela ordem jurídica interna, de

[...] aprimorar e de fortalecer, nunca a restringir ou a debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional. [...], (por intermédio de uma) hermenêutica vocacionada aos direitos humanos inspirada na prevalência da norma mais favorável [...].³⁶

A partir da Constituição de 1988 intensificam-se a interação e a conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos. Testemunha-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional somado ao processo de Constitucionalização do Direito Internacional.³⁷

³⁶ PIOVESAN, 2012, p. 165-167.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. O sistema internacional de direitos humanos e o direito interno: a emergência de um novo paradigma jurídico. In: SARLET *et al.* *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional*. 2014. p. 198. Para Antonio Augusto Cançado Trindade: "Ao ratificar os tratados de direitos humanos, os Estados-partes contraem, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos, a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção. As duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986 respectivamente) proíbem (artigo 27) que uma parte invoque disposições de seu direito interno para tentar justificar o descumprimento de um tratado. É esse um preceito, mais do que do direito dos tratados, do direito da responsabilidade internacional do Estado, firmemente cristalizado na jurisprudência internacional. Segundo esta, as supostas ou alegadas dificuldades de ordem interna são um simples fato e não eximem os Estados-Partes em tratados de direitos humanos da responsabilidade internacional pelo não cumprimento das obrigações internacionais contraídas. A interpretação das leis nacionais de modo a que não entrem em conflito com a normativa internacional de proteção seria um meio de evitar o descumprimento daquelas obrigações internacionais. Os tratados, uma vez ratificados e incorporados ao direito interno, obrigam a todos, inclusive aos legisladores, podendo-se, pois, presumir o propósito de cumprimento de tais obrigações de proteção por parte do Poder Legislativo (da mesma forma que dos Poderes Executivo e Judiciário). Em matéria de direitos humanos isto implica o dever geral de adequação do direito interno à normativa internacional de proteção (seja regulamentando os tratados para assegurar-lhes a eficácia no direito interno, seja alterando as leis nacionais para harmonizá-las com as disposições das convenções internacionais) - dever este que se encontra expressamente consignado nos tratados de direitos humanos (a exemplo do artigo 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Em virtude do caráter especial dos tratados de direitos humanos, impõe-se, com ainda maior força, a adequação do ordenamento jurídico interno às disposições convencionais." TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: MELLO, Celso D. Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Diret.). *Arquivos de direitos humanos*. 1999. p. 36-37 - destaque inexistente no original.)

CAPÍTULO II - O PAPEL DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO E DAS NORMAS DO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O professor mineiro Pedro Gravatá Nicoli, em inspirada tese de doutoramento publicada em 2016, defende “[...] a afirmação da pertinência da justiça social como objetivo amplo da regulação de relações trabalhistas em escala global [...]”³⁸, considerando-se a “[...] inserção igualitária de sujeitos de direito à condição de razão de existência do econômico, do político e do jurídico.” Na confluência entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do Trabalho³⁹, reflete o jurista mineiro:

Reage-se, de plano, à simplificadora visão de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos e, com ele, o Direito Internacional do Trabalho constituiriam um espaço de expressão de intenções amadurecidas na experiência histórica que, contudo, restariam esvaziadas de importância real pelas deficiências em sua força vinculante, decorrentes de fatores como a inexistência ou a timidez nas sanções e pela prevalência dos interesses econômicos. Se é certo que esta é uma percepção que pode ser nutrida *prima facie* pelos dramas reais da hiperexploração do trabalho, a servir de alerta permanente à teorização e à prática nesta dimensão, o derrotismo ou a simples desistência do que há de global nas estratégias escondem um potencial devastador. Isso porque, como visto, a evidência é farta de que, para o capital, o espaço mundial é unitário e, operacionalmente, as suas grandes linhas de controle nesta arena. E sem o contraponto necessário, a assimetria se agiganta e o risco para as práticas internas é potencializado.⁴⁰

Desde 1919, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) vem objetivando promover os princípios fundamentais e o direito do trabalho, por intermédio de um sistema de supervisão e de aplicação das normas internacionais do trabalho (NITs), tais como a garantia de melhores

³⁸ NICOLI, 2016, p. 17.

³⁹ Para Mazzuoli, o objetivo do DIT é de estabelecer critérios básicos de proteção ao trabalhador, regulando sua condição no plano internacional, visando a assegurar padrões mais condizentes de dignidade e de bem-estar social. (MAZZUOLI, 2013, p. 1.058-1.059.)

⁴⁰ NICOLI, 2016, p. 18-19. “*Le développement des nouvelles technologies, la montée en puissance de la finance internationale et l’émergence d’un nouveau régime capitaliste vont de pair avec de profondes mutations de la société et des rapports sociaux. En d’autres termes, la transformation du mode de production capitaliste, a partir de la fin du XXe siècle, entraîne la formation progressive de structures sociales et d’inégalités nouvelles. [...] Les nouvelles pratiques en oeuvre sur le marché du travail sont à l’origine de l’émergence d’un statut éclaté du travail, dû en grande partie à la recherche de flexibilité par les entreprises.*” PLIHON, 2003, p. 92-93.

oportunidades de emprego e de renda para homens e mulheres em condição de livre escolha; a não discriminação e a dignidade; a ampliação da abrangência e da eficácia da proteção social; bem assim o fortalecimento do tripartismo e do diálogo social. Na Declaração de Filadélfia de 1944, parte integrante da Carta da OIT, ao lado dos princípios fundamentais que formalizou⁴¹, restou estabelecido, gradativamente, um programa de ação envolvendo: o pleno emprego e a elevação do nível de vida; as ocupações garantindo a plena satisfação e o bem-estar comum; a concretização de um sistema de garantias adequadas; a participação justa nos frutos do progresso em termos de salários, da duração e das condições de trabalho; o reconhecimento do direito de negociação coletiva e da cooperação para melhoria contínua da organização e da produção; a ampliação das medidas de segurança social e de assistência médica; a proteção da vida e da saúde dos trabalhadores; a proteção da infância e da maternidade; o nível adequado de alimentação, de alojamento, de recreação e de cultura; e a igualdade de oportunidades na educação e no emprego.

Para Gravatá Nicoli, com a Declaração de 1944, a pauta da OIT passou a envolver uma série de eixos de ação, prevalecendo a proteção da pessoa humana em suas formas de sociabilidade⁴², incorporando o amadurecimento de um patrimônio ético e jurídico vazado de dinâmica historicidade, e colocando em evidência a concorrência dos sistemas normativos internacional e interno.⁴³ Dignas de referência, ainda, são: a Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, de 1998⁴⁴ (*core labour standards* ou normas fundamentais do trabalho); a Declaração tripartite de princípios sobre empresas multinacionais e política social, de 1977, revista em 2000 e 2006; e a Declaração da OIT sobre a justiça social para uma globalização justa, de 2008.⁴⁵

⁴¹ O trabalho não é uma mercadoria; a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para o progresso constante; a pobreza constitui um perigo para a prosperidade de todos; a luta contra a necessidade por intermédio do esforço internacional contínuo e organizado de representantes dos trabalhadores, dos empregadores e dos governos.

⁴² NICOLI, 2016, p. 103.

⁴³ Idem, p. 121.

⁴⁴ Essa Declaração reafirma a obrigação de os Estados-membros da OIT respeitarem os princípios concernentes aos direitos fundamentais e reconhece a obrigação que incumbe à OIT de auxiliar os Estados-Membros a alcançar tais objetivos, por intermédio da cooperação técnica e de serviços de aconselhamento.

⁴⁵ Objetivou fortalecer a capacidade da OIT para o Programa do trabalho decente: promoção do emprego em um entorno institucional e econômico sustentável; adoção e ampliação das medidas de proteção social (saúde, segurança e seguridade); promoção do diálogo social e do tripartismo; respeito, promoção e aplicação dos princípios e dos direitos fundamentais no trabalho.

Nessa perspectiva, as normas internacionais do trabalho (NITs)⁴⁶ podem ser conceituadas como sendo os instrumentos jurídicos elaborados pelos mandatários da OIT - governos, empregadores e trabalhadores, em sua composição tripartite - definindo princípios e direitos mínimos a serem observados nas relações trabalhistas em todos os Estados signatários. São elaboradas no âmbito da Conferência Internacional do Trabalho, órgão da OIT. O Estado que as ratifica deve aplicá-las na prática, além de ter a obrigação de apresentar relatórios sobre a respectiva aplicação, em intervalos regulares, sob pena de utilização dos procedimentos de reclamação e de queixa perante os comitês específicos da Organização. Essas normas internacionais objetivam estabelecer um padrão jurídico mínimo internacional para os direitos sociais, formalizando um efetivo bloco de constitucionalidade

⁴⁶ As Convenções internacionais (hard law) são tratados juridicamente obrigatórios que podem enunciar princípios fundamentais que devem ser aplicados pelos Estados que os ratificarem. As Recomendações internacionais (soft law) são princípios diretores mais precisos sobre a forma como uma convenção poderá ser aplicada ou autônomos. Acabam por orientar a política, a legislação e a prática dos Estados-membros. Os Protocolos, a partir dos anos de 2000, passaram a ser utilizados para adoção de um plano integrado para melhorar a coerência, a pertinência e o impacto das atividades normativas da OIT, podendo estender ou revisar parcialmente determinadas convenções, acrescentando novas disposições a convenções mais antigas. Os protocolos são abertos à ratificação dos Estados que já estão obrigados por determinada convenção a que se referem, podendo ser os dois instrumentos ratificados simultaneamente. Acabam por introduzir uma maior flexibilidade às convenções correspondentes e, ainda, podem prever a extensão das obrigações nelas constantes. As Resoluções são instrumentos não vinculativos que fornecem diretrizes pormenorizadas relativas às estruturas conceituais, às definições operacionais e aos métodos de produção e de disseminação das estatísticas do trabalho. Objetivam orientar os Estados a desenvolver ou a rever os seus programas de estatística do trabalho nacional, bem como aprimorar a sua comparabilidade internacional. "Considerando que as convenções internacionais do trabalho são tratados de direitos humanos em sentido estrito, o certo é que, uma vez aprovadas pelo Congresso Nacional e ratificadas pelo Poder Executivo, passam a integrar a nossa ordem jurídica com status materialmente constitucional, por força do artigo 5º, § 2º, da Constituição. Se, por sua vez, forem aprovadas pelo quórum do § 3º do artigo 5º, tornam-se formalmente constitucionais, tendo, porém, em qualquer dos casos, aplicação imediata, desde a sua ratificação. Assim, devem os juizes utilizar as convenções da OIT afastando a lei interna (menos benéfica) contrária à norma internacional, no exercício do controle difuso de convencionalidade. Importante notar que há regras próprias previstas na Constituição da OIT no que se refere ao conflito entre as convenções internacionais do trabalho e normas internas. O artigo 19(8) do tratado constitutivo da Organização prevê que, "em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, de uma convenção deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação". Em outras palavras, a Constituição da OIT determina sejam aplicadas sempre as normas mais favoráveis aos cidadãos, não importando sejam elas internacionais ou internas." (MAZZUOLI, Valerio; FRANCO FILHO, Georgenor. Incorporação e aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. In: MAZZUOLI, Valerio; FRANCO FILHO, Georgenor (Org.). *Direito internacional do trabalho*. 2016. p. 17. Voltaremos ao tema no Capítulo III deste estudo.

dos direitos sociais, na expressão de Hector Hugo Barbagelata.⁴⁷ Devem ser incluídos na constelação dos valores da paz, a que se referiu o professor Gerson de Britto Mello Boson⁴⁸ em seus estudos sobre a constitucionalização do direito internacional.

Certo é que as NITs refletem princípios universalmente reconhecidos, levando em consideração a cultura, a história, os sistemas jurídicos e os níveis de desenvolvimento econômico dos Estados. Inclusive, esses Estados, uma vez tendo ratificado uma convenção internacional, no limite de seu consentimento primário, têm a obrigação de observá-la na prática e de elaborar relatórios sobre a sua aplicação a intervalos regulares para a OIT. Ademais, ainda que as NITs possam conter cláusulas de flexibilidade que permitam-lhes matizar sua aplicação no âmbito interno, não servem, de maneira estratégica, de parâmetro a fixar regras insuficientes de proteção social, fora da teleologia da própria normativa e dos princípios da OIT. Muito menos, deveriam essas cláusulas ser utilizadas como instrumento de retrocesso social ao patamar mínimo civilizatório já reconhecido por determinado Estado que as recepcionou, por mera alegação de mudança da “ideologia político-econômica” dominante, em se considerando o momento da assinatura e da efetiva produção de efeitos, concluído o processo de ratificação perante o ordenamento jurídico interno.

Além das normas internacionais do trabalho especiais da OIT (convenções, recomendações, protocolos e resoluções), ainda se destacam as normas vigentes nos vários sistemas de proteção internacional dos direitos humanos⁴⁹, ratificadas (ou não) pelo Brasil, integrando o referido bloco de constitucionalidade, a título exemplificativo:

⁴⁷ NICOLLI, 2016, p. 122. Christiana Damasceno entende que, “No Brasil, no que toca ao bloco de constitucionalidade, ainda figura mais pujante a vertente restritiva, embora não tenha sido ilidida a aplicabilidade da concepção ampliativa. Tem-se, contudo, que a acepção ampliativa afigura-se mais consentânea, já que o bloco de constitucionalidade, como parâmetro a ser invocado para confronto constitucional, volta-se para a maximização dos preceitos de direitos fundamentais, sendo mecanismo viável de proteção e fiscalização de tais direitos para que não tenham conotação meramente nominal, a fim de que seja potencializada sua efetividade e, na hipótese de violação, sejam eles restaurados por intermédio de tal paradigma de confronto. Assim, almeja-se evitar que fiquem os direitos fundamentais, especialmente nas relações de trabalho, desassistidos e vulneráveis à atuação do legislador e à esfera administrativa, assim também à autonomia privada e coletiva em sentido deletério. Como se nota, há relação do instituto com os conceitos da cláusula da vedação do retrocesso e também com a intangibilidade dos direitos fundamentais (cláusulas pétreas).” (destaque inexistente no original) (OLIVEIRA, 2010, p. 335.)

⁴⁸ BOSON, 1996, p. 276.

⁴⁹ Cançado Trindade afirma, citado por Nicoli, que “[...] a operação dos mecanismos internacionais de proteção não pode prescindir da adoção e do aperfeiçoamento de medidas nacionais de implementação, porquanto destas últimas [...] depende em grande parte a evolução futura da própria proteção internacional.” (NICOLLI, 2016, p. 121.)

Sistema da Organização das Nações Unidas (ONU);

- Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948⁵⁰;
- Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966⁵¹;
- Outros tratados de direitos humanos no âmbito da ONU: repressão às práticas cruéis e degradantes; combate ao trabalho escravo e às práticas análogas; combate a diversas formas de discriminação; direitos da criança; direitos dos idosos, dos indígenas, das pessoas com deficiência e dos migrantes;
- Declaração sobre o direito ao desenvolvimento de 1986 (Resolução n. 41/128 da AGONU);
- Declaração e programa de ação adotado pela Conferência Mundial de Viena sobre direitos humanos, 1993.

Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos;

- Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948⁵²;
- Pacto de San José da Costa Rica, de 1969;
- Protocolo Adicional à Convenção sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), de 1988⁵³;

⁵⁰ Artigo 23º. direito ao trabalho, a livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e a proteção contra o desemprego. 2. Todos tem direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3. remuneração equitativa e satisfatória [...]. Artigo 24º, direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e às férias periódicas pagas. [...].

⁵¹ ARTIGO 6º 1. direito ao trabalho livremente escolhido ou aceito [...]. ARTIGO 7º condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: [...] salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; [...] existência decente para eles e suas famílias; segurança e a higiene no trabalho; igual oportunidade; descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados. ARTIGO 8º 1. direito de fundar sindicatos e de filiar-se [...]. ARTIGO 10 Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que: 1. Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ele for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges. 2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães que trabalham licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados. 3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que os façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei. Os Estados devem também estabelecer limites de idade sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão de obra infantil. [...].

⁵² Artigo XIV - direito ao trabalho em condições dignas, com remuneração de acordo com a sua capacidade de trabalho e habilidade. Artigo XV - direito ao descanso, ao recreio honesto e à oportunidade de aproveitar o seu tempo livre em benefício de seu melhoramento espiritual, cultural e físico.

⁵³ Artigo 6º - direito ao trabalho; artigo 7º - condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho; artigo 8º - direitos sindicais; artigo 9º - direito à previdência social; artigo 10 - direito à saúde.

- Carta Democrática Interamericana de 2001;
- Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - estabelece obrigação mínima dos Estados para evitar a discriminação e o tratamento desigual nos setores público e privado;
- Comissão Interamericana de Direitos Humanos - Relatório n. 66/06 - caso Simone André Diniz v. Brasil - Os Estados têm a obrigação de prevenir, regular e sancionar as violações cometidas por particulares - eficácia horizontal⁵⁴ dos tratados internacionais de direitos humanos;
- Corte Interamericana de Direitos Humanos - Parecer Consultivo n. 18-13/2003 - Os direitos humanos projetam seus efeitos também na relação trabalhista privada.

Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos.

- Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989;
- Carta Social Europeia revista, de 1996;
- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia 2000/2007/2009;
- Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.

Sistema do Mercosul de Direitos Humanos.

- Declaração Socio-laboral do Mercosul, de 1998⁵⁵;
- Subgrupo de trabalho n. 11 para relações trabalhistas, emprego e seguridade social (MERCOSUL) - liberdade de acesso dos trabalhadores de um Estado-membro a outro; tratamento paritário em matéria de direito do trabalho previdenciário, com discussão de novos temas (direito de greve, não-discriminação, abolição do trabalho escravo, proibição do trabalho infantil, liberdade sindical e negociação coletiva etc.

⁵⁴ "Por directa influencia de la teoría de los valores y de la teoría institucional la jurisprudencia y la doctrina de la Republica Federal de Alemania a través de la *Drittwirkung der Grundrechte*, ha desarrollado en los últimos años la tesis de que los derechos fundamentales no afectan sólo a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, esto es, a las relaciones de subordinación (a tenor del derecho público), sino también a las relaciones de coordinación surgidas entre los particulares (en el plano jurídico privado). Esta eficacia ante terceros o eficacia horizontal (*horizontalwirkung*), como también ha sido designada, se basa en la necesidad de mantener la plena vigencia de los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las esferas del ordenamiento jurídico. [...] la necesidad de los tribunales de interpretar todas las normas de acuerdo con la Constitución y los derechos fundamentales en ella enunciados." (LUNO, 2005, p. 319).

⁵⁵ DIREITOS INDIVIDUAIS: não discriminação - artigo 1º; promoção da igualdade - artigo 2º; trabalhadores migrantes e fronteiriços - artigo 4º; eliminação do trabalho forçado - artigo 5º; trabalho infantil e de menores - artigo 6º; direitos dos empregadores - artigo 7º; DIREITOS COLETIVOS: liberdade de associação - artigo 8º; liberdade sindical - artigo 9º; negociação coletiva - artigo 10; greve - artigo 11; promoção e desenvolvimento de procedimentos preventivos e de autocomposição de conflitos - artigo 12; diálogo social - artigo 13; OUTROS DIREITOS: fomento do emprego - artigo 14; proteção dos desempregados - artigo 15; formação profissional e desenvolvimento de recursos humanos - artigo 16; saúde e segurança no trabalho - artigo 17; inspeção do trabalho - artigo 18.

Assim, tanto as NITs quanto os tratados de direitos humanos *lato sensu* aprovados no âmbito dos vários sistemas internacionais de proteção à pessoa humana podem funcionar, na perspectiva formal (uma vez ratificados) e também principiológica (ainda que não ratificados), como um guia para a interpretação no caso de ambiguidades do direito interno; para a interpretação de termos gerais e de conceitos jurídicos indeterminados; e, mesmo no caso daqueles ratificados, para o controle de convencionalidade ou de legalidade de lei interna com eles incompatível. Nesse caso, seria possível estabelecer um princípio jurisprudencial com base no direito internacional assim aplicado, reforçando os argumentos da decisão, fixando-se os limites da interpretação, de acordo com o ensinamento do francês Combacu:

*Aussi évidente qu'elle puisse paraître, la signification d'une règle, d'une formule, d'un mot, comporte toujours une part d'équivoque et peu être entendue de plusieurs manières. Il faut renoncer à l'illusion d'un sens objectif ou vrai, pour constater que le sens est toujours construit ou reconstruit par un interprète donné. Il l'est au surplus en fonction du résultat qu'il se propose d'atteindre, par exemple un sens général ou une application concrète. Ce sens n'est jamais totalement atteint ou épuisé par une interprétation précise et la règle demeure toujours porteuse d'interprétations aussi multiples que ses applications. Il en résulte que la compétence d'interprétation comporte un pouvoir juridique considérable, puisqu'elle permet dans certaines conditions de choisir le sens du droit et de lui imprimer une orientation déterminée. Les controverses relatives à l'interprétation ne seraient pas si vives si elles ne traduisaient pas une lutte pour la maîtrise du système juridique, qui font du processus interprétatif une variante de la lutte pour le droit.*⁵⁶

CAPÍTULO III - DA TEORIA GERAL DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE OU DE LEGALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: ALGUNS APONTAMENTOS

Considerando-se que a análise dos dispositivos introduzidos na legislação trabalhista pela Reforma de 2017 demandará potencial esforço hermenêutico quando da apreciação dos casos concretos submetidos à Justiça do Trabalho, é relevante perceber que a teoria geral do controle de convencionalidade objetiva, no auxílio a essa atividade (criativa) de reconstrução de sentido da norma a ser interpretada, na concepção de

⁵⁶ COMBACU, 2014, p. 172.

Valerio Mazzuoli⁵⁷, adaptar, conformar ou compatibilizar verticalmente as leis ou os atos normativos do poder público, tendo como parâmetro a Constituição e os Tratados de direitos humanos, ratificados pelo Brasil e em vigor. Esse controle exerce-se pela teoria da dupla compatibilidade vertical⁵⁸, no sentido de que as leis internas, para a sua validade e conseqüente eficácia, devem encontrar respaldo tanto nas garantias constitucionais vigentes quanto naquelas garantias instrumentalizadas pelos tratados de direitos humanos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Não há como dissociar a eficácia das normas à realidade social ou à produção de efeitos concretos no seio da vida social. O distanciamento (ou inadequação) da eficácia das leis com as realidades sociais e com os valores vigentes na sociedade gera a falta de produção de efeitos concretos, levando à falta de efetividade da norma e ao seu conseqüente desuso social.⁵⁹

Esses estudos foram desenvolvidos no contexto da Emenda Constitucional n. 45/04, que introduziu o § 3º do artigo 5º da CF/88, “problematizando” o tema da hierarquia das normas internacionais no ordenamento jurídico nacional.

Art. 5º [...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros serão equivalentes às emendas constitucionais. (EC 45/04)

⁵⁷ Valerio Mazzuoli trata do tema do controle de convencionalidade nas seguintes obras, a título exemplificativo: *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2011; *Direito internacional público*. Parte Geral, São Paulo: RT, 2012; *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2013 e nos textos O novo parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição e sua eficácia, publicado na *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 167, Brasília, 2005 e Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro publicado na *Revista de Informação Legislativa*, 46, n. 181, Brasília, jan./mar. 2009. O tema foi objeto de seus estudos de doutoramento.

⁵⁸ Para o autor, as leis internas estariam sujeitas a dois níveis de aprovação: a Constituição e os tratados de direitos humanos material e formalmente constitucionais.

⁵⁹ MAZZUOLLI, 2009, p. 117.

Vale ressaltar, desde já, que, para Ingo Sarlet, a abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais, consagrada pelo § 2º do artigo 5º da CF/88, já se referia a todo e a qualquer tipo de direito fundamental, que integra um efetivo bloco de constitucionalidade, abrangendo, inclusive, a possibilidade de reconhecimento de direitos sociais, atentando-se para a previsão do *caput* do artigo 7º da CF/88⁶⁰:

Há uma vinculação das entidades privadas e dos particulares entre si na concretização dos direitos fundamentais sociais. A natureza indisponível dos direitos não alberga renúncias ou negociações no âmbito da atuação dos particulares, em sede contratual. O princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental, não se exprime somente por atos omissivos de não violação, mas precipuamente em condutas positivas de realização do programa normativo constitucional. Há, neste sentido, um dever geral de respeito aos direitos fundamentais por parte de todos, que não se esgota no catálogo do artigo 7º. A enumeração dos direitos dos trabalhadores no artigo 7º é meramente exemplificativa, não exaurindo o rol de garantias dos trabalhadores (ADI 639, voto do Min. Joaquim Barbosa, j. em 2/6/2005, DJ de 21/10/2005). O abandono da taxatividade tem como escopo a perspectiva de uma sociedade em transformação, que busca em um processo contínua melhoria da condição social.⁶¹

Complementarmente, Mazzuoli recorda que o § 3º do artigo 5º da CF/88, introduzido pela EC 45/04, deve ser interpretado em consonância com o § 2º do mesmo artigo: o primeiro, cuida de questão material e

⁶⁰ SARLET, 2014, p. 516 in CANOTILHO *et al.* *Comentários à constituição*.

⁶¹ COUTINHO, 2014, p. 552 in CANOTILHO *et al.* *Comentários à constituição*. Para Pérez Luño, de acordo com o entendimento de Messner, Müller e Virga, reconhece-se aos direitos fundamentais um caráter estritamente jurídico-positivo, enquanto direitos humanos positivados nas constituições estatais. Na concepção de Hensel representam princípios que resumem a concepção do mundo e que informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, para em Häberle significar a síntese das garantias individuais contidas na tradição dos direitos políticos subjetivos e as exigências sociais derivadas da concepção institucional de direito (LUÑO, 2005, p. 33). “*Por directa influencia de la teoría de los valores y de la teoría institucional la jurisprudencia y la doctrina de la Republica Federal de Alemania a través de la Drittwirkung der Grundrechte, ha desarrollado en los últimos años la tesis de que los derechos fundamentales no afectan sólo a las relacionaes entre el Estados y los ciudadanos, esto es, a las relaciones de subordinación (a tenor del derecho público), sino también a las relaciones de coordinación surgidas entre los particulares (en el plano jurídico privado). Esta eficacia ante terceros o eficacia horizontal (horizontalwirkung), como también ha sido designada, se basa en la necesidad de mantener la plena vigencia de los valores incorporados en los derechos fundamentales en todas las esferas del ordenamiento jurídico. [...] la necesidad de los tribunales de interpretar todas las normas de acuerdo con la Constitucion y los derechos fundamentales en ella enunciados.*” (Idem, p. 319).

formalmente constitucional (equiparação dos tratados ratificados por procedimento especial às emendas constitucionais), enquanto o segundo limita-se à questão material (admitindo o ingresso dos tratados de direitos humanos com *status* constitucional no ordenamento jurídico interno). Para o doutrinador, a possível categorização estabelecida no referido § 3º acabou por conceder tratamento diferenciado para normas internacionais de direitos humanos que “[...] têm igual fundamento de validade, ou seja, hierarquizando diferentemente tratados que têm o mesmo conteúdo ético.”⁶²

Com a promulgação da referida Emenda, os tratados e as convenções sobre direitos humanos, recepcionados pelo ordenamento jurídico nacional, com base no § 3º do artigo 5º da CF/88, passaram a assumir *status* de emenda constitucional (material e formal), devendo ser mencionado o voto de vista do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343/SP⁶³ que explicitou a evolução do tema do valor constitucional dos tratados de direitos humanos, por intermédio da análise histórica da jurisprudência do STF.

Em que pese a posição defendida por Mazzuoli⁶⁴, que entende que

⁶²(MAZZUOLI, 2014, p. 520 in CANOTILHO *et al.* *Comentários a constituição*. Em seus comentários ao § 3º do artigo 5º da CF/88, Mazzuoli vê risco de o Congresso nacional, *sponte propria*, decidir a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos em detrimento de outros, violando a completude material do bloco de constitucionalidade (p. 519). Trata-se, de fato, de risco efetivo, ainda que a indicação do artigo 49 da CF/88 não tenha sido observada durante décadas, no caso da ausência de submissão ao controle congressual dos tratados simplificados concluídos pelo Brasil que não se submetiam ao processo clássico de ratificação, apesar de gerarem compromissos gravosos ao patrimônio nacional, e que eram simplesmente publicados na Seção do Ministério das Relações Exteriores do Diário Oficial. Lado outro, o próprio Congresso, algumas vezes, na análise de mensagem presidencial, aprovou tanto convenções internacionais do trabalho quanto as recomendações a ela correspondentes, ao que parece, desconhecendo que as segundas não se submetem ao processo de ratificação, tornando-as, curiosamente, obrigatórias. A introdução do § 3º do artigo 5º parece ter levado em consideração o cálculo político, no sentido de permitir exatamente a escolha legislativa temida por Mazzuoli, diante da progressista interpretação do § 2º do artigo 5º que, segundo o próprio doutrinador, vinha se fortalecendo na doutrina humanista mais abalizada e na jurisprudência de vários tribunais nacionais.”(Idem, p. 519). Entre a queda do legislador e a ascensão do intérprete, Bauman já refletia: “O sistema, por outro lado, tem uma dificuldade sempre crescente para gerar e tornar plausível uma legitimação capaz de apresentar seu funcionamento como algo mais que um processo quase natural e incontrolável. Como mecanismo de integração sistêmica, o Mercado tende a subordinar e a subsumir todas as legitimações concebíveis do sistema. O papel do Estado é reduzido ao emprego de meios políticos a serviço da perpetuação das condições para o domínio do Mercado. O Estado é, em primeiro lugar e acima de tudo, um instrumento de remercadorização.”(BAUMAN, 2010, p. 255-256). O Legislativo sendo o Legislativo, colocando em xeque o fenômeno da judicialização da política típico dos anos 90.

⁶³ Disponível em: <www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>.

⁶⁴ Haveria, pela leitura do ordenamento jurídico interno sob a égide da Constituição de 1988, duas espécies de tratados sobre direitos humanos que ensejariam o controle de convencionalidade: os tratados materialmente constitucionais, com *status* de norma constitucional (§ 2º do artigo 5º da CF/88) e os tratados material e formalmente constitucionais

os tratados de direitos humanos *lato sensu* funcionariam como paradigmas para o controle de convencionalidade (indistintamente nos termos dos §§ 2º e 3º do artigo 5º da CF/88), com relação àqueles que foram e que serão recepcionados pelo ordenamento jurídico interno, antes da promulgação da EC 45/04, ou sem o quórum previsto no § 3º do artigo 5º da CF/88, parece prevalecer a tese da supralegalidade, principalmente, diante dos votos proferidos no RHC n. 79.785-RJ, Ministro Relator Sepúlveda Pertence (sessão de março de 2000); na Apelação Cível n. 7872/RS (11/11/43), Ministro Relator Philadelpho Azevedo e na Apelação Cível n. 9587/DF (21 de agosto de 1951), Ministro Relator Orozimbo Nonato.

No que diz respeito aos outros tratados que envolvam matéria diversa (civil, comercial, tributária etc.), prevalece no STF a tese da paridade normativa ou da legalidade ordinária, desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier Albuquerque (julgado em 01 de junho de 1977, DJ 29 de dezembro de 1977).

Vale lembrar, ainda, que, de acordo com Mazzuoli, no caso de antinomia entre a lei e o tratado deve ser aplicado o princípio internacional *pro homine*, devendo prevalecer a norma interna ou internacional que mais proteja o sujeito. Considerado um princípio geral de direito, formalizado no artigo 29 do Pacto de San José da Costa Rica de 1969⁶⁵:

- equivalentes às emendas constitucionais (§ 3º do artigo 5º da CF/88). “A diferença entre o § 2º, *in fine*, e o § 3º, ambos do artigo 5º da Constituição, é bastante sutil: nos termos da parte final do § 2º do artigo 5º, os ‘tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte’ são, *a contrario sensu*, incluídos pela Constituição, passando a consequentemente deter o ‘status de norma constitucional’ e a ampliar o rol dos direitos e garantias fundamentais (‘bloco de constitucionalidade’); já nos termos do § 3º do mesmo artigo 5º, a aprovação de tais tratados de direitos humanos pelo quórum qualificado ali estabelecido lhes atribui (tão logo sejam ratificados) a condição de normas ‘equivalentes às emendas constitucionais.’” (Comentários à constituição, p. 521). Essa equivalência teria como efeitos permitir a reforma da Constituição e impedir a denúncia, visto que tais tratados representariam cláusulas pétreas do texto constitucional, posicionamento que deve ser melhor problematizado, contrariando, inclusive, a prática internacional.

⁶⁵Promulgado pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Art. 29 - NORMAS DE INTERPRETAÇÃO. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. Deve-se considerar, ainda, o que especifica a Convenção de Viena sobre o direito dos Tratados promulgada pelo Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009, no sentido de o Estado não poder invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um Tratado (artigo 26);

[...] seu conteúdo expansivo atribui primazia à norma que, no caso concreto, mais proteja os interesses da pessoa em causa [...] norma mais protetiva e garantidora dos seus direitos, encontrada como resultado do diálogo travado entre as fontes no quadro de uma situação jurídica real. (*Teoria geral do controle*, 2009, p. 125.)⁶⁶

É consabido que referido controle de convencionalidade já se consolidou no âmbito da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, podendo ser citados como precedentes os seguintes casos: Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, 2003, voto em separado do juiz Sergio Garcia Ramirez; Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile, 2006; Caso dos trabalhadores demitidos do Congresso vs. Peru, 2006; e Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México, 2010.

No entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, percebe-se que:

[...] o controle de convencionalidade não é [...] um controle exclusivamente jurisdicional igualmente há de ser sublinhado e talvez possa merecer alguma atenção adicional como hipótese plausível. O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado ainda mais a sério nesses casos. Não se pode olvidar que legislação interna incompatível com algum tratado ratificado pelo Brasil e que esteja em vigor na esfera supranacional configura violação do tratado, cabendo ao Poder Legislativo operar de modo preventivo também nessa seara. Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar

o Tratado obriga cada uma das partes em relação a todo o seu território (artigo 29); o Tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos, em seu contexto e à luz do seu objetivo e de sua finalidade, bem assim compreendendo, além do texto, seu preâmbulo e anexos (artigo 31); é possível recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive, aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, com o objetivo de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido no caso de conduzir a um resultado absurdo ou desarrazoado ou deixar o sentido ambíguo ou obscuro (artigo 32). Artigo 43 - Obrigações impostas pelo direito internacional, independentemente de um tratado: A nulidade de um tratado, sua extinção ou denúncia, a retirada de uma das partes ou a suspensão da execução de um tratado em consequência da aplicação da presente Convenção ou das disposições do tratado não prejudicarão, de nenhum modo, o dever de um Estado de cumprir qualquer obrigação enunciada no tratado à qual estaria ele sujeito em virtude do Direito Internacional, independentemente do tratado. (*jus cogens*)

⁶⁶ "No direito interno, o princípio internacional *pro homine* compõe-se de dois conhecidos princípios jurídicos de proteção de direitos: o da dignidade da pessoa humana e o da prevalência dos direitos humanos. (MAZZUOLI, 2009, p. 126.)

violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei, a não ser no caso de tratado aprovado pelo rito do artigo 5º, § 3º, onde, pelo menos assim o sugerimos, o tratado - mesmo de acordo com o entendimento do STF - integra, ao menos em geral, o bloco de constitucionalidade brasileiro. [...].⁶⁷

CAPÍTULO IV - O ESTADO DA JURISPRUDÊNCIA QUANTO AO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E DE LEGALIDADE

A seleção de algumas ementas de acórdãos publicados por determinados Tribunais nacionais, entre os anos de 2016-2017, pode contribuir para que se percebam as opções argumentativas que se apresentam e que se delineiam na jurisprudência acerca do tema do controle de convencionalidade e de legalidade das leis no Brasil. Trata-se de análise preliminar, sem nenhuma pretensão de esgotar o tema ou de encerrar qualquer debate mais aprofundado, o que permanece em aberto.

Da seleção apresentada, observa-se que a discussão, apenas tangenciada em alguns institutos do Direito do Trabalho (equiparação salarial; adicionais de insalubridade e periculosidade, férias proporcionais na resolução contratual e inserção do deficiente físico), apresentou contornos aprofundados em matéria penal, quando se discutiu a tipificação do crime de desacato à luz das garantias introduzidas pelo Pacto de São José da Costa Rica. Portanto, a utilização da teoria do controle de convencionalidade ou de suprallegalidade no Direito do Trabalho não lhe é exclusiva e, muito menos, novidade “estridente”⁶⁸ ou “histriônica” como defendem os favoráveis à Reforma.

Segundo Ronald Dworkin, como recorda o processualista Luiz Guilherme Marinoni, a dignidade da decisão judicial encontra-se não na criação do direito (*a creative perspective*) pelo juiz, mas, sim, na possibilidade de ele decidir a partir de princípios e de fundamentos. Decisões assim proferidas, afirmando princípios ou direitos fundamentais, podem ser vistas

⁶⁷SARLET. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos na perspectiva do assim chamado controle de convencionalidade. *In* MARINONI, 2013, p. 112-113.

⁶⁸“Somente por meio do exercício pleno de nossa condição de agentes morais seremos capazes de encontrar respostas adequadas para os problemas éticos - pois não adianta fazer de conta que não são dessa natureza nossas dificuldades mais proeminentes. É apenas através do reconhecimento dessa dimensão ética de nossa situação que sairemos da falsa alternativa que nos parece fazer escolher entre um discurso tecnocrata dito eticamente neutro, de um lado, e um discurso estridente (quando não histrônico) das convicções cegas que antes querem calar as vozes divergentes que caracterizam o grande coro da democracia e do pluralismo.” Eduardo Wolf analisando o pensamento de Michael Sandel *in* SPITZCOVSKY (Org.), 2016, p. 138.

como construtivistas ou interpretativistas, dependendo de que lugar se parte para analisá-las. Lord Radcliffe, citado por Mauro Cappelletti, dirá que o direito criado pelos juízes é sempre a reinterpretação dos princípios à luz de novas circunstâncias de fato, e acrescentaríamos, nos limites dessa reflexão, de direito internacional, podendo ampliá-los ou recusar a sua aplicação (Juízes legisladores).

[...] Tendo como base a premissa de que não se pode tomar em conta princípios para afirmar um direito não expresso, a decisão que assim o fizer será vista como criadora do direito, mas, ao se admitir que o juiz deve considerar princípios e concretizar direitos, a decisão será compreendida como interpretativa. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Elaboração dos conceitos de “ratio decidendi” e “obter dictum” no direito brasileiro.*)

Considera-se que os princípios desempenham por si mesmos uma função normativa de grande generalidade e de acentuada abstração, podendo operar, conforme ensinamento de Perez Luño, como critérios hermenêuticos, como fontes normativas ou como pautas de valorização. O italiano Michelle Taruffo especifica que o processo não se esgota e não se realiza apenas por seu caráter instrumental, mas enquanto destinado a produzir resultados, a atender um determinado escopo por ele perseguido, no contexto da política do direito e da cultura social prevalentes em determinado sistema jurídico.

Entende-se, portanto, por que se reconhece ao magistrado uma determinada faculdade de interpretação⁶⁹ que deve ser apreendida no contexto dos valores aos quais ele adere, da concepção que ele possa ter da sua missão, da justiça e dos vínculos que ele estabelece com a equidade e, mais precisamente, do seu papel e de sua utilidade social. A interpretação torna a regra operatória e garante sua efetividade, produzindo sentido pelo qual os enunciados jurídicos adquirem seu verdadeiro alcance. Não significa

⁶⁹ Para Michel Van de Kerchove e François Ost “[...] au-delà de ces règles qui forment comme l’ordonnement de l’acte même d’interpréter, la tradition juridique propose au juge d’innombrables arguments et maximes qui lui offrent un clavier qu’il lui appartient d’utiliser au mieux pour produire ‘les coups’ qu’autorisent les particularités du cas qui lui est soumis. Mais, en aucun cas, cette donation de sens ne se réduit à l’application mécanique de règles: l’incertitude qui affecte à la fois la formule légale (caractérisée par sa polysémie et sa ‘texture ouverte’) et l’intention du législateur (parfois absente, quelquefois contradictoire, souvent obscure) ne saurait en effet être levée par le seul recours à des maximes préétablies. Nécessairement faudra-t-il mettre en oeuvre des méta-règles ou directives de préférences orientant le choix de l’interprète entre diverses méthodes d’interprétation. Encore le recours à ces méta-règles n’a-t-il rien d’automatique et de programmé, de sorte qu’un choix réel s’ouvre à l’interprète.” KERCHOVE; OST, 1988, p. 137.

“ser estridente”, ou atuar como monstro pós-moderno⁷⁰ que contraria determinado projeto de poder, mas, sim, instrumentalizar determinado modelo de interpretação que varia “[...] conforme o tipo de sociedade e a respectiva forma jurídico-política dominante [...]”⁷¹, na concepção de Marcelo Neves.

Aliás, Neves recorda que, no século XIX, a teoria do direito, tanto na Escola da exegese quanto na Jurisprudência dos conceitos, procurou construir um modelo de interpretação do direito do tipo “sintático-semântico”, cabendo ao intérprete, tão somente, desvelar o mero sentido denotativo e conotativo da linguagem legal. Problematicando o tema, na primeira metade do século XX, procurou-se enfatizar a dimensão semântico-sintática do processo interpretativo, que teve em Hans Kelsen um de seus expoentes. Já a segunda metade do século passado passou a considerar a construção de um modelo semântico-pragmático, ou seja, a tônica do processo hermenêutico passou a recair na busca de sentido normativo do texto a interpretar em contextos históricos específicos. Há uma “onda modernizante” que insiste em retornar à pré-Exegese com forte pressuposto moralizador das relações trabalhistas com base na autonomia.

IV.1 Do controle de convencionalidade em matéria penal: crime de desacato

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os Tribunais de Justiça dos Estados vêm enfrentando o tema do controle de convencionalidade, no que diz respeito ao crime de desacato, atendendo à previsão do artigo 5º do Código Penal e do inciso I do artigo 1º do Código de Processo Penal. Enquanto crime praticado por particular contra a administração em geral, o crime de desacato, tipificado no artigo 331 do Código Penal, prevê pena de detenção quando o agente “[...] desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela.” Segundo Souza Nucci o elemento objetivo do crime engloba as seguintes condutas: desprezar, faltar com o respeito, humilhar, exigindo-se que a palavra ofensiva ou o ato injurioso seja dirigido ao funcionário, tanto no exercício de sua atividade quanto no caso de o autor levar em consideração o exercício da função pública, ainda que ausente o funcionário dela.

⁷⁰ “[...] o pós-moderno é antes de tudo uma palavra de ordem polêmica, posicionando-se enganosamente contra a ideologia moderna ou contra a modernidade como ideologia, isto é, negando menos a modernidade de Baudelaire, na sua ambigüidade e no seu dilaceramento, do que a das vanguardas históricas do século XX. Donde se conclui que, se a modernidade é complexa e paradoxal, a pós-modernidade o é igualmente. [...]. O pós-moderno contém um paradoxo flagrante: pretende acabar com o moderno, mas, ao romper com ele, reproduz a operação moderna por excelência: a ruptura.” COMPAGNON, 2010, p. 108-109.

⁷¹ NEVES, 2008, p. 196.

Pode implicar em qualquer tipo de palavra grosseira ou ato ofensivo contra pessoa que exerce função pública, incluindo ameaças e agressões físicas. Não se concretiza o crime se houver reclamação ou crítica contra a atuação funcional de alguém. “Simples censura, ou desabafo, em termos queixosos, mas sem tom insólito, não pode constituir desacato. Nem importa que o fato não tenha tido a publicidade que o agravasse, especialmente. Importa, unicamente, que ele tenha dado, de modo a não deixar dúvida, com o objetivo de acinte e de reação indevida ao livre exercício da função pública. [...] No que toca às palavras oralmente pronunciadas. Importam o tom acre e a inflexão dada à voz, quando as testemunhas possam, ao depor sobre o fato, auxiliar na prova de que a configuração do desacato é ou pode ser concluída como inegável.” (ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. *Dos crimes contra a administração pública*, p. 186.) Deve constar na denúncia e na sentença quais foram exatamente as expressões utilizadas pelo agente.⁷²

Analisando o referido tipo penal, com base no disposto nos artigos 13 e 29 do Pacto de São José da Costa Rica, vem reconhecendo a jurisprudência em matéria penal a supralegalidade do Pacto, ainda que se refira ao controle de convencionalidade, para considerar a atipicidade da conduta, com fundamento na preservação da liberdade de expressão⁷³, ou

⁷²NUCCI, 2016, p. 1.133.

⁷³DIREITO PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. APELAÇÃO MINISTERIAL. CRIME DE DESACATO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECONHECIMENTO PELO JUIZ A QUO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA, DIANTE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 1. Preliminar de prescrição virtual arguida pelo apelado em sede de contrarrazões. Afastada. Ausência de previsão legal desta forma de extinção da punibilidade. Matéria consolidada em sede de repercussão geral no STF. 2. Pleito recursal de reforma da sentença, para reconhecer a conformação do delito com o ordenamento jurídico pátrio e dar seguimento à ação penal. Improvimento. Interpretação do art. 13 c/c art. 29 da convenção americana de direitos humanos. Direito à liberdade de expressão. Tratado supralegal (RE 349703, relator(a): Min. Carlos Britto, relator(a) p/ acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 3/12/2008, dje104 divulg 4/6/2009 public 5/6/2009 ement vol-02363-04 p. 00675). Controle de convencionalidade que se impõe. Necessária conformação da ordem jurídica interna. Precedentes da corte interamericana em casos concretos envolvendo outros países. Relatórios elaborados pela comissão interamericana que concluem pela necessidade de exclusão do crime de desacato dos ordenamentos jurídicos dos países signatários do Pacto de San José da Costa Rica. Interpretação realizada pela comissão e pela corte que devem ser seguidas, por serem, por excelência, os órgãos que interpretam a CADH. Impossibilidade de o estado ficar em posição superior ao particular. Desacato que tem como vítima primária o estado. Regime democrático de direito. Liberdade de críticas à ação estatal que não pode ser tolhida do particular, impondo-lhe uma ameaça de responder a uma ação penal. Existência de outros meios capazes de solucionar eventuais ofensas à atuação de agentes públicos. Precedente da quinta turma do STJ (RESP 1640084/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, quinta turma, julgado em 15/12/2016, dje 1/2/2017). Recurso conhecido, preliminar afastada e, no mérito, julgado improvido. (TJBA; AP 0305190-67.2011.8.05.0001; Salvador; Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. João Bosco de Oliveira Seixas; Julg. 6/7/2017; DJBA 19/7/2017; p. 460.)

manifestando-se expressamente pela absolvição da conduta típica.⁷⁴ Em

⁷⁴ APELAÇÕES CRIMINAIS. DESOBEDIÊNCIA, DESACATO E CORRUPÇÃO ATIVA. JUÍZO DE CENSURA PELOS ARTIGOS 330, 331 e 333, TODOS DO CÓDIGO PENAL, EM CÚMULO MATERIAL. E, ABSOLVIÇÃO POR UMA CONDUTA DE DESACATO, E PELO DELITO DE RESISTÊNCIA. Preliminar voltada à nulidade processual, representada pelo cerceamento de defesa, que é afastada. Juízo *a quo*, que veio a indeferir o pleito defensivo da 2ª apelante, objetivando a apresentação de quesitos, de natureza genérica e hipotética, a serem endereçados e respondidos, pelos peritos do IML. Questionamentos prescindíveis à elucidação da dinâmica delitiva, pois sem especificidade, e que por esta razão foram indeferidos, em decisão devidamente fundamentada. Impertinência do pleito defensivo, para apresentação de quesitos, desnecessários, e irrelevantes, para apurar o ocorrido. Ausência de demonstração de prejuízo à defesa plena da 2ª apelante, que anexou pareceres médicos, quanto à questão, não havendo que falar em nulidade, face à previsão dos artigos 563 e 566 do CPP. Prévias que se rejeita. Mérito do apelo defensivo, que está voltado à absolvição da 2ª apelante, pelo delito de desobediência, que é acolhido. 2ª apelante que, conduzindo seu veículo, descumpriu a ordem de parada, que foi dada pelos policiais militares, os quais atuavam na blitz conhecida como “operação da Lei seca”, evadindo-se do local. Desobediência à ordem emanada de autoridade competente para fiscalizar o trânsito, que se amolda à figura prevista no art. 195 do Código de Trânsito Brasileiro, caracterizando infração de natureza administrativa. Conduta da 2ª apelante que se mostra atípica, na hipótese, não estando inserida na figura do artigo 330 do CP, face à expressa previsão, na Lei n. 9.503/97, de sanção, a ser imposta, consistente na penalidade de multa. Circunstância que evidencia a atipicidade da conduta, consoante entendimento consolidado do colendo STJ, no sentido de que, para configurar o crime de desobediência, é insuficiente o mero descumprimento de ordem legal, emanada por funcionário público competente, sendo indispensável, também, que inexistia sanção, em Lei específica, no caso de descumprimento do ato. Na hipótese vertente, a existência de punição própria à espécie e contida no Código de Trânsito Brasileiro, leva ao reconhecimento da atipicidade da conduta da 2ª apelante, neste tópico; e, assim, à sua absolvição, pelo inciso III do artigo 386 do CPP quanto ao delito de desacato, praticado em face dos policiais militares, que tentavam realizar a sua prisão em flagrante, e, posteriormente, da delegada de polícia, Srª Verônica Stiepanowz, tem-se consoante, atual, entendimento desta relatora, a sua atipicidade, o que se realiza, em controle de convencionalidade, que tem por princípio fundamental a proteção dos direitos humanos. Na hipótese, a convenção americana dos direitos humanos (Pacto São José da Costa Rica). Artigo 13 CIDH e princípio n. 11 sobre a liberdade de expressão. Quanto ao crime de corrupção ativa, tem-se que o núcleo corresponde a uma oferta, e a prova oral não a traz, e sim que foram os policiais questionados, quanto ao valor que queriam para que encerrassem a situação desastrosa, na qual se encontrava a ora apelante. É certo que uma das testemunhas fala em oferecimento mas, logo em seguida, repisa a fala do apelante, quanto ao valor que era desejado pelos agentes militares. Tratando-se em realidade em uma negociata, que não se efetivou, sem correspondência ao tipo penal. Absolvição que se impõe, artigo 386, III, do CPP. Apelo ministerial, que está voltado à condenação da segunda apelante, por uma conduta de desacato, e pelo crime de resistência, além do acréscimo da pena pecuniária, que não merece prosperar. Quanto à conduta de desacato, atribuída à apelante Christiane, controle de convencionalidade a afastá-la. No tocante ao item endereçado no apelo ministerial, e que está voltado à formação do juízo de censura, pelo crime de resistência. Ausência de evidência que demonstre, efetivamente, a violência, ou grave ameaça, praticada pela apelante, visando evitar a sua prisão em flagrante. Circunstância que revela a mera tentativa de fuga, ao visar o ingresso, com seu veículo, na garagem do prédio, em conduta que não se amolda à figura tipificada no artigo 329 do CPC. Absolvição que se mantém, neste tópico, com fundamento no artigo 386, VII, do CPP. Por unanimidade e nos termos do voto da relatora, foi dado provimento ao recurso para absolver a ré, ficando desprovido o apelo ministerial. Fará declaração de voto o desembargador José Muiños Piñeiro Filho. (TJRJ; APL 0054170-60.2013.8.19.0001; Rio de Janeiro; Sexta Câmara Criminal; Relª Desª Rosita Maria de Oliveira Netto; Julg. 31/1/2017; DORJ 17/7/2017; p. 309.)

sentido oposto, manteve-se o entendimento quanto à incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, em atendimento à previsão do artigo 13.2 do mesmo Pacto⁷⁵, posicionando-se pelo recebimento da

⁷⁵ HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICADOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde então, a figurar com observância obrigatória e integral do estado. 2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem *status* de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da magna carta. Precedentes. 3. De acordo com o art. 41 do Pacto de São José da Costa Rica, as funções da comissão interamericana de direitos humanos não ostentam caráter decisório, mas tão somente instrutório ou cooperativo. Desta feita, depreende-se que a CIDH não possui função jurisdicional. 4. A corte internacional de direitos humanos (IDH), por sua vez, é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da convenção americana sobre direitos humanos, possuindo atribuição jurisdicional e consultiva, de acordo com o art. 2º do seu respectivo estatuto. 5. As deliberações internacionais de direitos humanos decorrentes dos processos de responsabilidade internacional do estado podem resultar em: recomendação; decisões quase judiciais e decisão judicial. A primeira revela-se ausente de qualquer caráter vinculante, ostentando mero caráter “moral”, podendo resultar dos mais diversos órgãos internacionais. Os demais institutos, porém, situam-se no âmbito do controle, propriamente dito, da observância dos direitos humanos. 6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente “poder de embarço” ou “mobilização da vergonha”. 7. Embora a comissão interamericana de direitos humanos já tenha se pronunciado sobre o tema “leis de desacato”, não há precedente da corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. 8. Ademais, a corte interamericana de direitos humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão. 9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade. 10. Os vetores de hermenêutica dos direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do direito à liberdade de expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal. 11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os

denúncia ou pela manutenção da tipicidade⁷⁶, podendo restar incólume, no

requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com aceção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública. 12. A CIDH e a corte interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio, exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito. 13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de Leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo estado e em vigor no território nacional." 14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material. 15. Ainda que existisse decisão da corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao estado. Aplicação da teoria da margem de apreciação nacional (*margin of appreciation*). 16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a administração pública. Apontamentos da doutrina alienígena. 17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra *lato sensu* da administração pública. 18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. Do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal. 19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo *ictu oculi*, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas. 20. *Habeas corpus* não conhecido. (STJ; HC 379.269; Proc. 2016/0303542-3; MS; Terceira Seção; Rel. Desig. Min. Antonio Saldanha Palheiro; DJE 30/6/2017.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO QUE APRESENTA MANIFESTO INTUITO PREQUESTIONATÓRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO VENTILADA. Enfrentamento do controle de convencionalidade que, sem violar a cláusula de reserva de plenário, interpreta a opção legislativa de incriminação nos moldes do Pacto San José da Costa Rica e entende presente o amoldamento típico da conduta do acusado (frise-se revel), no crime de desacato, eis que teria dirigido aos agentes militares em patrulhamento menoscabo pelos dizeres "vai tomar no cu! seus viados!". Necessária observância ao verbete sumular n. 170 do TJRJ. Embargos rejeitados. (TJRJ; APL 0346043-60.2013.8.19.0001; Rio de Janeiro; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. João Zivaldo Maia; Julg. 16/5/2017; DORJ 30/6/2017; p. 186.)

⁷⁶ **AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DESACATO. Art. 331 do CP. Controle de convencionalidade.** Art. 13 da convenção americana sobre direitos humanos. Tipificação compatível. Precedente. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso especial. (STJ; AREsp 1.071.275; Proc. 2017/0062787-0; SC; Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; DJE 9/6/2017.) **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESACATO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO MINISTERIAL. PRETENDIDO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE LEVANTADO DE OFÍCIO PELO RELATOR. AFASTADO. CONDUTA TÍPICA. RECURSO PROVIDO. I.** O Controle de Convencionalidade do crime de desacato realizado pela 5ª Turma do STJ é, além de desprovido de força vinculante ou de reconhecimento de repercussão geral, inadequado, considerando a natureza da referida norma penal, que trata essencialmente da violação de bem jurídico fundamental essencial à manutenção da ordem democrática de direito. Além disso, recentemente, no julgamento do HC n. 379.269/MS, a 3ª

caso de absolvição, a possibilidade de responsabilização civil do agente ou

Seção do STJ definiu que desacato continua sendo crime. (TJMS; RSE 0014542-23.2013.8.12.0110; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 4/7/2017; p. 41.)

APELAÇÃO. Desacato. Denúncia que imputa ao acusado a conduta, livre, consciente e voluntária de proferir em desfavor de policiais militares as palavras "vai tomar no cu, seus viados!", quando estes, em regular patrulhamento, realizaram abordagem a um grupo de pessoas, dentre elas o acusado. Réu revel. Sentença que condena o acusado a seis meses de detenção em regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade. Recurso exclusivamente defensivo que persegue, primeiramente, o controle de convencionalidade para excluir a ilicitude da conduta eis que reflexo do exercício da liberdade de expressão. No mais, pugna pela absolvição com fundamento em insuficiência probatória e atipicidade por ausência de dolo específico na conduta. Controle de convencionalidade que não socorre ao acusado porquanto o Pacto de San José da Costa Rica, ainda que assegure a liberdade de expressão, traça freio ao seu exercício quando assegura responsabilização ulterior do agente na forma da Lei quando haja violação à reputação das pessoas, e da ordem e moral públicas. Convenção americana de direitos humanos que se alinha à proteção da dignidade da pessoa humana, sendo os militares ofendidos também destinatários desta proteção, eis que sujeitos passivos secundários do crime de desacato. Plena vigência do tipo penal de desacato. Insuficiência probatória que não encontra supedâneo nos autos, eis que ambos os agentes da Lei revelaram que o acusado os teria mandado "tomar no cu" e os xingado de "viados", poder judiciário do estado do Rio de Janeiro, quarta câmara criminal, apelação criminal n. 0346043-60.2013.8.19.0001 f. 2, secretaria da quarta câmara criminal beco da música, 175, 1º andar. Sala 104. Lâmina IV centro. Rio de Janeiro/RJ. Cep 20010-010 tel.: + 55 21 3133-5004. *E-mail:* 04ccri@tjrj.Jus.BR (w) após abordagem policial, o que além de destacar inequívoca autoria ainda revela estar presente dolo específico por estar nítida a intenção de menoscabo ao regular exercício da função pública. Recurso desprovido. (TJRJ; Ap 0346043-60.2013.8.19.0001; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. João Ziraldo Maia; Julg. 16/5/2017; DORJ 22/5/2017.)

APELAÇÃO CRIMINAL. DESACATO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. PRECEDENTE DO STJ SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EFICÁCIA DO TIPO PENAL. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. PALAVRA DAS VÍTIMAS. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA. CULPABILIDADE EVIDENCIADA. TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULOS NA FORMA TENTADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INVIABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Comprovado que o apelante proferiu palavras de baixo calão contra os policiais que atendiam a ocorrência e evidenciada a intenção de menosprezá-los no exercício de suas funções, caracterizado está o delito de desacato. 2. Embriaguez voluntária não exclui a culpabilidade (teoria da *actio libera in causa*), somente aquela que, sendo completa, advém de caso fortuito ou força maior, conforme dispõe o artigo 28, § 1º do Código Penal. 3. A desclassificação para invasão de domicílio não prospera quando provado que o agente somente não consumou a subtração em razão de circunstâncias alheias à sua vontade, consoante relato da vítima e depoimento dos policiais atuantes na ocorrência. (TJAM; APL 0002839-54.2016.8.04.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Djalma Martins da Costa; DJAM 30/3/2017; p. 22.)

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. CRIME DE DESACATO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. PERMANÊNCIA DA FIGURATIVA TÍPICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. O recorrente foi condenado pela prática do crime de desacato (art. 331, CP) por ter, de forma livre e voluntária, se dirigido a policiais militares, no exercício das respectivas funções públicas, com as expressões policiais de merda e monte de merda, estando preenchidas

o enquadramento da conduta em outro tipo penal.⁷⁷ Há entendimento que

as elementares do tipo penal. A autoria e a materialidade restaram devidamente comprovadas por meio da prova oral colhida na instrução judicial, sob o crivo do contraditório, corroborada pelos elementos informativos obtidos com a persecução penal. Decreto condenatório proferido com adequado embasamento. Os depoimentos dos policiais militares, dotados de fé pública que são, devem ser presumidos verdadeiros, sendo aptos a embasar a condenação, notadamente quando coerentes e harmoniosos com o conjunto probatório constante do processo. Não há falar, desse modo, em ausência de provas idôneas para a condenação. Nesse sentido: 1. Realizam o tipo penal do crime de desacato expressões de cunho desrespeitoso e de desprestígio à função pública exercida pelos policiais militares, agentes do Estado, que em cumprimento de dever realizaram abordagem padrão em possível suspeito. [...] 3. Os depoimentos dos policiais desacatados são suficientes para fundamentar a condenação criminal, se estiverem coerentes com as circunstâncias descritas nos autos, pois são portadores de presunção de veracidade, porquanto emanados de agente público. (Acórdão n. 970830, 20150111362483APJ, Relator: Pedro DE ARAUJO YUNG-TAY NETO 3ª Turma Recursal, Data de Julgamento: 4/10/2016, Publicado no DJE: 7/10/2016. p. 610/614). O direito de liberdade de expressão, insculpido no art. 5º, IX, da Constituição não autoriza o manifesto desprestígio aos agentes públicos no exercício de suas funções. Não obstante o respeito que devam merecer os julgados dos Tribunais Superiores, a existência de decisão isolada de uma das turmas do egrégio STJ afastando a criminalização do desacato não traduz a jurisprudência pacífica daquela Corte, tampouco pode ser tida como suficiente para a retirada da figura típica do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente se observado que fora tomada por ocasião do julgamento de Recurso Especial, cujos efeitos se restringem à parte recorrente que nele logrou êxito. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Sem custas e sem honorários. A Súmula de julgamento servirá de acórdão, conforme regra do art. 82, § 5º, da Lei n. 9.099/95. (TJDF; APR 2016.10.1.003070-9; Ac. 101.3092; Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais; Rel. Juiz Eduardo Henrique Rosas; Julg. 25/4/2017; DJDFTE 3/5/2017.)

77 DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA n. 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS n. 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COMA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

1. Uma vez interposto o recurso de apelação, o Tribunal, respeitando o contraditório, poderá enfrentar todas as questões suscitadas, ainda que não decididas na primeira instância, desde que relacionadas ao objeto litigioso recursal, bem como apreciar fundamentos não acolhidos pelo juiz (arts. 10 e 1.013, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal). 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes cometidos mediante o uso de violência ou grave ameaça, como o roubo. 3. O pleito de desclassificação do crime de roubo para o de constrangimento ilegal carece da indicação do dispositivo legal considerado malferido e das razões que poderiam fundamentar o pedido, devendo-se aplicar o veto da Súmula n. 284/STF. Além disso, o tema não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem a parte interessada opôs embargos de declaração para suprir tal omissão, o que atrai o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do STF. 4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de “medidas legislativas ou de outra natureza” visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais. 5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543 - C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário

limita o controle de convencionalidade na matéria à espécie concentrado⁷⁸,

466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, “[...] o que significa dizer que toda Lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade.” 6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, “[...] no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade.” 7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de Emenda Constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de Recurso Especial. 8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros V. Chile*, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos. 9. Por conseguinte, a ausência de Lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão. 10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, CIDH, já se manifestou no sentido de que as Leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment*, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário. 11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado *pro homine*, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos. 12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado. Personificado em seus agentes sobre o indivíduo. 13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito. 14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas Leis de desacato. 15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público. 16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP). (STJ; REsp 1.640.084; Proc. 2016/0032106-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; DJE 1/2/2017.)

APELAÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA E DESACATO. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS. “PALAVRAS EXALTADAS” PROFERIDAS QUANDO A CAPACIDADE DE DISCERNIMENTO DO APELANTE ESTARIA ALTERADA. USO DE ÁLCOOL E ENTORPECENTES. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA. RESPONSABILIDADE PENAL NÃO EXIMIDA. AMEAÇA. AUSÊNCIA DE TEMOR DA VÍTIMAS. POLICIAIS MILITARES. CONDUTA ATÍPICA. LIÇÃO DOUTRINÁRIA E ARESTO DO TJMT. DESACATO. RECONHECIMENTO DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE O ART 331 DO CP E ART. 13 DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA PELO STJ. TIPICIDADE CRIMINAL AFASTADA. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. DOUTRINA E JULGADOS DO TJMT. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO. “Revela-se atípica a conduta de quem profere ameaça durante uma

ao que parece, rechaçando a possibilidade do controle de convencionalidade

discussão, em estado de embriaguez, sem força de inculpar na vítima o receio de que o mal injusto e grave possa se concretizar.” (TJMT, Ap n. 66811/2016) “1. A tipificação penal do crime de desacato (ART. 331 DO CP) é incompatível com o artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão, o qual foi incorporado, sem reservas, ao ordenamento jurídico interno, por meio do Decreto n. 678/92. 2. “A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, CIDH, já se manifestou no sentido de que as Leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo *establishment*, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público.” (STJ, RESP. N. 1640084 - SP).” (TJMT, HC n. 1001148-56.2017.8.11.0000). (TJMT; APL 180182/2016; Água Boa; Rel. Des. Marcos Machado; Julg. 25/4/2017; DJMT 28/4/2017; p. 136.)

APELAÇÃO. CRIME DE DESACATO. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA. OCORRÊNCIA. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. CRIMINALIZAÇÃO ANACRÔNICA. ABSOLVIÇÃO. RECURSO PROVIDO, EM DISSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a prevalência do poder estatal sobre os indivíduos. De acordo com os preceitos contidos na convenção americana de direitos humanos (art. 13, II, a) e a recente decisão da 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça (RESP. n. 1.640.084/sp), revela-se atípica a conduta de desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela. A ausência de Lei veiculadora de *abolitio criminis* não inibe a atuação do poder judiciário na verificação da inconformidade do artigo 331 do Código Penal, podendo realizar o denominado controle de convencionalidade. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade civil ou penal, pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o agente público. (TJMT; APL 173160/2016; Barra do Garças; Rel. Des. Orlando de Almeida Perri; Julg. 7/3/2017; DJMT 10/3/2017; p. 63.)

⁷⁸ PENAL. APELAÇÃO CRIME. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE EM CONCURSO MATERIAL COM DIREÇÃO SEM HABILITAÇÃO E DESACATO. CONDENAÇÃO. 1. Preliminar. 1. 1. Nulidade processual. Indeferimento de pedido de fornecimento de endereço de testemunha não encontrada para audiência. Improcedência. Se tratava a testemunha de ex-companheira do apelante e na forma do art. 206 da Lei adjetiva penal, a oitiva de parentes e cônjuges quando não for possível a obtenção de provas por outros meios, considerando, a mais, as testemunhas já ouvidas na instrução, cinco até então, o julgador indeferiu o pleito. Ademais, foi juntado aos autos, declaração da lavra da testemunha com o teor do que seria dito em audiência. O julgador, na forma do art. 155 do CPP, demonstração com a decisão que os elementos até então colhidos formaram sua convicção. 1. 2. Pleito de revogação da prisão preventiva. Indeferimento. A autoridade processante, por ocasião da sentença, afirmou que permaneciam os motivos ensejadores da decretação de sua prisão preventiva, sobretudo, para garantia da ordem pública, vez que constatada sua renitência criminosa, sendo reincidente, como também pelo fato do mesmo estar sendo investigado, mais recentemente, como autor de crime de homicídio, feito em que teve sua prisão temporária convertida em prisão preventiva. 2. Mérito. Crimes de embriaguez ao volante e dirigir sem habilitação. Pretensão absolutória. Improcedência. O apelante, sem a devida habilitação, foi flagrado, por policiais militares, dirigindo, sob efeito de álcool, um veículo, em alta velocidade e com as luzes apagadas, podendo, com sua conduta, colocar em risco a sua incolumidade física e a de terceiros. 3. Crime de desacato. Alegação de atipicidade da conduta. Por ocasião da abordagem, o réu proferiu palavras de baixo calão aos agentes públicos, caracterizando o crime de desacato. A pretensão da defesa de ter reconhecida atipicidade da conduta, em face

difuso⁷⁹ exercido por qualquer magistrado ou Tribunal.

Mantendo-se no registro da polêmica, há decisão que enquadra a conduta típica em crime diverso ao de desacato, referindo-se expressamente ao afastamento da possibilidade do controle de convencionalidade na matéria.⁸⁰ Decisão do TJRS acabou por relativizar a teoria da dupla compatibilidade

de recente decisão da quinta turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.640.084, que reconheceu a incompatibilidade do crime de desacato com a convenção americana de direitos humanos, ao meu sentir, respeitados entendimentos diversos, tal decisão foi prolatada em um Recurso Especial cujos efeitos, sabidamente, são interpartes, para caso concreto. Trata-se, apenas de um precedente, uma decisão isolada de uma das turmas daquela corte de justiça, sabendo-se, a mais, que a competência para controle de convencionalidade, - cujo parâmetro de controle sejam normas de direitos humanos aprovadas pelo mesmo quórum exigido para aprovação de emendas constitucionais, na forma do art. 5º, § 3º, da constituição cidadã -, é do Supremo Tribunal Federal. 4. Pretensão de lenificação da censura penal. Improcedência. Vislumbrando a dosimetria da pena levada a termo pelo judicante, constata-se que o apenado já fora condenado por roubo e posse de arma de fogo, demonstrando personalidade voltada a reiteração de práticas criminosas, além de configurar, o fato, reincidência. Tais condições foram consideradas pelo judicante e conduziram à fixação da censura penal do acriminado. Dessa forma, nada há que justifique a reforma da censura penal imposta ao apenado, tendo sido balizada pelos dispositivos legais pertinentes, respeitados, ainda, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Recurso conhecido e improvido. (TJCE; APL 0008077-10.2014.8.06.0181; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo; DJCE 28/6/2017; p. 91.)

⁷⁹“O controle da compatibilidade da lei com os tratados internacionais de direitos humanos pode ser feito mediante ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal, quando o tratado foi aprovado de acordo com o § 3º do artigo 5º da CF/88. Obviamente, estes tratados também constituem base ao controle difuso. No atual sistema normativo brasileiro, os tratados que possuem *status* normativo supralegal apenas abrem oportunidade ao controle difuso. O exercício do controle da compatibilidade das normas internas com as convencionais é um dever do juiz nacional, podendo ser feito a requerimento da parte ou mesmo de ofício. Lembre-se, neste sentido, a decisão proferida pela Corte interamericana no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru, 2006.*” (MARINONI. Controle de convencionalidade na perspectiva do direito brasileiro. In MARINONI, 2013, p. 66-67.)

⁸⁰ APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. DESACATO. Episódio ocorrido na comunidade do borel, Comarca da capital. Irresignação ministerial diante do desenlace absolutório, pleiteando a cassação da sentença, com o prosseguimento do feito nos seus ulteriores termos, por entender que - se a conduta incriminada consistir em desprezo, em falta ao respeito ou em ato de humilhação ao funcionário público, é de se reconhecer a ocorrência do crime de desacato, pois estas condutas abusam do direito à liberdade de expressão -. Improcedência da pretensão recursal ministerial. Mantém-se, por fundamento diverso daquele sentencialmente manejado, a absolvição sumária do recorrido porquanto as ofensas assacadas em face do policial militar não se mostraram, pelos termos que as materializaram, diretamente dirigidas à função pública por aquele exercida, mas se pautaram por um caráter que pareceu ser nitidamente pessoal, a se constituir, portanto, um crime contra a honra e não um crime contra a administração pública, cuja regência da ação penal em questão é diversa daquela adotada para o desacato, sendo certo que já decorreu o prazo decadencial semestral ao oferecimento da respectiva representação. Observa-se que a mera circunstância do ofendido se encontrar fardado e de serviço quando o fato se deu, não estabelece a presunção de que a ofensa realizada se dirigia a esta e não à sua pessoa em específico. Relembre-se que a tese do controle de convencionalidade, enquanto fator de atipicidade do crime de desacato no cenário nacional

vertical material, ao reconhecer que a proteção garantida pela CF/88 é superior àquela trazida pelo Pacto⁸¹, havendo acórdão do mesmo Tribunal que problematiza mais aprofundadamente a necessidade dessa interpretação. Há, ainda, decisão que minimiza o alcance da teoria do controle de convencionalidade, utilizada de maneira meramente argumentativa, ao afastar a tipicidade pelo fato de o funcionário público demonstrar completo desinteresse pelo ato ofensivo proferido pelo agressor, inexistindo o crime, visto que a função pública não chega a ser desprestigiada.⁸²

não mais subsiste, já que recentemente, a terceira seção da corte cidadã, em acórdão da lavra do Min. Antônio Saldanha Palheiro (HC n. 379269), decidiu abandonar tal solução, já que a figura típica mencionada naqueles tratados internacionais utilizados em tal posicionamento libertário disciplina a restrição à amplitude do direito de crítica e da liberdade de expressão desenvolvida em face de funcionário público, no exercício de suas funções, mas o que já não acontece com a figura existente na regulação típica pátria e que ostenta o mesmo *nomen juris* daquela, mas exibindo conteúdo de tutela diverso, de modo que não podem ser tratadas de modo igualitário -desprovemento do apelo ministerial. (TJRJ; APL 0373884-30.2013.8.19.0001; Rio de Janeiro; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Noronha Dantas; Julg. 13/6/2017; DORJ 20/6/2017; p. 250.)

⁸¹ EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ATIPICIDADE DO DESACATO. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DO ART. 619 DO CPP. 1. A superveniência de precedente que entendeu atípica a conduta do desacato, em vista da convenção americana de direitos humanos, não autoriza o reconhecimento da atipicidade do crime do art. 331 do CP. 2. Uma decisão que caminhe na linha da invalidade do art. 331 do CP, por contrariedade à convenção americana sobre direitos humanos, internalizada por meio do Decreto n. 678, de 6/11/92, passa necessariamente pelo incidente de inconstitucionalidade. Poder-se-ia cogitar de estabelecer uma adequação entre a legislação infraconstitucional e a convenção americana - Controle de convencionalidade - Se nesta houvesse alguma norma de direito fundamental protetiva para além do estabelecido na constituição. Não é o caso, pois a CF/88, é até mais protetiva que a convenção americana no que diz respeito à liberdade de expressão e a proibição de censura. 3. A regra que estabeleceu a liberdade de expressão, na Constituição Federal e no Pacto San José da Costa Rica, não revogou o art. 331 do Código Penal. A liberdade de expressão não é um direito absoluto do cidadão. Não existe, pois, uma inaplicabilidade *a priori* da regra que prevê o desacato, senão de situação em que deve ser vista, circunstancialmente, se o ato praticado é caracterizador ou não desse desprestígio para com a administração pública e/ou se consubstanciou em proporcional exercício da mencionada liberdade. Embargos desacolhidos. (TJRS; EDcl 0069262-37.2017.8.21.7000; Santa Rosa; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Júlio Cesar Finger; Julg. 13/4/2017; DJERS 16/5/2017.)

⁸² APELAÇÃO CRIME. Condenação pela prática dos delitos previstos nos artigos 147 e 331 do Código Penal, e artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Não comprovação de que as vítimas, bombeiros, teriam efetivamente se sentido ameaçadas pelas palavras proferidas pelo apelante. Elemento essencial do tipo. Dúvida razoável. Aplicação do princípio do *in dubio pro reo*. Crime do artigo 331 do Código Penal. Controle de convencionalidade exercido pelo Superior Tribunal de justiça no RESP 1640084/SP. Declaração de incompatibilidade da previsão penal com o Pacto de San José da Costa Rica, norma de caráter supralegal. Absolvção. Crime de embriaguez ao volante. Materialidade e autoria comprovadas. Lavratura de termo de constatação de sinais identificadores da embriaguez. Mantida a condenação por este delito, mas operando-se a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos. Recurso parcialmente provido. (TJPR; ApCr 1598483-9; Jaguariáiva; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Roberto de Vicente; Julg. 27/4/2017; DJPR 15/5/2017; p. 394.)

IV.2 Do controle de convencionalidade em matéria trabalhista: equiparação salarial, férias proporcionais na justa causa e cumulação de adicionais de insalubridade e de periculosidade

O controle de convencionalidade vem sendo utilizado pela Justiça do Trabalho, com bastante resistência, para a solução de controvérsias que se relacionam à extensão do disposto nos artigos 146, 193 e 461 da CLT, a título de exemplos, não se referindo, muitas das vezes, expressamente a essa teoria, mas buscando a prevalência das NITs sobre a legislação ordinária.

O § 2º do artigo 193 da CLT especifica que o empregado deverá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido. Há fundamento no sentido de não afastar a aplicação do referido § 2º, em que pese a previsão no inciso “b” do artigo 11 da Convenção n. 155 da OIT, que estabelece que todos os riscos à saúde, decorrentes da exposição simultânea a diversos agentes ou substâncias, devem ser considerados⁸³, fazendo prevalecer a jurisprudência da

⁸³ RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI n. 13.015/2014. 1. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Discute-se, no caso, a possibilidade de recebimento cumulado dos adicionais de insalubridade e periculosidade. O Tribunal Regional, realizando controle de convencionalidade, concluiu que o artigo 193, § 2º, da CLT não pode ser aplicado, em face do que dispõe o artigo 11, b, da Convenção 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, segundo o qual todos os riscos à saúde decorrente da exposição simultânea a diversos agentes ou substância devem ser considerados. Contudo, cumpre salientar que a SBDI-1 desta Corte Superior, na sessão do dia 13/10/2016, ao examinar o recurso E-RR-1072- 72.2011.5.02.0384, de Relatoria do Min. Renato de Lacerda Paiva, cujo acórdão está pendente de publicação, decidiu, por maioria, não ser possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, mesmo havendo exposição do empregado a agentes diversos, conforme disposto pelo artigo 193, § 2º, da CLT. Nesse cenário, em atendimento à mais recente jurisprudência da SBDI-1 do TST, conclui-se que o Tribunal Regional, ao deferir a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade ainda que decorrentes de fatos geradores distintos, violou o artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. 2. MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. ATRASO NA HOMOLOGAÇÃO. NÃO CABIMENTO. O Tribunal Regional registrou que, muito embora as verbas tenham sido pagas no dia de afastamento do empregado, a homologação do acerto rescisório ocorreu em atraso. A sanção prevista no § 8º do artigo 477 da CLT tem por objetivo punir o empregador que, sem motivo justificado, deixa de efetuar o pagamento das parcelas rescisórias no prazo fixado no § 6º do mencionado dispositivo. A homologação intempestiva da rescisão contratual, no entanto, não autoriza, segundo a jurisprudência desta Corte, a incidência da mencionada sanção. Recurso de revista conhecido e provido. 3. DISPENSADA CITAÇÃO DO EXECUTADO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 880 DA CLT. O Tribunal Regional manteve a sentença em que se reputou desnecessária a citação do devedor para deflagração dos atos executórios. A Recorrente alega violação do art. 880 da CLT, ao argumento de que, havendo expressa previsão no texto consolidado, não se pode simplesmente dispensar a formalidade da citação. Com efeito, há regramento específico na CLT quanto ao procedimento de cumprimento de sentença e, nos termos do artigo 880, consta disposição expressa acerca da necessidade de citação/intimação do executado para que cumpra a decisão, efetuando o pagamento da quantia devida ou garanta a execução, sob pena de penhora. Desse modo, ao manter a r. sentença e reconhecer a possibilidade de dispensa da citação do executado, o Tribunal Regional violou o artigo 880 da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (TST; RR 0002219-95.2013.5.08.0126; Sétima Turma; Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues; DEJT 16/6/2017; p. 902.)

SDI sobre a potencial interpretação pautada pelo artigo 29 do Pacto de San José da Costa Rica, desconsiderando a possibilidade de controle de convencionalidade difuso na espécie. Em sentido diverso, há acórdão que privilegia as normas internacionais do trabalho em controle de convencionalidade difuso.⁸⁴

RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI N. 13.015/2014. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI N. 13.015/2014. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Discute-se, no caso, a possibilidade de recebimento cumulado dos adicionais de insalubridade e periculosidade. O Tribunal Regional, realizando controle de convencionalidade, concluiu que o art. 193, § 2º, da CLT não pode ser aplicado, em face do que dispõe o art. 11, b, da Convenção 155 da OIT, ratificada pelo Brasil, segundo o qual todos os riscos à saúde decorrentes da exposição simultânea a diversos agentes ou substância devem ser considerados. Contudo, cumpre salientar que a SBDI-1 desta Corte Superior, na sessão do dia 13/10/2016, ao examinar o recurso E-RR-1072-72.2011.5.02.0384, de Relatoria do Min. Renato de Lacerda Paiva, cujo acórdão está pendente de publicação, decidiu, por maioria, não ser possível a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, mesmo havendo exposição do empregado a agentes diversos, conforme disposto pelo art. 193, § 2º, da CLT. Nesse cenário, em atendimento à mais recente jurisprudência da SBDI-1 do TST, conclui-se que o Tribunal Regional, ao deferir a cumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade ainda que decorrentes de fatos geradores distintos, violou o artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista conhecido e provido. (TST; RR 0001768-92.2014.5.03.0023; Sétima Turma; Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues; DEJT 18/11/2016; p. 1.663.)

⁸⁴ RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES N. 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à Lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais n. 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384, 7ª Turma, Ministro Relator Cláudio BRANDÃO, Publicado em 13/10/2014). (TRT 3ª R.; RO 0011089-86.2015.5.03.0001; Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault; DJEMG 9/12/2016.)

Com relação ao instituto da equiparação salarial, os requisitos para o

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES N. 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à Lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das convenções internacionais n. 148 e 155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384, 7ª Turma, Ministro Relator Cláudio Brandão, publicado em 13/10/2014). (TRT 10ª R.; RO 0001378-66.2014.5.10.0011; Primeira Turma; Relª Desª Maria Regina Machado Guimarães; Julg. 24/2/2016; DEJTDF 4/3/2016; p. 306.)

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI n. 13.015/2014. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES N. 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais n. 148 e

seu reconhecimento encontram-se definidos no artigo 461 da CLT, com as especificações trazidas pela Súmula 6 do TST. Parte reduzida da jurisprudência trabalhista, utilizando-se das NITs, procura afastar a interpretação restritiva do artigo 461 da CLT, com o objetivo de evitar a ocorrência de discriminações entre pessoas cujo trabalho não tem valor distinto, com base na interpretação das Convenções n. 100 e 111 da OIT⁸⁵, ambas ratificadas pelo Brasil.

155, com *status* de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira decisão consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST; RR 0001871-87.2013.5.12.0022; Sétima Turma; Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão; DEJT 14/8/2015; p. 1.736.)

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. CONVENÇÕES DA OIT. DIREITO À SAÚDE E PRESERVAÇÃO DO SER HUMANO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. CUMULATIVIDADE. POSSIBILIDADE. A cumulação de adicionais deve ser autorizada, até para coibir casos como o presente, onde o valor irrisório dos adicionais, sobretudo o de insalubridade, estimula o comprometimento da saúde e da vida do trabalhador, ao invés de as empresas buscarem a eliminação dos agentes perigosos e insalubres do ambiente de trabalho, numa clara pecuniarização da saúde do trabalhador, em que o capital prefere pagar os adicionais em comento ao invés de arcar com os investimentos necessários à eliminação dos riscos do ambiente de trabalho. Deve-se fazer uma interpretação conforme a Constituição Federal, visando a conferir máxima efetividade ao dispositivo constitucional que, no caso, é garantir um ambiente de trabalho saudável e preservar a incolumidade física, psíquica e moral do trabalhador, concluindo-se pela possibilidade a cumulação dos dois adicionais. Incidência do art. 7º, XXII da CF e Convenções 148 e 155 da OIT. Precedente do TST. I. (TRT 17ª R.; Rec. 0000273-46.2015.5.17.0004; Rel. Des. Cláudio Armando Couce de Menezes; DOES 28/6/2016; p. 178.)

⁸⁵EQUIPARAÇÃO SALARIAL. TRABALHO DE IGUAL VALOR. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. 1. As Convenções Internacionais 100 e 111 da Organização Internacional do Trabalho versam sobre igualdade entre homens e mulheres por trabalho de igual valor e sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação, respectivamente. Ambas foram ratificadas pelo Brasil e, segundo entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, têm caráter de norma supralegal, dada a sua natureza de direitos humanos. 2. As normas internacionais previstas nas mencionadas Convenções devem ser aplicadas, especialmente, no que concerne à isonomia salarial e no tocante aos critérios interpretativos das normas infraconstitucionais. Objetiva-se conformar os seus conceitos aos parâmetros dispostos nos tratados internacionais de direitos humanos, havendo espaço, inclusive, para o controle de convencionalidade. 3. A pedra de toque revela-se no trabalho de igual valor, pois os requisitos dispostos no art. 461 da CLT, caso interpretados de forma restritiva, darão ensejo a discriminações entre pessoas cujo trabalho não tem valor distinto, considerando, ainda e principalmente, o direito fundamental ao trabalho decente e a dignidade humana. 4. Recurso ordinário conhecido e não provido no aspecto. (TRT 3ª R.; RO 0010313-58.2015.5.03.0075; Relª Desª Paula Oliveira Cantelli; DJEMG 28/6/2017.)

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO. APLICAÇÃO. Sabe-se que as normas internacionais do trabalho podem ser aplicadas pelo ordenamento jurídico nacional em variadas perspectivas. Utiliza-se o direito internacional do trabalho para solucionar um litígio diretamente, no caso de lacunas, de aplicação de norma mais favorável, ou mesmo

No que diz respeito ao instituto das férias proporcionais, há decisões quase isoladas que reconhecem a possibilidade de sua quitação, mesmo no caso de resolução contratual⁸⁶, com posicionamento divergente no sentido de privilegiar o conjunto da proteção nacional.

da invalidação de um dispositivo interno, tendo em vista o seu *status* na recepção e a previsão do § 1º do artigo 5º da CF/88. De igual maneira, pode funcionar como um guia para a interpretação no caso de ambiguidades do direito interno; para a interpretação de termos gerais e de conceitos jurídicos indeterminados; e, mesmo para a avaliação de constitucionalidade. Com isso, seria possível estabelecer um princípio jurisprudencial com base no direito internacional do trabalho assim aplicado. Salienta-se que a douta magistrada Martha Halfeld aponta que a interpretação do artigo 461 da CLT deve ser ampliada para além dos requisitos nele especificados, diante da inspiração dos artigos 5º e 6º da CLT; artigo 7º, XXX da CF/88 e das convenções 100 e 111 da OIT. Acrescente-se a essa brilhante conclusão a necessidade da releitura do citado dispositivo consolidado à luz da eficácia social e horizontal dos direitos sociais; do sentido de trabalho de igual valor e de não discriminação na definição dos termos e condições de emprego tal como definidas pelas normas da OIT (enquanto norma mais favorável e guia de interpretação para a releitura constitucional conforme); e, além disso, da preponderância da norma internacional em face da legislação infraconstitucional, conforme entendimento renovado da corte constitucional. (TRT 3ª R.; RO 0001503-06.2012.5.03.0009; Rel. Juiz Conv. Tarcísio Corrêa de Brito; DJEMG 9/2/2015; p. 373.)

EQUIPARAÇÃO SALARIAL. TRABALHO DE IGUAL VALOR. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. 1. As Convenções Internacionais 100 e 111 da Organização Internacional do Trabalho versam sobre igualdade entre homens e mulheres por trabalho de igual valor e sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação, respectivamente. Ambas foram ratificadas pelo Brasil e, segundo entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal, têm caráter de norma supralegal, dada a sua natureza de direitos humanos. 2. As normas internacionais previstas nas mencionadas Convenções devem ser aplicadas, especialmente, no que concerne à isonomia salarial e no tocante aos critérios interpretativos das normas infraconstitucionais. Objetiva-se conformar os seus conceitos aos parâmetros dispostos nos tratados internacionais de direitos humanos, havendo espaço, inclusive, para o controle de convencionalidade. 3. A pedra de toque revela-se no trabalho de igual valor, pois os requisitos dispostos no art. 461, da CLT, caso interpretados de forma restritiva, darão ensejo a discriminações entre pessoas cujo trabalho não tem valor distinto, considerando, ainda e principalmente, o direito fundamental ao trabalho decente e a dignidade humana. 4. Recurso ordinário conhecido e não provido no aspecto. (TRT 3ª R.; RO 0012146-72.2014.5.03.0164; Relª Desª Paula Oliveira Cantelli; DJEMG 16/3/2017.)

⁸⁶RECURSO DE REVISTA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS. COMPATIBILIDADE DA INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 146 DA CLT E DA TESE FIXADA NA SÚMULA N. 171 DO TST, EM FACE DA CONVENÇÃO N. 132 DA OIT CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. CABIMENTO PARA SE EVITAR DISSENSO JURISPRUDENCIAL INTERNO NO TST (ARTIGO 947, § 5º, DO CPC/2015, DE APLICAÇÃO SUPLETIVA AO PROCESSO DO TRABALHO. ARTIGOS 15 DO CPC/2015 E 769 DA CLT). A JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO STF FIRMOU-SE NO SENTIDO DE RECONHECER QUE OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS QUE VERSEM SOBRE DIREITOS HUMANOS E QUE TENHAM INGRESSADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004 E, POR ESSA RAZÃO, SEM O QUÓRUM QUALIFICADO EXIGIDO (ART. 5º, § 3º), POSSUEM STATUS DE NORMA SUPRALEGAL, COMO RECONHECIDO NO VOTO PREVALECENTE DO MINISTRO GILMAR MENDES NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 466.343-1 - SP. EM TAL PRECEDENTE, A CORTE MAIOR INTRODUZIU NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO, ALÉM DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, A

Igualmente, há julgados que consideram a aplicação da referida teoria,

NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS COM OS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE QUE O BRASIL SEJA SIGNATÁRIO E QUE VERSEM SOBRE DIREITOS HUMANOS, DENOMINADO PELA DOUTRINA COMO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, OU, NAS PALAVRAS DE VALÉRIO MAZZUOLI, O PROCESSO DE COMPATIBILIDADE VERTICAL (SOBRETUDO MATERIAL) DAS NORMAS DE DIREITO INTERNO COM OS COMANDOS ENCONTRADOS NAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. ANTES DA MANIFESTAÇÃO DA EXCELSA CORTE, PODERIA ATÉ SER SUSTENTADA A TESE DE OCORRÊNCIA DE CONFLITOS ENTRE NORMAS DE HIERARQUIAS EQUIVALENTES, A EXEMPLO DA CLT, E, POR ISSO MESMO, A PREVALÊNCIA DO ARGUMENTO DA INCOMPATIBILIDADE ENTRE DISPOSITIVOS NELA CONTIDOS E OS INSERIDOS NOS CITADOS DIPLOMAS NORMATIVOS INTERNACIONAIS. CONTUDO, A PARTIR DE ENTÃO, SE A CONVENÇÃO SITUA-SE ACIMA DA LEGISLAÇÃO CONSOLIDADA, AS SUAS DISPOSIÇÕES HÃO DE PREVALECER, TAL COMO OCORREU COM A AUTORIZAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DECORRENTE DA CONDIÇÃO DE DEPOSITÁRIO INFIEL, AFASTADA DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO POR DECISÃO DO STF. O mesmo ocorre com a Convenção n. 132 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto n. 3.197, de 5 de outubro de 1999. Conforme disciplina inserta no seu artigo 4.1, não há nenhuma condicionante à obtenção do direito às férias proporcionais, as quais, por idêntica razão, não estão vinculadas à causa da extinção do contrato. Significa dizer que, nos termos da aludida norma internacional, o direito às férias, nos casos de período aquisitivo incompleto, é reconhecido e deve ser assegurado o pagamento de forma proporcional. Em outras palavras, a cada mês de trabalho o empregado adquire o direito a 1/12 de férias, acrescidas de 1/3 (este previsto na Constituição da República. art. 7º, XVII), mas deverá aguardar o transcurso de um ano para o efetivo gozo do descanso, ou o momento da ruptura contratual, para a sua remuneração. Justamente por se tratar de direito adquirido, a causa do rompimento do contrato de trabalho não interfere no pagamento das férias e, pelo mesmo motivo, não cabe falar em afronta ao princípio da isonomia. Assim, todos os empregados (inclusive o que foi despedido por justa causa), que tenham prestado serviço em período inferior a 1 (um) ano terão direito às férias de duração proporcionalmente reduzidas. Acrescente-se, finalmente, que a Súmula n. 171 desta Corte e os inúmeros julgados que nela se amparam não tratam especificamente da questão jurídica, à luz da aludida Convenção internacional, com o *status* de norma supralegal reconhecido pelo STF, o que afasta a prevalência, no caso, da CLT. Diante de tais premissas, tendo em vista a relevância da questão de direito aludida no artigo 947 do CPC/2015, que ampliou o cabimento do Incidente de Assunção de Competência até mesmo para prevenção de divergência (§ 4º do citado artigo) entre Turmas desta Corte e, mais, a constatação de eventual superação da tese fixada no Enunciado em foco, diante da superveniência da decisão do STF, imprescindível se revela a instauração do citado Incidente, para que seja reavaliada a interpretação do citado artigo 146 da CLT, à luz da Convenção n. 132 da OIT, norma hierarquicamente superior. (TST; ARR 0000423-11.2010.5.09.0041; Sétima Turma; Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão; DEJT 26/8/2016; p. 1.802.)

EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. PEDIDO DE DEMISSÃO. 13º SALÁRIO PROPORCIONAL. FÉRIAS PROPORCIONAIS. DEVIDOS. Ainda que tenha havido justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho ou pedido de demissão do empregado, são devidos ao trabalhador os pagamentos do 13º salário proporcional referente ao último ano do contrato de trabalho e das férias proporcionais. Isso porque a gratificação natalina é direito do trabalhador que se constitui parceladamente, à medida que se desenvolve a relação de trabalho, sendo incorporado ao patrimônio jurídico do obreiro e que não se extingue pela dispensa motivada por causa justa e as férias proporcionais são devidas em face do disposto na Convenção Internacional n. 132 da Organização Internacional do Trabalho - OIT. (TRT 5ª R.; RecOrd 920-72.2010.5.05.0611; Ac. 171700/2013; Primeira Turma; Rel. Des. Edilton Meireles de Oliveira Santos; DEJTBA 14/11/2013). Em sentido oposto: JUSTA CAUSA. ATO DE

no caso de interpretação do disposto no Decreto n. 3.298/99 que enumera

IMPROBIDADE. O art. 482 da CLT enumera várias hipóteses de justa causa para o empregador demitir o empregado, dentre as quais o ato de improbidade. Referido ato consiste na conduta que atenta contra o patrimônio do empregador ou de terceiro, praticada pelo empregado com o fito de obter vantagens para si ou para outrem. Devido aos efeitos danosos que pode causar à vida profissional e social do empregado, inclusive no âmbito familiar, a caracterização da prática do ato de improbidade exige prova robusta, cujo ônus é do empregador (inteligência do art. 818 da CLT). Comprovada a prática de atos que incriminam o empregado, ocorre a quebra da confiança, o que autoriza a rescisão contratual por justa causa. Dano moral. Ato ilícito do empregador. Não caracterização. Somente é cabível cogitar de indenização por dano material ou moral no âmbito da justiça trabalhista quando o empregador, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar prejuízo ao empregado, conforme se depreende do art. 186 do Código Civil, sob pena de indeferimento do pedido de indenização. CLT. Incidência da norma mais benéfica. Teoria do conglobamento. Férias proporcionais. Inaplicabilidade da convenção n. 132 da OIT. Para determinação de qual regra deve ser aplicada, faz-se necessário analisar qual fonte normativa é, em seu conjunto, mais favorável ao trabalhador, não sendo permitido pinçar os dispositivos mais benéficos em regramentos diversos. Em se tratando de férias, quando analisadas na íntegra, verifica-se que a legislação pátria contém termos mais favoráveis do que os previstos na convenção n. 132 da OIT. Assim, em homenagem à teoria do conglobamento, a aplicação da norma brasileira deve prevalecer quando o empregado busca a incidência de regra específica prevista em convenção internacional que lhe seja, de forma isolada, mais favorável. Horas extras e intervalo intrajornada. Ausência de *bis in idem*. Além da condenação nas horas extras pela extrapolação da jornada legal diária, a não-observância do intervalo intrajornada pelo empregador sujeita-o ao pagamento do período não concedido, acrescido de 50%, não se configurando *bis in idem* a condenação concomitante, uma vez que se trata de parcelas que possuem fato geradores distintos. (TRT 10ª R.; RO 0000467-62.2011.5.10.0010; Rel. Des. Pedro Luís Vicentin Foltran; DEJTDF 05/11/2012; p. 28; FÉRIAS PROPORCIONAIS+1/3. JUSTA CAUSA. CONVENÇÃO N. 132 DA OIT. CLT, ART. 146, PARÁGRAFO ÚNICO. A Convenção n. 132 da OIT, em seu art. 11, prevê o pagamento de férias proporcionais+1/3 independentemente da modalidade de rescisão contratual, o que colide com o art. 146, parágrafo único, da CLT, que exclui tal direito na hipótese de dispensa por justa causa. Na solução da antinomia entre ambos os diplomas normativos, com *status* de Lei ordinária, prevalece a CLT, por ser mais benéfica, em seu conjunto, em relação à convenção internacional. A dispensa do empregado por justa causa retira-lhe o direito às férias proporcionais+1/3. Aplicação das Súmulas n. 14 e 171 do Tribunal Superior do Trabalho. (TRT 2ª R.; RO 0000036-07.2010.5.02.0068; Ac. 2014/0030446; Sexta Turma; Rel. Des. Fed. Rafael Edson Pugliese Ribeiro; DJESP 7/2/2014). JUSTA CAUSA. FÉRIAS PROPORCIONAIS INDEVIDAS. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO 132 DA OIT. O enunciado da Súmula 171 do TST foi revisto em 2003, após, portanto, a ratificação da Convenção n. 132 da OIT, ocorrida em 5/10/99, o qual manteve a exclusão do direito às férias proporcionais na hipótese de dispensa por justa causa. Isso porque a Constituição da OIT estabelece, em seu artigo 19, § 8º, que havendo conflito entre a legislação interna de um país e uma convenção internacional, deve ser adotada a regra mais favorável ao trabalhador. Assim, para determinação de qual regra de Direito do Trabalho deve ser aplicada, faz-se necessário analisar qual fonte normativa é, em seu conjunto, mais favorável ao trabalhador, não sendo permitido pinçar os dispositivos mais benéficos em regramentos diversos. Nesta perspectiva, quando analisadas como um todo, verifica-se que a legislação pátria é mais benéfica ao empregado do que a Convenção n. 132 da OIT. Assim, em homenagem à teoria do conglobamento, deve prevalecer a norma interna, mesmo no tópico em que a regra internacional seja preferível ao trabalhador. Recurso da Ré ao qual se dá provimento para excluir da condenação as férias proporcionais deferidas ao trabalhador demitido por justa causa. (TRT 23ª R.; RO 0000151-48.2014.5.23.0021; Primeira Turma; Rel. Juiz Conv. Juliano Girardello; Julg. 18/8/2015; DEJTMT 31/8/2015; p. 1.)

as deficiências hábeis a autorizar que candidato em concurso público concorra às vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais à luz da Convenção internacional sobre o direito dos deficientes.⁸⁷

⁸⁷ RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA SERVIDOR. PORTADOR DE VISÃO MONOCULAR. Enquadramento como deficiente com fins de nomeação para vaga destinada aos portadores de necessidades especiais. O art. 4º do Decreto n. 3.298/99, que enumera as deficiências hábeis a autorizar que o candidato em concurso público concorra às vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais, nos termos dos arts. 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/90, não permite concluir, em sua literalidade, que o indivíduo portador de visão monocular pode ser reputado deficiente para fins de receber o referido tratamento diferenciado. Contudo, o rol de deficiências previsto no dispositivo regulamentar em foco não é exaustivo, demandando leitura à luz do conceito de deficiência oferecido pelo art. 1º da convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, norma trazida para a ordem jurídica interna com *status* de Emenda Constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF. Nesse contexto, considerando que a visão monocular de que é portador o impetrante foge do padrão de normalidade física, trazendo-lhe limitações sensoriais que impedem a sua convivência em pé de igualdade com as demais pessoas, impõe-se reconhecer a sua condição de deficiente físico, tendo direito líquido e certo à reserva de vagas prevista nos arts. 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/90. Nesse sentido é o entendimento consolidado na Súmula n. 377 do Superior Tribunal de Justiça e adotado em precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Superior do Trabalho. Recurso ordinário conhecido e provido. Despacho. (TST; RO 3002700-67.2010.5.02.0000; Tribunal Pleno; Relª Minª Dora Maria da Costa; DEJT 11/5/2012; p. 13.)

REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. 1.

Inadequação do mandado de segurança. Diversamente do que alega a União, o presente mandado de segurança não tem por objeto a impugnação de Lei ou ato normativo em tese, mas de ato administrativo com efeitos concretos consistente no ato do Presidente do Tribunal Regional da 21ª Região que excluiu o nome do impetrante da lista dos aprovados em concurso público na condição de deficiente. Inaplicável, portanto, a Súmula n. 266 do STF. 2. Impossibilidade jurídica do pedido. A pretensão do impetrante não visa impugnar o mérito do ato coator, mas tão somente a validade do referido ato por critérios de legalidade, cuja análise insere-se perfeitamente nas funções do poder judiciário, a teor do que preceitua a parte final da Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal. Não há falar, nesse contexto, em pedido juridicamente impossível a autorizar a extinção do feito sem resolução de mérito na forma do art. 267, VI, do CPC. 3. Concurso público para servidor. Perda auditiva superior a 41 db em um dos ouvidos. Enquadramento como deficiente para concorrer a vaga destinada aos portadores de necessidades especiais. O art. 4º do Decreto n. 3.298/99, que enumera as deficiências hábeis a autorizar que o candidato em concurso público concorra às vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais, exige perda auditiva bilateral superior a 41 db, não permitindo em sua literalidade enquadrar como deficiente o impetrante, portador de perda auditiva bilateral de 46,5 db na orelha direita e 30 db na orelha esquerda. Contudo, o rol de deficiências previsto no dispositivo regulamentar em foco não é exaustivo, demandando leitura à luz do conceito de deficiência oferecido pelo art. 1º da convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, norma trazida para a ordem jurídica interna com *status* de Emenda Constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º da CF/88. Nesse contexto, considerando que a perda auditiva de que é portador o impetrante foge do padrão de normalidade física, trazendo-lhe limitações sensoriais que impedem a sua convivência em pé de igualdade com as demais pessoas, impõe-se reconhecer a sua condição de deficiente físico, tendo direito líquido e certo à reserva de vagas prevista nos arts. 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/90. Precedentes deste órgão especial e do Superior Tribunal de Justiça. Remessa necessária e recurso ordinário conhecidos e não providos. (TST; ReeNec-RO 29400-69.2011.5.21.0000; Secretaria do Tribunal Pleno, do Órgão Especial e da Seção Especializada em Dissídios Coletivos; Relª Min. Dora Maria da Costa; DEJT 15/10/2012; p. 52.)

V CONCLUSÃO

A complexidade da sociedade moderna e a rapidez das transformações que nela ocorrem exigem uma estrutura jurídica abstrata e geral que permita aos juízes certa liberdade para escolher as premissas e ajustá-las aos fatos jurídicos submetidos a sua apreciação, quando da análise dos casos

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO COATOR CONSISTENTE NO INDEFERIMENTO DE RESERVA DA VAGA DE CANDIDATA PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS (PERDA AUDITIVA UNILATERAL). INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DOS ARTS. 3º E 4º DO DECRETO N. 3.298/99, À LUZ DOS ARTS. 1º DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. VIOLAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO DA IMPETRANTE. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. RECURSO PROVIDO. 1. A impetrante inquina de ilegal a decisão da presidência do 12º TRT, que, acolhendo o parecer da comissão multiprofissional referente à avaliação médica, não a declarou habilitada às vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais. 2. No mérito, se por um lado é certo que a administração pública somente pode praticar atos em estrita observância à legislação de regência (Lei em sentido amplo), em atenção ao princípio da legalidade insculpido no art. 37, *caput*, da CF, e, no presente caso, o art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99 prevê expressamente que a pessoa com perda auditiva bilateral é considerada portadora de deficiência, por outro lado não se pode olvidar que os comandos emanados do art. 4º do Decreto n. 3.298/99 contêm enumeração exemplificativa, e não taxativa (até porque não é possível esgotar o manancial de todas as deficiências capazes de obstruir a participação plena do indivíduo no seio da coletividade em igualdade de condições com as demais pessoas, à vista da própria redação do supracitado art. 3º do Decreto em questão, de largo espectro), sendo certo que o art. 4º do mesmo diploma buscava traçar, naquela ocasião, critérios objetivos para dar plena eficácia ao disposto no art. 37, VIII, da Carta Magna. 3. Ademais, os arts. 3º e 4º do aludido Decreto devem ser interpretados extensivamente, à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da não discriminação, insculpidos nos arts. 1º, III, 3º, III e IV, e 5º, *caput*, da Constituição Federal, pois ao poder regulamentar não é dado restringir direitos insitos à pessoa humana. 4. In casu, sendo incontroverso nos autos que a impetrante é portadora de perda auditiva unilateral, tal condição deve ser enquadrada como deficiência, à luz dos arts. 1º da Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e 3º do Decreto n. 3.298/99, razão pela qual o ato coator feriu o seu direito líquido e certo a concorrer a uma das vagas destinadas às pessoas portadoras de necessidades especiais, a que alude o art. 37, VIII, da CF, conforme precedentes do órgão especial desta corte. Recurso ordinário provido. (TST; RO 9-84.2012.5.12.0000; Secretaria do Tribunal Pleno, do Órgão Especial e da Seção Especializada em Dissídios Coletivos; Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho; DEJT 14/12/2012; p. 4.)

CONCURSO PÚBLICO. ENQUADRAMENTO NA CONDIÇÃO DE PORTADOR DE DEFICIENTE FÍSICO. DECRETO N. 3.298/1999. O cotejo da prova produzida nos autos tem o condão de enquadrar a empregada no conceito de deficiente físico previsto no artigo 4º do Decreto n. 3.298/1999, interpretado à luz do disposto na convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, porquanto demonstra que as limitações havidas impedem ou dificultam a sua plena interação social ou profissional em igualdade com os demais. (TRT 4ª R.; RO 0001634-15.2012.5.04.0021; Oitava Turma; Rel. Des. Fernando Luiz de Moura Cassal; DEJTRS 27/8/2014; p. 106.)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INSCRIÇÃO DA CANDIDATA COMO PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS (PNE). DEFICIÊNCIA AUDITIVA UNILATERAL. ENQUADRAMENTO. ARTIGOS 3º E 4º DO DECRETO N. 3.298/1999.

concretos, exercendo, muitas das vezes, uma efetiva *cognitio incidentalis*, como reconheceria Mauro Cappelletti. O alcance e a variedade da criação judicial dependem da institucionalidade e das tradições jurídicas de uma determinada comunidade.

LEI N. 7.853/89. ART. 37, VIII DA CF/88 E CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Prepondera em nosso sistema normativo um modelo voltado a políticas públicas e medidas legais de proteção e correção de distorções que afetam o acesso ao trabalho, como meio de dar concretude aos primados constitucionais de isonomia e não discriminação, além da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (arts. 1º, II e III, e 3º, I e IV, 37, VII da Constituição Federal). Ressalte-se que a convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, da ONU, incorporada formalmente à Constituição brasileira pelo quórum qualificado (art. 5º, § 3º, da CF), é instrumento citado como um marco jurídico importante no sentido da construção de um novo paradigma para o conceito de deficiência, passando-se a entender que os impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial ganham significado quando convertidos em experiências pela interação social, o que justifica todo o aparato normativo constitucional e infraconstitucional voltado ao suporte necessário às pessoas que, em face de sua condição, vivenciam a discriminação, a opressão ou a desigualdade pela deficiência. Assim, a diferenciação positiva para pessoas com deficiência é efetivada por meio de diplomas normativos que determinam ações afirmativas de reserva de cargos e empregos públicos para a administração direta e indireta (Lei n. 8.112/90), e de postos de trabalho no setor privado (Lei n. 8.213/91). Nesse sentido, a redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004 ao art. 4º do Decreto n. 3.298/99, no sentido de limitar a categoria de deficiente auditivo apenas para quem possui surdez bilateral restringiu o alcance objetivado por todo o aparato jurídico-constitucional de tutela às pessoas com deficiência. Assim, a perda de audição, ainda que unilateral ou parcial, de quarenta e um decibéis (db) ou mais, aferida na forma do art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/99, configura a condição de portador de necessidades especiais (PNE), como a que se verifica no caso em análise. Precedentes. Recurso ordinário conhecido e provido. (TST; RO 0001453-07.2012.5.03.0000; Órgão Especial; Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado; DEJT 14/2/2014; p. 61.)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. HOMOLOGAÇÃO DA LISTA FINAL DOS CANDIDATOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO PELA PRESIDÊNCIA DO TRT DA 10ª REGIÃO. NÃO INCLUSÃO DO IMPETRANTE NA LISTA. AUTORIDADE COATORA. (I) LEGITIMIDADE DE PARTE. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. EXAME DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO PELA APLICAÇÃO DO ART. 515, § 1º DO CPC. VISÃO MONOCULAR. CARACTERIZAÇÃO DE DEFICIÊNCIA FÍSICA PERMANENTE. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Caso em que o impetrante, candidato inscrito no concurso do TRT da 10ª região pelo edital 1/2012 para o cargo de analista judiciário (área apoio especializado. Tecnologia da informação) em vaga de portadores de deficiência, foi assim desqualificado por decisão em recurso administrativo da junta médica da entidade executora do concurso, CESPE/UNB, homologada pela presidente do TRT da 10ª Região. Em vista dessa decisão, impetrou o presente *writ*, visando obter o reconhecimento ao seu direito líquido e certo de figurar na lista dos deficientes físicos definitivos aprovados no concurso. 2. O acórdão do tribunal regional ora recorrido extinguiu o presente processo de mandado de segurança, sem resolução de mérito, por considerar equivocada a indicação da presidente do TRT da 10ª região como autoridade coatora, pois a correta seria a junta médica do CESPE/UNB. 3. Entretanto, verifica-se que o impetrante não pretende, pela via do presente *mandamus*, reconsideração do resultado do recurso administrativo, nem de correção do ato da junta médica, mas sim o enquadramento jurídico do direito líquido e certo à luz do Decreto n. 3.298/89 com o reconhecimento de sua condição de deficiência física para efeitos de sua classificação no certame. 4. Assim, à luz do art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009, a autoridade que poderia

O direito é uma ciência argumentativa por excelência. Nessa perspectiva, analisando as ementas das jurisprudências colacionadas anteriormente, percebe-se que, de fato, há um importante trilhar que se abre ao intérprete-juiz na conformação da Reforma às estruturas

atender o requerimento é, inegavelmente, a desembargadora presidente do TRT da 10ª região (e não a junta médica do CESPE/UNB), pois ela é a autoridade coatora que praticou o ato de homologação do resultado, chancelando, de forma concreta e específica, o ato reputado de ilegal, sendo também a única que poderia corrigir referida ilegalidade e, nesse caso, dar posse ao impetrante no cargo público. 5. Ultrapassado o óbice da extinção do feito, com fundamento no art. 515, § 1º do CPC, passa-se ao exame do direito líquido e certo alegado. No aspecto, o impetrante demonstrou ser portador de visão monocular, em razão de cegueira total de seu olho direito, condição irreversível, segundo laudo médico, delineando-se direito líquido e certo ao reconhecimento de sua deficiência física permanente, pois sujeito à anormalidade em sua visão que o torna incapaz de desempenhar atividade dentro do padrão considerado normal para o ser humano. 6. Consoante precedente deste órgão especial, integrando razões de decidir, o art. 4º do Decreto n. 3.298/99, que enumera as deficiências hábeis a autorizar que o candidato em concurso público concorra às vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais, nos termos dos arts. 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/90, não permite concluir, em sua literalidade, que o indivíduo portador de visão monocular pode ser reputado deficiente para fins de receber o referido tratamento diferenciado. Contudo, o rol de deficiências previsto no dispositivo regulamentar em foco não é exaustivo, demandando leitura à luz do conceito de deficiência oferecido pelo art. 1º da convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência, norma trazida para a ordem jurídica interna com *status* de Emenda Constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF. Nesse contexto, considerando que a visão monocular de que é portador o impetrante foge do padrão de normalidade física, trazendo-lhe limitações sensoriais que impedem a sua convivência em pé de igualdade com as demais pessoas, impõe-se reconhecer a sua condição de deficiente físico, tendo direito líquido e certo à reserva de vagas prevista nos arts. 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/90. Nesse sentido é o entendimento consolidado na Súmula n. 377 do Superior Tribunal de Justiça e adotado em precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Superior do Trabalho. Recurso ordinário conhecido e provido. (RO 3002700.67.2010.5.02.0000, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, data de julgamento: 8/5/2012, órgão especial, data de publicação: DEJT 11/5/2012.) Recurso ordinário provido, inclusive com concessão de liminar, para inclusão do impetrante na lista dos portadores de necessidades especiais. (TST; RO 0000237-79.2013.5.10.0000; Órgão Especial; Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann; DEJT 17/10/2014.)

TRABALHADOR COM DEFICIÊNCIA FÍSICA. AÇÃO DISTRIBUÍDA EM SEU DOMICÍLIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM OUTRO ESTADO DA FEDERAÇÃO. LIDE EM QUE SE DISCUTE O ACIDENTE QUE TERIA CAUSADO A DEFICIÊNCIA. PRORROGAÇÃO DA COMPETÊNCIA RATIONE LOCI. INTERPRETAÇÃO DO ART. 651 DA CLT EM FACE DA MOLDURA AXIOLÓGICA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA À LUZ DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. Incontroverso, no caso, que a prestação de serviços pelo Reclamante ocorreu no Estado de Santa Catarina, durante todo o contrato de trabalho, em propriedade rural dos Reclamados, e que, atualmente, o Autor é residente e domiciliado na jurisdição de Laranjeiras do Sul/PR. A presente reclamatória trabalhista versa sobre parcelas decorrentes do extinto vínculo de emprego entre as partes, inclusive de aduzido acidente de trabalho sofrido pelo Obreiro, que lhe teria causado a deficiência física. A Constituição Federal, elemento centralizador do sistema jurídico atual, aponta para a realização máxima dos direitos da pessoa

constitucional e internacional. Nesse contexto, a teoria do controle de convencionalidade a ser aplicada pelos tribunais nacionais será condição de possibilidade para a “abertura da ordem local” ao diálogo horizontal e vertical com outras jurisdições para a formação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais.⁸⁸

Como se infere da leitura de algumas ementas selecionadas, a prevalecer a noção de controle de convencionalidade, apenas e tão somente, para os tratados de direitos humanos ratificados sob processo legislativo qualificado previsto no § 3º do artigo 5º da CF/88, tal controle acabaria por privilegiar o controle concentrado pelo STF, de maneira (quase) exclusiva, em detrimento do controle difuso a ser realizado pelos magistrados das demais instâncias.

É claro que a inovação do § 3º trazida pela EC 45/04 surgiu com o objetivo claro de evitar (ou mesmo de frear politicamente) o avanço da interpretação doutrinária e jurisprudencial que se estabelecia em torno do § 2º do artigo 5º da CF/88, na prevalência de todos os Tratados de direitos humanos, enquanto integrantes do bloco de constitucionalidade e aptos a instrumentalizarem o controle de convencionalidade da legislação nacional.

humana, e, para tanto, incluiu vários dispositivos de natureza processual no rol de direitos e garantias fundamentais. O fenômeno da constitucionalização concretiza a superação do individualismo pelo personalismo (este fundado no solidarismo) e o abandono do patrimonialismo como um fim em si mesmo, na contemporânea opção constitucional pelo Estado democrático de direito. Para tanto, a Constituição serve como moldura axiológica (por meio dos princípios) para a interpretação de toda a ordem jurídica. As normas relativas à competência territorial da Justiça do Trabalho (art. 651 da CLT), contudo, são erigidas em prol da parte hipossuficiente, visando facilitar o acesso do trabalhador à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF), em face da efetividade máxima dos princípios constitucionais no sistema jurídico. O trabalhador com deficiência física, mormente quando discute na lide o acidente que deu causa ao seu impedimento físico, ainda, pode propor a ação trabalhista no local de seu domicílio, amparado nas normas que protegem a pessoa com deficiência, com a prorrogação da competência *ratione loci*. Inteligência da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de *status* constitucional (pois promulgada pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, com fulcro no § 3º do art. 5º da CF), da Recomendação 27 do CNJ, de 16 de dezembro de 2009, bem como da Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 (que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Estatuto da Pessoa com Deficiência), em vigor a partir de janeiro de 2016. Vale dizer, também sob o foco das referidas disposições constitucionais e legais, o recurso enseja provimento, a fim de materializar as ações equitativas (pautadas nos arts. 3º, 5º, 6º e 7º da Constituição Federal), unidade axiológica entremeada pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da pluralidade. art. 1º) voltadas à inclusão das pessoas com deficiência na sociedade e à tutela de seus direitos fundamentais. Recurso do Reclamante a que se dá provimento para fixar a competência da Vara do Trabalho de Laranjeiras do Sul/PR para analisar e julgar o conflito, determinando o retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito, como entender de direito. (TRT 9ª R.; RO 00126/2015-053-09-00.5; Segunda Turma; Rel. Des. Ricardo Tadeu Marques; DEJTPR 18/3/2016.)

⁸⁸ PIOVESAN. Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In MARINONI, 2013, p. 144.

Foi uma opção político-estratégica do legislador, um efetivo exercício do Poder Legislativo.

Já há tempos, entretanto, a *voluntas legislatoris* deixou de ser a via interpretativa privilegiada, preferindo-se uma construção mais sofisticada, principalmente, com a ultrapassagem da teoria clássica da interpretação pela construção argumentativo-reflexiva da norma a ser desvelada pelos tribunais. Portanto, o propósito da presente reflexão, com o que concordariam Bolzan de Moraes e Copetti Neto, é o de restabelecer e o de assegurar, pela via da interpretação dos tribunais nacionais, a efetividade da democracia social juntamente com a democracia liberal enquanto razão social do Estado de Direito,

[...] abarcando determinadas defesas às condições materiais da subsistência humana, necessárias à ampla garantia da dignidade do homem, reconhecia como fundamento do *éthos*, razão de ser do estado constitucional contemporâneo determinado já no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.⁸⁹

Relendo as ementas citadas, no que se refere tanto às decisões em matéria trabalhista quanto de direito penal, é fácil perceber que: ou se restringe a aplicação da norma internacional, relegando-a a um *status* paritário à lei ordinária, desqualificando-a no sentido material, por regular aparentemente menos do que regulamentam a Constituição e a lei ordinária (negando a necessidade de interpretação *pro homine* do artigo 29 do Pacto de São José), ou prevalece o argumento que demonstra a primazia do DIP sobre o direito interno. E, mesmo a opção pela segunda interpretação, tal como articulada por alguns julgadores no fundamento dos julgados analisados, não se encontra isenta de problematização.

Respalhando a posição de Mazzuoli, o controle de convencionalidade *lato sensu* caberia no caso de violação de qualquer tratado de direitos humanos, recepcionado pelo ordenamento jurídico nacional, aí incluídas as NITs, reconhecendo-lhes o *status* de direito social internacional. A duas, para as NITs não aprovadas com base no § 3º do artigo 5º da CF/88 (integrando apenas materialmente o bloco de constitucionalidade), caberia o controle de legalidade/supralegalidade, como parece ser o entendimento do STF. Entretanto, em quaisquer situações, deverá observar-se a regra do artigo 29 do Pacto de São José da Costa Rica quanto à interpretação *pro homine*, na apreciação da norma mais benéfica a prevalecer na interpretação.

⁸⁹MORAIS (Org.), 2015, p. 76.

A Justiça do Trabalho deverá fazer prova de originalidade e de coerência com sua jurisprudência sedimentada, no que diz respeito à interpretação⁹⁰ da legislação social brasileira à luz das normas internacionais do trabalho (violações no direito material) e dos tratados de direitos humanos (violações no direito material e processual), para além de uma mera análise de sua conformidade com a Constituição Federal (aspectos material e formal). Isso impõe incorporar tais normas do ordenamento jurídico internacional como *ratio decidendi* de suas decisões, *ex officio*, ou mediante efetiva provocação das partes litigantes e do Ministério Público do Trabalho.

⁹⁰Eros Grau defende que “[...] não se interpreta a norma: a norma é o resultado da interpretação. E mais, a interpretação do direito é interpretação dos textos e da realidade. A realidade histórica social constitui seu sentido. A realidade é tanto parte da norma quanto o texto. Na norma estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida. Em suma, o ordenamento jurídico é conformado pela realidade.” (GRAU, 2017, p. 18). O autor atinge o ápice de sua argumentação no tópico “Mercado, capitalismo e transgressão” da mesma obra ao defender que as transgressões do capitalismo à ordem, no plano da realidade, “[...] devem ser referendadas pelo sistema jurídico mediante, no extremo, a captura da exceção e a exclusão de determinadas situações do alcance das suas normas. A estabilidade, a regularidade, a harmonia do sistema jurídico dependem, em última instância, dessa inclusão e dessa exclusão [...]”, que conferem plasticidade ao sistema de direito positivo burguês (*Ibidem*, p. 125-126 e 140). Saliencia, ainda, que o Poder Judiciário coloca em risco o direito moderno, a objetividade da lei: “Isso tudo talvez acabe quando começar a comprometer a fluência da circulação mercantil, a calculabilidade e a previsibilidade indispensáveis ao funcionamento do mercado (talvez então os juízes voltem a ser a boca que pronuncia, sem imprensa, sem televisão [...]). Ou será a desordem, até que novos rumos nos acudam.” A beleza da democracia é o debate e a defesa do direito ao confronto de ideias. O Objetivismo na interpretação da lei e da Constituição tem-se constituído em posição predileta dos positivistas formais, como lembra Lenio Streck em sua obra *Hermenêutica jurídica em crise*, 2001. (STRECK, 2001, p. 96). Ao lado de Eros Grau, o pensador de Porto Alegre ainda se recorda da pragmática de Tércio Sampaio; a semiologia política e a semiótica de mediação de Alberto Warat; o criticismo sociológico de José Eduardo Faria; a filosofia jurídica de Miguel Reale; a filtragem hermenêutico-constitucional de Clève; a eficácia dos direitos fundamentais de Ingo Sarlet; a interpretação conforme os direitos fundamentais de Abreu Prado, dentre outros cujas teorias hermenêuticas não representam o receio do Ministro Barroso de fundamentar uma interpretação retrospectiva. Problemizando essa visão objetivante da interpretação, Kerchove e Ost reconhecem ao juiz uma função relevante na obra coletiva de sistematização do direito, cumprindo o magistrado com uma dupla tarefa: a interpretação das regras de direito (na determinação de seu sentido) e a validação dessas mesmas regras (na determinação de sua autoridade, no sentido de apreciar os critérios formais de sua elaboração/aprovação, uma espécie de “teste de *perdigree*”, como entende Dworkin). A polissemia e a textura aberta dos textos legislativos não possibilitam a sua mera aplicação mecânica pelo juiz, o que empobrece a própria noção de sistema jurídico. Essa operação de validação, inclusive, segundo Wroblewski deve considerar “[...] *l'ensemble des dérivations formelles qui s'en dégagent et des conséquences interprétatives qu'on peut en donner; on y ajoutera encore un ensemble de principes et standards éthiques et politiques qui prévalent dans la société et sont de nature à infléxir la portée des règles juridiques. [...] Si l'on veut également tenir compte des décisions par lesquelles il arrive au juge de conclure à l'abrogation par désuétude d'une norme législative ou à son inapplication par l'effet de la théorie de l'état de nécessité ou de quelque théorie équivalente, on élargira encore le système de référence en y intégrant cette fois les décisions opératoires elles mêmes.*” (KERCHOVE, 1988, p. 142-143.)

Deve-se conferir aos direitos humanos o seu caráter global e uma legitimidade local, em uma política progressista que conceba os direitos humanos como “a energia e a linguagem de esferas públicas locais, nacionais e transnacionais atuando em rede para garantir novas e mais intensas formas de inclusão social”. A própria concepção de direitos humanos como direitos universais, mínimos e essenciais à condição humana tem como um de seus pilares o respeito às diferenças, o incentivo à diversidade cultural e ao diálogo intercultural, de forma que não é possível aceitar práticas discriminatórias em qualquer esfera da vida social.⁹¹

À guisa de sugestões, que guardam o caráter de provisoriedade do presente estudo, e que, por certo, dependerão da efetiva utilização criativa do instituto do controle de convencionalidade e de legalidade no âmbito da Justiça do Trabalho, com o intuito de contribuir para a racionalização e a operacionalização da proteção efetiva dos direitos sociais, consideramos:

1) Com respaldo na jurisprudência do STF, o controle de convencionalidade caberia no caso dos Tratados de direitos humanos recepcionados sob a égide exclusiva do § 3º do artigo 5º da CF/88 (recepção por processo qualificado), reservando o controle de legalidade/supralegalidade àqueles tratados de direitos humanos enquadrados no § 2º do artigo 5º da CF/88 (bloco de constitucionalidade). Entretanto, impõe-se o desafio de a doutrina e de a jurisprudência nacionais aplicarem o controle de convencionalidade *lato sensu* para toda e qualquer violação a tratados de direitos humanos, aí incluídas as NITs, em confronto com a legislação nacional, enquanto proposta de estabelecer-se um *ius commune* em matéria de direitos sociais, à luz da construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos;

2) O controle de convencionalidade se impõe não apenas no momento da aplicação das normas internas pelo Estado-juiz, mas, igualmente, pauta a conduta dos Poderes Legislativo (na elaboração de leis em consonância com as obrigações assumidas pelo Estado brasileiro, nos termos do artigo 49 da CF/88) e Executivo (na promulgação de leis e na utilização de mensagens presidenciais para o envio do texto de tratados assinados de acordo com as diretrizes do direito internacional dos direitos humanos, nos termos do artigo 84 da CF/88), tudo em observância ao disposto no artigo 23 do Pacto de São José da Costa Rica; artigo 19 do Ato Constitutivo da OIT; e artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Assim,

⁹¹PIMENTA, 2016, p. 32.

referido controle passa a ser critério hermenêutico de validade e de eficácia dos atos de legislar, de aplicar e de julgar a legislação interna, não sendo exclusividade de nenhum deles, muito menos mera recalitrância estridente do Poder Judiciário;

3) A questão do controle de convencionalidade ou de legalidade/supralegalidade incidentais a serem propostos para determinado instituto jurídico violado deveria vir esboçada em preliminar nas petições iniciais e nas peças de defesa, para que o juiz pudesse exercitar, a qualquer tempo, o controle de convencionalidade difuso ou de legalidade, confrontando a norma interna com o tratado de direitos humanos violado;

4) Sugere-se que as partes devam identificar a norma internacional diretamente violada, limitando-se a alegação para o caso de violação direta (no sentido da menor proteção ou da supressão de direitos pretendida pela lei interna violadora, em se comparando com o tratado de direitos humanos que se pretende ver aplicado) e não meramente virtual, com o objetivo de auxiliar na consolidação da jurisprudência na matéria, evitando o controle em tese e hipotético;

5) Seria possível o controle *ex officio* pelo juiz de convencionalidade e de legalidade, sempre que houvesse um caso concreto cuja solução pudesse ser encontrada em NITs ou em Tratado de direitos humanos, por força do princípio *iura novit curia*, garantida a ampla colaboração entre os sujeitos do processo e os deveres daí decorrentes, na garantia da interpretação *pro homine*;

6) Poderia o magistrado exercer juízo de requalificação, no caso de entender, na análise da situação concreta, ainda que alegado pela parte interessada de modo diverso, de identificar diverso tratado de direitos humanos violado, garantida a ampla colaboração entre os sujeitos do processo e os deveres daí decorrentes, na garantia da interpretação *pro homine*;

7) Os tribunais poderiam exercer, *ex officio*, o controle de convencionalidade *lato sensu*, garantida a ampla colaboração entre os sujeitos do processo e os deveres decorrentes, na garantia da interpretação *pro homine*, atentando-se para o fato do requisito de prequestionamento em recursos de natureza extraordinária, ainda que em matéria de ordem pública, conforme explicitado na OJ 62 da SDI-1 do TST.

8) Na interpretação dever-se-ia privilegiar o diálogo das fontes, no sentido de resguardar, na medida do possível, o resultado que conduza à garantia de proteção efetiva dos direitos fundamentais sociais, à vedação ao retrocesso social e à garantia fundamental ao mínimo existencial pela primazia do direito internacional, quando norma mais favorável. A utilização do ordenamento jurídico internacional, nesse caso, não seria um mero substituto argumentativo ao controle de constitucionalidade;

9) A norma legal interna submetida ao controle de convencionalidade ou de legalidade deveria ser declarada tão somente inválida⁹² para o caso concreto pelo juiz, apesar de continuar vigente no ordenamento jurídico interno;

10) Seria possível o controle de legalidade com relação às recomendações internacionais do trabalho que fossem recepcionadas pelo ordenamento jurídico interno, por intermédio do mesmo decreto de promulgação que recepcionou convenção internacional da OIT, prática que vem sendo observada pelo Brasil, em alguns casos, apesar da desnecessidade de submissão das recomendações ao processo formal de ratificação dos tratados;

11) Como forma de aprimorar a compreensão do papel do ordenamento jurídico internacional como fonte de direito, criando espaço para o aprimoramento do controle de convencionalidade das leis, as normas internacionais do trabalho ratificadas pelo ordenamento jurídico interno poderiam igualmente ser utilizadas, gradativamente, para colmatar lacunas legislativas, axiológicas e ontológicas, além de funcionarem como guias para a interpretação, no caso de ambiguidades do direito interno, para a interpretação de termos gerais e para o esclarecimento de conceitos jurídicos indeterminados, estabelecendo-se um princípio jurisprudencial com base no direito internacional e no direito internacional do trabalho;

12) Com relação aos tratados não ratificados, como o caso de algumas normas internacionais do trabalho (declarações, recomendações, protocolos e resoluções da OIT), como preparação para o controle de convencionalidade e de legalidade, podem funcionar, não sendo o caso de invalidação, como guias para a interpretação no caso de ambiguidades do direito interno e para a interpretação de termos gerais e o esclarecimento de conceitos jurídicos indeterminados, estabelecendo-se um princípio jurisprudencial com base no direito internacional e no direito internacional do trabalho;

13) O controle de convencionalidade concentrado pode ser exercido pelo STF, no caso de violação dos tratados de direitos humanos ratificados nos termos do § 3º do artigo 5º da CF/88.

Esses serão os grandes desafios a enfrentar. O debate prossegue. Agradeço imensamente a inestimável contribuição da brilhante colega

⁹² Como reflete Mazzuoli, a manutenção da vigência (existente formalmente) da lei interna é pelo fato de observar os requisitos para a sua elaboração formal e entrada em vigor no âmbito interno. Mas, deixa de ser válida por não passar imune a um dos limites verticais materiais, por ausência de coerência com as normas substanciais internacionais sobre sua produção: os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no plano interno e ratificados pelo Brasil e, no caso do direito do trabalho, das NITs.

magistrada do TRT3, juíza Maria José Rigotti Borges que me honrou com suas percucientes observações e sugestões esclarecedoras para a construção de sentido da proposta dessas reflexões: “[...] pense nas minhas anotações como se estivesse em um simples bate-papo com uma aluna curiosa, regado a vinho, numa madrugada, após uma certa não comemoração de 7 de setembro de 2017.” Um brinde ao debate, sempre!

Cataguases, inverno de 10 de setembro de 2017.

RÉSUMÉ

L'actuelle réforme du code du travail brésilien impose à l'interprète, en conformant la norme juridique national au système constitutionnel de protection des droits sociaux fondamentaux, d'examiner la portée et les limites d'une théorie du contrôle de la conventionnalité des lois, en préservant les conquêtes de l'Etat démocratique social de droit. La jurisprudence actuelle peut offrir des indications pour la reconstruction des droits sociaux à la lumière de l'ordre juridique international.

Mots-clefs: *Droits sociaux internationaux. Théorie du contrôle de la conventionnalité des lois. Interdiction de la régression sociale. Niveau minimum de civilisation. Interprétation pro homine. Efficacité horizontale des droits de l'homme.*

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho*. São Paulo: Cortez, 2011.
- AVRITZER, Leonardo *et al.* (Org). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- AUBY, Jean Bernard. *La globalisation, le droit et l'état*. Paris: Montchrestien, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade. A busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- _____. *Legisladores e intérpretes*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- _____. *Danos colaterais. Desigualdades sociais numa era global*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

- BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BEAUDONNET, Xavier (Ed). *Direito internacional do trabalho e direito interno: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito*. Turim: Centro internacional de formação da OIT, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Democracia e segredo*. São Paulo: Unesp, 2015.
- _____. *Direita e esquerda*. Razões e significados de uma distinção política. São Paulo: Unesp, 1995.
- _____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Edipro, 2017.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional*. Direito constitucional internacional brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BRAGHINI, Marcelo. *Reforma trabalhista*. Flexibilização das normas sociais do trabalho. São Paulo: LTr, 2017.
- BRANCO, Ana Paula Tauceda. *A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho, sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana*. 2006. Vitória. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Vitória. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 1º maio 2014.
- BRITO, Tarcísio Corrêa de. O tema da formação de magistrados na construção de uma democracia judiciária ou de uma justiça democrática: qual(is) contradição(ões). *Revista do Tribunal Regional do Trabalho Terceira Região*. Belo Horizonte, v. 39, n. 69, p. 75-94. jan./jun. 2004.
- _____. Fundamentação de sentença à luz do CPC/15 e seus reflexos no processo do trabalho: fragmentos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho Terceira Região*, Belo Horizonte, v. 62, n. 93, p. 231-272, jan./jun. 2015.
- BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1990.
- BUSNELLO, Ronaldo. Mudanças do mundo do trabalho e as perspectivas do direito. *Revista Direito em debate*, UNIJUÍ: RS, n. 11, jan./jun. 98. p. 73-84.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Curso de direito constitucional*. Lisboa: Almedina, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.
- CARVALHO, Pedro de Menezes. Os direitos sociais como direitos exigíveis: breve estudo sobre a vinculação dos poderes públicos à eficácia dos direitos sociais. *Anais do Congresso Internacional em homenagem a Claudio Souto*. Sociedade, direito e decisão em Niklas Luhman, Recife: Universitária UFPE, 2009. p. 406-424.
- CHEVALIER, Jacques. *L'état de droit*. Paris: Montchrestien, 2003.
- COMBACU, Jean; SUR, Serge. *Droit international public*. Paris: LGDJ, 2014.

- COMPAGNON, Antoine. *Os cinco paradoxos da modernidade*. Belo Horizonte: UFMG, 2010.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista de direitos e garantias fundamentais*, n. 2, 2007. p. 11-39. Acesso em: 10 maio 2017.
- _____. *Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *Tratado jurisprudencial de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: Thomson Reuters RT, 2013. V. I, II e III.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 2002.
- DUPUY, René-Jean. *Le droit international*. Paris: PUF, 2001.
- DUVAL, Guillaume. *Le libéralisme n'a pas d'avenir. Big business, marchés et démocratie*. Paris: La découverte/alternatives économiques, 2003.
- ESPIELL, Héctor Gros. *En el IV centenario de Hugo Grocio. El nacimiento del derecho de gentes y la idea de la comunidad internacional. In Pensamento Jurídico y sociedad internacional. Estudios en honor del profesor d. Antonio Truyol Y Serra*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986. v. I.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo. Tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do due process of law*. São Paulo: LTr 80, 2016.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*. Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho, 34 (2011), p. 15-53.
- _____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2007.
- FIORIN, José Luiz. *Linguagem e ideologia*. 7. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*. 2006. São Paulo. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica. Acesso em: 12 abr. 2017.
- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo. O que a globalização está fazendo de nós*. São Paulo: Record, 2000.
- GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes. A interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2017.

- GRAZ, Jean-Christophe. *La gouvernance de la mondialisation*. Paris: La découverte, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Après l'état nation. Une nouvelle constellation politique*. Paris: Fayard, 2003.
- KRUGMAN, Paul. *La mondialisation n'est pas coupable. Vertus et limites du libre-échange*. Paris: La découverte/poche, 2005.
- JUNIOR, Edson Beas Rodrigues (Org.). *Convenções da OIT e outros instrumentos de direito internacional público e privado relevantes ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.
- KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. *Fundamentos políticos do direito internacional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.
- KELSEN, Hans. *Principios de derecho internacional publico*. Buenos Aires: El Ateneo, 1963.
- KERCHOVE, Michel van de; OST, François. *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris: Puf, 1988.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.
- _____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- _____. *Paradoxos e perspectivas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982. 188p.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. *Lições de direito processual do trabalho. Teoria e prática (atualizada à luz do CPC de 2015 e da reforma trabalhista (Lei n. 13.467/17))*. São Paulo: LTr, 2017.
- LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. Madrid: Technos, 2005.
- MAEDA, Patricia. *A era zero dos direitos. Trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora*. São Paulo: LTr, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coord). *Controle de convencionalidade. Um panorama latino-americano Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*. Novos Estudos Cebrap, n. 58, novembro 2000, p. 183.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: RT, 2013.
- _____. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Método, 2017.
- _____. O novo parágrafo terceiro do artigo 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, ano 42, n. 167, Brasília, jul./set. 2005. p. 93-114.

- _____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, ano 46, n. 181, Brasília, jan./mar. 2009. p. 113-139.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Direito internacional do trabalho*. O estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. São Paulo: LTr, 2016.
- MECCARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo. *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di domínio nella tutela giuridica dell'individuo*. Madrid: Editorial Dykinson, 2014.
- MELLO, Celso D. Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Diret.). *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Gilmar Mendes; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MÉSZÁROS, István. *A crise estrutural do capital*. São Paulo: Boitempo, 2011.
- MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. O direito do trabalho como instrumento de efetivação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho Terceira Região*, Belo Horizonte, v. 49, n. 79, p. 149-162, jan./jun. 2009. p. 149-162.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; COPETI NETO, Alfredo. *Estado e constituição*. Estado social e poder econômico face a crise global. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- MOREAU DEFARGES, Philippe. *La mondialisation*. Paris: PUF, 1997.
- MURADAS, Daniela. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro; SILVESTRE, Rita Maria. *Os novos paradigmas do direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. *L'ordre du discours*. Paris: Gallimard, 2002.
- NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. *Fundamentos de direito internacional social*. São Paulo: LTr, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. *O direito do trabalho contemporâneo: efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- PÉREZ LUÑO, Antônio Henrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Technos, 2005.

- PIMENTA, Raquel Betty de Castro. *Cooperação judiciária internacional no combate à discriminação da mulher no trabalho*. Um diálogo Brasil e Itália. São Paulo: LTr, 2016.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PLIHON, Dominique. *Le nouveau capitalisme*. Paris: La decouverte, 2003.
- RIBEIRO, André Roberto. Um choque entre mundos. Aspectos e diferenças entre o teocentrismo, antropocentrismo e crimatocentrismo. *Revista Filosofia, Ciência & Vida*, Ano X, n. 130, p. 75-80.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Org.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional*. Estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Forum, 2016.
- SCALÉRCIO, Marcos; MINTO, Tulio Martinez. *CLT comparada conforme a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017.
- SEPÚLVEDA, Cesar. *Direito internacional*. Cidade do México: Porrúa, 1983.
- SHAW, Malcolm N. *Direito internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Direitos fundamentais, garantismo e direito do trabalho. *Revista TST*. Brasília, v. 77, n. 3, jul./set. 2011, p. 274-292.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. Análise da lei 13.467/2017 - artigo por artigo. São Paulo: Thomson Reuters / Revista dos Tribunais, 2017.
- SPITZCOVSKY, Jaime (Org.). *Pensar a justiça*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2016.
- STARNINO, Alexandre; MILELI, Diego. Os intelectuais odeiam o capitalismo? A quem interessa pensar assim? Um debate sobre ressentimento, identificação e laço social. *Revista Filosofia, Ciência & Vida*. Ano X, n. 130, p. 65-73.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SUR, Serge. *Les dynamiques du droit international*. Paris: Pedonne, 2012.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no liminar do século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*, 40(1), 1997. p. 167-177.
- _____. *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. V. III.
- _____. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. aum. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. 120p.
- WENDELLI, Leonardo Vieira. 2009. *O direito ao trabalho como direito humano e fundamental*: elementos para sua fundamentação e concretização. Curitiba. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. Acesso em: 23 mar. 2017.
- ZIZEK, Slavoj. *Problema no paraíso*. Do fim da história ao fim do capitalismo. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

As pesquisas jurisprudenciais foram realizadas no *site* LexMagister.

FIM DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA - CONSEQUÊNCIAS PARA AS ENTIDADES SINDICAIS E CATEGORIAS REPRESENTADAS

THE END OF SYNDICATES OBLIGED CONTRIBUTION - CONSEQUENCES FOR TRADE UNIONS ENTITIES AND REPRESENTED CATEGORIES

Aldemiro Rezende Dantas Júnior*

RESUMO

A reforma trabalhista é uma realidade e entrará em vigor nos próximos dias. No presente texto, fazemos a abordagem de apenas um dos aspectos dessa reforma, especificamente a questão do fim do imposto sindical obrigatório e quais as suas (possíveis) consequências em relação aos sindicatos e, mais importante, sua representação e efetiva representatividade da categoria, entendendo-se aquela como o poder de atuar em nome da categoria, e esta como a real identificação com os anseios dessa mesma categoria. No entanto, em se tratando de norma que ainda entrará em vigor, é de suma importância que se esclareça que não se trata de mero exercício de futurologia, mas sim de uma análise feita à luz do passado, ou seja, buscando no conhecimento histórico as possíveis consequências desse corte da verba que, até então, era a principal fonte de custeio dos entes sindicais. Ao final de tal análise, nossa conclusão é no sentido de que o mais perverso dos aspectos da reforma trabalhista é precisamente o enfraquecimento dos sindicatos, aumentando sua representação mais reduzindo sua representatividade. Urge que se acabe com o malefício do sindicato único (unicidade sindical), bem como a facilitação da efetiva fiscalização, pela categoria, da atuação da diretoria da entidade. Enfim, urge a reforma sindical, que possa permitir que, à frente dos entes sindicais, permaneçam apenas aqueles que efetivamente têm o intuito de trabalhar em prol da categoria. Sem isso, acreditamos que essa reforma sindical tenderá a nos levar de volta às lutas de classes de duzentos anos atrás.

Palavras-chave: Sindicatos. Representação sindical. Imposto sindical. Reforma trabalhista. Surgimento dos sindicatos. História do direito do trabalho. Unicidade sindical.

* Juiz do Trabalho aposentado da 11ª Região. Advogado. Mestre e Doutor, pela PUC-SP, em Direito das Relações Sociais. Membro da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas.

INTRODUÇÃO

A reforma trabalhista, a entrar em vigor no próximo mês de novembro de 2017, pode ser fatiada, para fins de exame, em diversos aspectos: direitos individuais de caráter geral, direitos individuais de caráter especial (ex.: gestantes e pessoas que trabalham em ambientes insalubres), direitos coletivos (subdivididos em relação à representatividade e ao alcance das negociações coletivas), direitos extrapatrimoniais, direitos processuais etc.

E em cada um desses aspectos podem ser apontados aspectos positivos e aspectos negativos. Assim, por exemplo, não se pode negar que a previsão de garantia de emprego, durante o período de redução salarial, é uma medida muito bem-vinda; por outro lado, a liberdade plena para o trabalho de 12 horas por dia, em jornada 12 X 36, em ambiente insalubre, certamente vai gerar inúmeros problemas de saúde para muitos empregados.

Da mesma forma, enquanto a imposição do pagamento dos honorários periciais mesmo ao beneficiário da justiça gratuita, além de inconstitucional, mais se assemelha à tentativa de intimidar os trabalhadores para que não deduzam pleitos que demandem perícia, por outro lado, a mudança nos procedimentos relativos à arguição de incompetência em razão do lugar, no nosso entendimento, é bem-vinda, pois racionaliza tal procedimento e evita a imposição de gastos desnecessários ao reclamado.

Por sua vez, o tabelamento dos danos morais e a infeliz (e, a meu ver, fadada ao fracasso) tentativa de limitar os casos onde tal espécie de danos ocorre são medidas que, para dizer o mínimo, constituem evidente agressão à Constituição Federal.

No entanto, não me deterei, neste texto, no exame desses aspectos peculiares a cada uma das facetas da reforma, sejam eles positivos ou negativos. E confesso que os vejo muito mais negativos do que positivos.

Da mesma forma, não me debruçarei sobre o fato de que a reforma foi feita quase que de modo clandestino, sem que houvesse tempo nem oportunidade para ampla discussão social, muito embora as mudanças interfiram na vida da imensa maioria dos brasileiros. Essa discussão, conquanto tenha grande valor histórico, já teve o seu momento e hoje se encontra superada pela evolução dos acontecimentos.

Ainda, não examinarei a falácia de que a reforma deverá gerar mais empregos e permitir a sobrevivência das empresas. Ora, o que gera emprego é o aquecimento da economia, e não a precarização das relações de trabalho; por sua vez, o que assegura a longevidade da empresa, além do aquecimento da economia, é a boa e adequada administração.

Deixando de lado todos esses aspectos, o que me chama a atenção e pretendo destacar neste breve texto, e que a muitos parece ter passado despercebido por puro desconhecimento de fatos históricos, é um outro

aspecto, ligado à representação da categoria profissional. E é sobre esse aspecto que será dado o enfoque maior do presente texto.

À guisa de esclarecimento, mesmo dentro da questão da representação da categoria pelo sindicato, existem diversos aspectos nos quais as novidades legislativas parecem ser claramente inconstitucionais, mas nem mesmo esse será o foco principal, ainda que abordado em alguns aspectos, como, por exemplo, a questão da comissão de representantes, a ser criada nas empresas com mais de 200 empregados (CLT, art. 510-A).

Encerrando esta breve introdução, não posso deixar de observar que não se pode avaliar as perspectivas de futuro quando se desconhece o passado. E é a partir disso que começamos o próximo ponto desta breve análise.

SURGIMENTO HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

O direito do trabalho, ao contrário do que muitos pensam, nasceu coletivo, e não individual. Em breve resumo, de modo itenizado, foi assim que ocorreu:

a) No começo do século XIX, o homem finalmente dominou a força da máquina a vapor.

b) Com isso, a força humana começa a ser substituída pelo uso da força mecânica. O trabalho que, antes, era feito por diversos homens adultos passa a poder ser feito por uma só pessoa, encarregada de apertar botões, e podendo tal pessoa ser uma mulher ou uma criança (o que antes era impensável, em virtude da necessidade de força física).

Embora não seja o foco, não posso deixar de observar que vem daí a diferença salarial em desfavor das mulheres, que até hoje pode ser facilmente constatada no mercado de trabalho. Mulheres e crianças eram consideradas como meia-força de trabalho e, por isso, recebiam salários inferiores aos de homens adultos.

O Estatuto da OIT, ao final da I Guerra Mundial, tentou corrigir essa distorção, mas os fatos atuais mostram que não conseguiu. Mas isso é uma história a ser contada em outro texto.

c) Surgem, nas grandes cidades da Europa, as fábricas que usam em larga escala a força da máquina a vapor.

d) Há um grande êxodo do campo para a cidade, pois o sujeito do campo tentava fugir dos grandes senhores feudais, que, na prática, eram donos de suas terras, de sua família, de sua vida e de sua liberdade. E esse camponês foi atraído pela ilusão do trabalho fácil nas muitas fábricas que iam surgindo, com a falsa ideia de que, na cidade, teria a possibilidade de um trabalho e uma vida melhores do que no campo.

Outra observação um pouco deslocada: essa migração do camponês para os centros urbanos ocorreu recentemente, em pleno Século XX, na cidade de Manaus!

Com a implantação das fábricas do Distrito Industrial, o caboclo do interior, de pouquíssima instrução, que até então sobrevivia da pesca, da caça e de uma pequena agricultura de subsistência, foi atraído em larga escala para a capital amazonense.

e) Pois bem, nas grandes cidades da Europa surgiu a seguinte situação: milhares e milhares de pessoas se aglomeravam nas portas das fábricas, em acirrada disputa por cada vaga que surgia, para finalmente descobrirem que ali não havia lugar para elas.

E novamente se impõe a comparação com o que ocorreu no Distrito Industrial de Manaus, onde o caboclo largava tudo o que tinha, no interior do Estado, que era pouco mas permitia comer e, de modo geral, sobreviver com a abundância da caça e da pesca, e vinha para a cidade grande, apenas para descobrir que ali não havia lugar para ele, que os lugares nas fábricas exigiam uma qualificação que ele não possuía.

f) Simultaneamente, estavam no auge os fundamentos da revolução francesa, em especial a igualdade e a liberdade. Recordemos que estamos falando sobre o começo do Século XIX, e a Revolução Francesa ocorreu no final do Século XVIII, mais precisamente em 1789.

Estava no auge o liberalismo e o conseqüente individualismo: as partes em um contrato tinham liberdade para negociar como bem entendessem, e o que negociassem deveria ser fielmente cumprido. O contrato validamente celebrado valia como lei entre as partes.

E acrescenta-se que os negócios deveriam ser celebrados individualmente, não se admitindo a ideia de negociações coletivas, em conjunto.

g) Juntem-se as duas situações acima (alíneas e e f), e o resultado (previsível) foi o seguinte: no contrato “livremente” negociado, o dono da fábrica fixava as condições que queria e, desde que o trabalhador aceitasse “livremente”, o contrato estava formado e tinha que ser cumprido naquelas condições estipuladas.

h) É evidente que, havendo poucas vagas a serem ocupadas e milhares de candidatos a ocupá-las, por mais draconianas que fossem as cláusulas contratuais, sempre haveria algum interessado em aceitar “livremente” as condições contratuais, pois a opção era entre aceitá-las e morrer à míngua, na mais absoluta miséria. Escolhia-se entre a morte lenta, na miséria, ou a morte mais rápida, na miséria absoluta.

i) E os contratos, livremente celebrados, começaram a surgir com cláusulas do tipo: 18 horas diárias de trabalho, sem qualquer dia de repouso remunerado, sem férias, sem qualquer proteção em caso de acidente etc.

Enfim, sem benefício algum, a não ser o salário de fome pelas horas trabalhadas, e mais nada.

E isso sem contar que era comum a contratação de trabalhadores com 6 anos de idade (afinal de contas, era só para apertar um botão) para trabalhar 14 ou 15 horas por dia.

Aqui, mais uma vez, é interessante uma pequena investida no direito civil.

O Código Civil francês regulava, como até hoje está regulado nos Diplomas Cívicos em geral, os negócios jurídicos nos quais uma das partes fosse incapaz. E o Código dizia, como até hoje se diz, que, para a validade do negócio, bastaria que o menor fosse representado ou assistido por seu representante legal, conforme fosse absoluta ou relativa a incapacidade, respectivamente.

Assim, quando um menor absolutamente incapaz, com 6 ou 7 anos de idade, cedia sua força de trabalho para o dono da fábrica, bastava que, na celebração do negócio, estivesse representado pelo pai e, a partir daí, o dono da fábrica, o contratante, poderia exigir a prestação dos serviços pelo menor.

j) Convém lembrar, novamente, que a maioria dos trabalhadores estava vindo do campo, sem qualquer instrução ou treinamento para o manuseio das novas máquinas que surgiam. Como consequência, o número de acidentes era altíssimo, e o empregado acidentado simplesmente era afastado do serviço, sem qualquer direito ou proteção.

Aliás, façamos mais uma comparação com os trabalhadores que migraram do interior do Amazonas: estes, na sua maioria, não conseguiram emprego, mas os que conseguiram, pelo menos, já dispunham de uma proteção mínima, assegurada por lei, quanto ao valor do salário, quanto às férias, proteção em caso de acidente etc. Proteção essa que fora arrancada a partir do que ocorrera lá no século XIX.

k) Pois bem, de volta ao Século XIX, o que se verificou foi o surgimento de duas classes claramente distintas: os donos da fábrica, que angariavam todo o lucro e todos os benefícios proporcionados pelas inovações tecnológicas e ocupavam um supramundo; e os operários que, mesmo quando trabalhavam, viviam em um submundo, ocupando guetos miseráveis e em condições de vida de extrema precariedade, apenas um pouco melhores do que aqueles que não tinham trabalho algum.

l) Esses trabalhadores miseráveis, por uma questão de praticidade, ocupavam guetos próximos às fábricas, sem qualquer saneamento e sem qualquer condição de saúde, sendo comuns as doenças mais diversas, que, aliadas à fome, dizimavam-nos como moscas.

De idêntica forma, em uma última comparação com os recentes fatos ocorridos em Manaus, os caboclos oriundos do interior, sem emprego, sem

renda, sem perspectiva e sem dignidade, aglomeraram-se em terrenos invadidos, margens alagadiças de igarapés, em casas sobre palafitas etc., em uma favelização que ocorreu em ritmo alucinante na cidade de Manaus.

m) No entanto, essa proximidade de pessoas que compartilhavam os mesmos problemas, que estavam todas na mesma situação de miséria, começa a fazer surgir uma consciência de classe, uma ideia de que não se tratava de “eu”, de problemas individuais, mas sim de um “nós”, de problemas coletivos e comuns a todos. E os trabalhadores começam a perceber que, reunidos, talvez tivessem mais força, talvez tivessem alguma chance naquela luta desigual em que apenas ficavam à mercê dos donos das fábricas.

n) E esses trabalhadores começam a se reunir para atuação conjunta. Começam a sabotar as fábricas e a boicotar a produção, negociando o fim dessas atuações em troca de melhores condições de trabalho, tais como a redução da jornada de trabalho, a garantia de um valor mínimo para o trabalho etc.

o) E o Estado, que até então não se intrometia nas negociações, começa a tentar intervir com a força, apenas para garantir que os contratos fossem cumpridos, ainda que nos mesmos houvesse a previsão de situações de extrema precariedade para os trabalhadores.

A ideia básica era: se fora contratado, teria que ser cumprido.

E a polícia é enviada para proteger os donos das fábricas, ou seja, para fazer com que os contratos que transformavam os trabalhadores em miseráveis fossem cumpridos. Trocando em miúdos, sobrou muita bordoadada, em nome da liberdade contratual.

p) Mas a força não adiantou: a polícia não conseguiu intimidar os trabalhadores nem fazê-los recuar em sua luta. Afinal, na situação miserável em que viviam, não tinham muito a perder, exceto a vida. A dignidade, há muito, já havia sido perdida.

q) Muitos donos das fábricas, percebendo que perderiam muito com as sabotagens, boicotes e paralisações ou quedas na produção, começaram a ceder e começaram a negociar com esses grupos de trabalhadores para preservar suas fábricas em pleno funcionamento.

r) E esse é o embrião do direito do trabalho, que começa nessas negociações do dono da fábrica com um grupo de trabalhadores, ou seja, as negociações começam coletivas, arrancadas na marra dos donos das fábricas, que negociavam não por estarem de boa vontade, mas para evitar perdas maiores.

E esse é, também, o embrião dos sindicatos.

s) Diante de tais lutas, já em meados do Século XIX, os intelectuais, os pensadores da época, começam a se manifestar, começam a surgir estudos sobre a situação miserável e a extrema exploração dos trabalhadores pelos donos das fábricas.

Até o papa aprova a encíclica *Rerum Novarum* (Papa Leão XIII), e a Igreja Católica, com todo o seu peso e toda a sua influência, passa a defender um tratamento mais digno aos operários, com a garantia de um salário que permitisse a sobrevivência, pois o trabalho humano não poderia ser tratado como se fosse uma mercadoria qualquer.

t) A partir daí, pressionado pela luta de classes e pela movimentação dos intelectuais e da Igreja, o Estado também começa a se movimentar e começa a aprovar leis de proteção ao trabalho humano, inicialmente muito tímidas e, depois, de maior alcance.

u) Começa-se a perceber, então, que as partes envolvidas no trabalho são economicamente desiguais e que, por isso, não seria possível deixá-las negociar livremente, em igualdade de condições, pois a superioridade econômica do dono da fábrica resultaria, inevitavelmente, na opressão do operário.

Essa situação foi resumida na espetacular frase de Henri Lacordaire: “Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta.”

Ou seja, quando desiguais podem negociar livremente, sem qualquer amarra, o mais forte tenderá a oprimir o mais fraco, e por isso é necessária a intervenção legal, para reduzir a liberdade negocial e, com isso, reduzir as consequências dessa diferença na correlação de forças.

v) Começa-se, então, a fase do dirigismo contratual, ou seja, o Estado começa a intervir para assegurar direitos mínimos aos trabalhadores, reduzindo o campo da liberdade das vontades.

A lei protege a parte mais fraca, não para que ela fique em posição de superioridade, mas exatamente o oposto, ou seja, para compensar a desigualdade econômica.

Observe-se que isso ocorreu não apenas nas relações de trabalho, mas, mais recentemente, também nas relações de consumo. Sempre pelas mesmas razões: atribuição de vantagem jurídica que possa compensar a superioridade econômica de uma das partes.

w) Mas o início de tudo isso, repete-se, está no movimento dos trabalhadores unidos, atuando em conjunto, que nada mais é do que o embrião dos sindicatos, como hoje os conhecemos, e das negociações coletivas.

Pois bem, esse breve apanhado histórico nos permite agora prosseguir para o exame direto da reforma trabalhista que foi aprovada. Fixemos antes, porém, as conclusões básicas, extraídas dos fatos históricos acima resumidos:

1. Não é possível permitir a livre negociação individual entre empregado e empregador (como, de modo geral, não é possível essa livre negociação entre partes economicamente muito desiguais), pois o inevitável resultado

será a opressão da parte mais fraca pela mais forte.

2. A lei precisa impor limites à negociação, para que a necessidade não leve os empregados (não leve a parte mais fraca) à aceitação de condições degradantes impostas pelo empregador (impostas pela parte mais forte).

3. A obrigatória participação dos sindicatos nas negociações coletivas se constitui como freio à pressão que é imposta pelo empregador em virtude de sua vantagem econômica.

Isso foi o que a história nos ensinou.

Não se trata de ideologia nem de achismo ou de suposições infundadas, mas sim de fatos históricos. Aos que quiserem um retrato mais visual e mais impactante, tomamos a liberdade de sugerir a leitura de *Os miseráveis*, de Victor Hugo. O título não poderia ser mais apropriado, retratando a história dos milhares de *Jean Valjeans* da época.

Pois bem, passemos à análise especificamente da lei reformada.

Antes, contudo, pensamos ser importante destacar uma jogada de mestre, levada a termo pelos idealizadores da reforma.

É que a reforma trabalhista, por óbvio, não se resume às mudanças na CLT. Antes, passa pelas alterações da Lei n. 6.019/74, pelas mudanças já propostas em relação às normas de regência do trabalho rural etc.

Pois bem, antes de implementar essa reforma que, a nosso ver sem qualquer dúvida, tende a gerar modernos *Valjeans*, os “pensadores” da reforma buscaram impedir ou dificultar a reação de parte dos trabalhadores.

Para essa finalidade, possibilitou-se a ampliação praticamente sem limites da terceirização, permitindo-a também na atividade-fim da empresa.

Mas o que isso tem a ver com o tema da representação dos trabalhadores pelo sindicato, haverá de se perguntar o atento leitor?

Ora, lembremo-nos de que foi a proximidade e a semelhança de situações entre os trabalhadores em situação miserável que permitiu o surgimento de uma consciência de classe. Pois bem, a ampliação da terceirização tenderá, claramente, a espalhar esses trabalhadores, pois os terceirizados não terão a ideia de pertencimento a qualquer das empresas onde vierem a prestar os serviços, pois sabem que hoje cedem sua força de trabalho naquela empresa, mas amanhã farão o mesmo em outra, e logo depois em outra, e em outra, sem que pertençam a qualquer delas.

E esse afastamento entre os trabalhadores, repete-se, é que claramente se constituirá em obstáculo ao surgimento da consciência de classe. Busca-se hoje evitar o “erro” cometido há 200 anos, que foi o de deixar a massa trabalhadora se unir.

O ENFRAQUECIMENTO DOS SINDICATOS: MAIS REPRESENTAÇÃO E MENOS REPRESENTATIVIDADE

Dizem os apressados (ou os que não leram o texto) que a reforma não retirou os direitos dos trabalhadores, que não mexeu no que já está assegurado pela lei.

Na realidade, as alterações da CLT não modificaram aquilo que não poderiam modificar: os direitos constitucionais expressos. Por óbvio que uma reforma infraconstitucional jamais poderia afastar o direito ao 13º salário, às férias anuais, ao FGTS etc.

Além disso, de modo direto, a reforma realmente mexe em muito pouca coisa: afeta os intervalos intrajornada, modifica a natureza jurídica do pagamento dos intervalos trabalhados etc. Mas em nada afeta, de modo direto, os direitos tradicionais, tais como o 13º salário, as férias, o aviso prévio etc.

No entanto, o ataque indireto é forte e contundente, coisa de profissionais do ramo: a reforma ataca os sindicatos e a sua representatividade dos trabalhadores, claramente aumentando o alcance dos poderes negociais do sindicato, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, reduz seus recursos indispensáveis à sobrevivência e ainda permite a negociação direta e individual entre empregado e empregador, de modo similar ao que pode ser negociado pelo próprio sindicato.

Explicando melhor cada uma dessas situações:

a) A reforma aumenta o poder negocial do sindicato, por exemplo, ao conferir a quitação geral do contrato de trabalho no plano de demissão voluntária celebrado por meio de negociação coletiva (art. 477-A); da mesma forma, quando permite a quitação anual das obrigações trabalhistas (art. 507-B) e quando assegura a prevalência da negociação coletiva sobre a lei, em relação à extensa gama de direitos indicados no artigo 611-A.

Apenas à guisa de esclarecimento, permitimo-nos lembrar ao leitor de que, atualmente, o sindicato pode homologar acordos ou pagamentos com eficácia liberatória, mas apenas em relação às parcelas que estejam especificadas. A eficácia geral, alcançando todas as parcelas do extinto contrato de trabalho, só é possível quando se trata de acordo em juízo.

Com efeito, na homologação da rescisão contratual (prevista no agora revogado § 1º do artigo 477), entende o TST (Súmula n. 330) que, não havendo ressalva, estarão quitadas as parcelas que estejam especificadas no termo de rescisão, não sendo válida a quitação genérica, que seja referente a todas as parcelas do extinto contrato de trabalho.

Da mesma forma, no Programa de Demissão Incentivada, valerá a quitação de todas as parcelas que tenham sido discriminadas no recibo de quitação, não sendo válida a quitação com esse caráter amplo e geral,

relativa a todas as parcelas do extinto contrato de trabalho, como consta da OJ n. 270 da SDI-1 do TST.

Apenas na hipótese de acordo celebrado em juízo é que se mostra válida e tem eficácia liberatória geral essa quitação de todas as parcelas do extinto contrato de trabalho, ou seja, sem que seja feita a especificação, como se depreende da OJ n. 132 da SDI-II do TST, que aponta que uma nova ação, relativa às parcelas do contrato onde houve essa quitação geral, violaria a coisa julgada.

Como se vê, a modificação, nesse particular, passa a ser bastante acentuada, pois passa a ser admitida a possibilidade de quitação genérica e com eficácia liberatória geral, no caso do PDV negociado com o sindicato, além da possibilidade dessa liberação geral de modo anual. Aumenta, pois, o, digamos assim, “poder liberatório” do sindicato.

b) Por outro lado, a contribuição sindical, principal fonte de custeio das despesas sindicais, passa a ser facultativa, ou seja, só poderá ser descontada do trabalhador se este previamente a autorizar, como passam a dispor os artigos 578 e 579 da CLT.

c) No terceiro ângulo de abordagem, o trabalhador passa a ter o “poder” de negociar diretamente com o empregador nos mais diversos aspectos, inclusive com possibilidade de atuação idêntica à do próprio sindicato em alguns casos. Assim, por exemplo, o empregado poderá ajustar individualmente o banco de horas (art. 59, § 5º), a jornada 12 X 36 (art. 59-A), poderá firmar sozinho a rescisão contratual, independentemente do tempo de serviço na empresa (revogação do § 1º do art. 477) etc.

Além disso, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o contrato poderá ser celebrado exatamente com a mesma amplitude negocial da negociação coletiva, ou seja, podendo abranger a mesma extensa lista do artigo 611-A e com idêntica prevalência sobre a lei.

E com isso as alterações da CLT conseguem afastar a principal barreira de proteção dos trabalhadores, pois em muitos casos passa a jogá-los na negociação direta com os empregadores e, mesmo nos casos em que a participação do sindicato se mostra necessária, trata-se de um sindicato que virá com o pires na mão, ávido pelo recebimento de qualquer migalha que lhe for oferecida.

Ora, como vimos acima, historicamente os sindicatos surgiram e funcionaram como um anteparo de proteção aos trabalhadores, interpondo-se com maior força e poder de barganha entre os mesmos e os empregadores. Em outras palavras, o sindicato tem força para negociar onde o empregado, de modo individual, simplesmente cede à vontade do empregador.

E a reforma, no seu aspecto mais perverso, ataca principalmente essa barreira de proteção, pois cuida claramente do enfraquecimento dos sindicatos, ao mesmo tempo em que lhes atribui a possibilidade de maior liberação do empregador em relação às suas obrigações.

Dois argumentos costumam ser levantados em favor dessas mudanças: 1) o trabalhador de hoje não é mais aquele operário ingênuo e desinformado do começo do século XIX; 2) existem, no Brasil, mais de 17 mil sindicatos, a maioria deles sem qualquer atuação em prol da categoria e apenas com o intuito de abocanhar os recursos da contribuição sindical.

Pura falácia! Os dois argumentos, conquanto verdadeiros em seu aspecto fático, nem de longe têm o condão de afastar tudo o que acima foi dito.

Em primeiro lugar, é bem verdade que o empregado de hoje, em regra, tem informações suficientes sobre seus direitos e tem maior acesso à informação, não mais podendo ser classificado como ingênuo ou desconhecedor de seus direitos, pelo menos os básicos e inerentes a todos os trabalhadores. Ora, mas em qual medida isso lhe confere força para negociar de igual para igual com o empregador?

Em outras palavras, o empregado até pode ter a plena consciência de que está sendo lesado em seus direitos, mas isso em nada afeta a nítida desigualdade econômica entre ele e o empregador, e o que impede a negociação equilibrada é precisamente essa desigualdade econômica, e não o conhecimento (ou a falta dele) dos direitos que lhe são assegurados. Entre o forte e o fraco, a liberdade oprime.

Em segundo lugar, em relação à quantidade e atuação dos sindicatos, é a mais pura verdade que existem mais de 17 mil sindicatos no Brasil, assim como também é verdade que os mesmos só estão interessados em abocanhar a contribuição sindical obrigatória.

No entanto, se, por um lado, tudo isso realmente acontece, por outro, a solução óbvia seria a reforma do sistema sindical, com o estabelecimento de mecanismos de controle quanto à sua criação e atuação (por exemplo, facilitando e aumentando o poder de fiscalização pelos integrantes da categoria), mas nunca a sua pura e simples morte por inanição, falta de recursos, que é o que fatalmente ocorrerá, nos termos propostos pela reforma aprovada.

Esse ataque, com o evidente objetivo de enfraquecimento dos sindicatos, fica muito claro em diversos aspectos: o fim do imposto sindical compulsório, a desnecessidade de homologação das rescisões contratuais, a criação de órgãos de representação dentro de cada empresa (e não dentro da categoria, como ocorre com os sindicatos), o aumento de hipóteses nas quais a negociação individual é aceita etc.

O aumento do poder negocial se deu, principalmente, em duas frentes distintas, ambas de resultados possivelmente desastrosos: a prevalência da negociação coletiva sobre a lei; a admissão de negociação individual, com o mesmo alcance da coletiva, para empregados que tenham nível superior e recebam salário igual ou superior a duas vezes o teto da Previdência Social. Como se tais empregados pudessem negociar livremente com o empregador, em igualdade de condições; como se o fato de ter diploma de curso superior e receber 12 mil reais colocasse o empregado em patamar de igualdade com a multinacional da qual é empregado.

A liberdade contratual pressupõe a igualdade entre as partes contratantes! E uma igualdade material, e não puramente formal, pois, caso contrário, voltaremos a ver de modo muito nítido a atualidade das palavras de Henri Lacordaire.

Agora imagine-se o seguinte quadro:

a) os sindicatos com um maior alcance negocial, pois o que vierem a negociar haverá de prevalecer até mesmo sobre a lei e poderá, inclusive, conferir quitação repetida (anual) e extensiva a todas as parcelas do contrato de trabalho;

b) esses mesmos sindicatos, por outro lado, com o pires na mão, por falta de recursos, diante do súbito corte de sua principal fonte de renda, que era a contribuição sindical.

Ora, a consequência dessas características é facilmente imaginável: o sindicato dos empregados concordará com qualquer cláusula que a empresa queira incluir em norma coletiva, em troca de alguma taxa ou alguma comissão que lhe propicie renda para a sobrevivência.

De modo mais direto, a representatividade pelos sindicatos, que hoje já é ruim e permeada por muitos sindicalistas pelegos e picaretas, que apenas buscam se eternizar nos cargos de direção sindical, tenderá a ficar ainda pior, com a clara tendência de prevalência dos interesses de tais sindicalistas sobre os interesses da classe que deveriam representar.

Neste ponto do texto, convém uma explicação. Ao contrário do que possa ter parecido, pelo que até aqui escrevemos, não somos contra o fim da contribuição sindical obrigatória. Muito pelo contrário, entendemos que o dinheiro fácil deixou muitos sindicatos (na verdade, a imensa maioria) acomodados com a situação, pois o associado (e a taxa por ele paga) se tornou desnecessário, eis que o grosso do dinheiro vinha do imposto sindical, essa contribuição obrigatória de um dia de salário.

Em nosso entendimento, de fato o sindicato precisa ser estimulado a “mostrar serviço”, para que possa atrair associados e sobreviver das taxas mensalmente por eles pagas, e esse estímulo andou um tanto quanto ausente, ao longo dessas décadas de dinheiro fácil, oriundo da contribuição sindical.

Dito de modo mais direto, o sindicato que efetivamente exercer a representação adequada dos seus associados tenderá a aumentar o número destes e, com isso, manterá renda que lhe permita o funcionamento e o custeio das despesas próprias.

O problema que vislumbramos, portanto, não é o fim da contribuição sindical em si mesmo, pois isso, no médio prazo, poderá provocar uma salutar renovação das carcomidas direções de sindicatos pelegos e que apenas buscam a satisfação dos interesses pessoais. O grande problema, ao nosso sentir, está na falta de um período de transição, que permita a adaptação dos sindicatos.

E nem se diga que a situação atual é culpa dos próprios sindicatos.

Ora, as entidades sindicais foram acostumadas, durante várias décadas, a conviver com esse modelo do dinheiro fácil, e é certo que o hábito do cachimbo costuma deixar a boca torta. Presenciamos um caso real, no qual o sindicato tinha cerca de 4.500 associados e, por pura falta de interesse, esse número acabou sendo reduzido para menos de 500 associados.

Agora, é necessário fazer o caminho inverso, e para isso será necessário algum tempo, para que os sindicatos se reestruturarem e possam sair à luta, mostrando serviço para os integrantes da categoria e mostrando que efetivamente existe vantagem em ser associado à entidade sindical. Além do mais, a acomodação que se viu foi da direção do sindicato, e não se mostra coerente fazer com que toda a categoria pague por isso.

E também nem se diga que a categoria poderia ter tomado a providência de eleger outros diretores, pois os que acompanham de perto o movimento sindical sabem que isso não é assim tão fácil, pois os sindicatos costumam recheiar seus próprios estatutos com inúmeras cláusulas de barreira, com exigências que só os membros da Diretoria conseguem atender e com isso afastam a concorrência.

Em outras palavras, na teoria é possível eleger uma chapa de oposição para afastar a Diretoria que nada faz pela categoria. Na prática, no entanto, isso se mostra muito difícil, quase impossível, e tanto é assim que a mídia tem mostrado diversos casos de diretores de sindicatos que estão encastelados no poder há mais de 20 anos.

Enfim, o fato é que deixou o legislador de observar (e o fez de modo claramente intencional) que seria essencial um período de transição e a adoção de regras que permitissem a sobrevivência dos sindicatos efetivamente voltados para a representação e a proteção dos trabalhadores. Dentre essas regras, parece-nos que seria essencial o fim da unicidade sindical, para que fosse possível a criação de sindicatos fortes e efetivamente representativos da categoria, com o enfraquecimento e a morte de sindicatos pelegos.

E isso acontece porque a reforma, ignorando propositadamente a história, e na contramão desta: 1. Amplia desmesuradamente o alcance das negociações individuais; 2. Reduz sensivelmente os limites impostos pela lei à negociação coletiva (e até mesmo à individual), eis que esta, em muitos casos, prevalecerá sobre aquela; 3. Afasta, em muitos casos, a participação dos sindicatos das negociações, que passam a ser diretas entre empregado e empregador; 4. Enfraquece, de modo súbito, os sindicatos, sem qualquer período de transição, e os torna presas fáceis para as empresas.

Mas ainda há uma outra questão, em particular, que nos chama muito a atenção. É a que se refere à Comissão de Representantes, prevista nos artigos 510-A e seguintes, da CLT alterada. Estabelece o mencionado dispositivo:

Art. 510-A. Nas empresas com mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de uma comissão para representá-los, com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

Não se trata, exatamente, de uma novidade, uma vez que já existe a previsão dessa representação, como se pode observar no artigo 11 da Constituição Federal. A questão não é a novidade em si.

O grande problema que vislumbramos é que a Lei claramente buscou afastar a participação do sindicato da formação dessa Comissão de Representantes. Primeiro, porque nem o menciona na composição da Comissão, limitando-se a quantificar o número de empregados; segundo, porque, de modo expresso, afasta qualquer participação da entidade sindical das eleições dos seus integrantes, como se observa no artigo 510-C, § 1º.

Ora, mas aí vem o seguinte questionamento: não foi ao sindicato que a Constituição Federal atribuiu o papel de representação da categoria? É o que parece, pelo que se vê nos incisos II e III do artigo 8º do Texto Maior, que, de modo expresso, apontam que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”, e ainda acrescentam ser “vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial.”

Ora, mas, se ao sindicato cabe a representação da categoria, como pode ser possível, então, que, para a formação de uma comissão de representantes, a lei exclua de modo explícito a participação dos sindicatos?

E, ainda mais, novamente em relação ao inciso III, também cabe indagar uma questão bastante óbvia. Ora, a Constituição Federal atribuiu ao sindicato a defesa dos interesses e direitos de toda a categoria, e não

apenas em relação aos associados. Assim, quando o sindicato celebra uma Convenção Coletiva de Trabalho, está negociando em nome de toda a categoria, e associados ou não do sindicato serão beneficiados, por exemplo, com o reajuste salarial obtido.

Pois bem, o associado paga a taxa mensal do sindicato, e isso serve para o custeio dos gastos da entidade sindical; mas, e o não associado? Este pagava, até aqui, a contribuição sindical obrigatória, um dia de salário em cada ano, mas agora nada mais pagará.

Ora, essa contribuição sindical obrigatória servia para o custeio das despesas do sindicato, a manutenção de uma sede, a contratação de advogados, eventuais deslocamentos dos dirigentes, montagem de uma estrutura de greve ou de uma assembleia geral etc. Pois bem, como funcionará, doravante, esse custeio? Ou será que o legislador foi ingênuo ao ponto de achar que o sindicato poderá funcionar sem qualquer fonte de renda para pagar as necessárias e evidentes despesas que precisa suportar?

Existem pontos da reforma trabalhista com os quais, por questão de convicções ideológicas, sociológicas, humanitárias etc., pode-se concordar ou não. Mas essa fase da concordância ou discordância já passou, isso ficou lá para o período da (inexistente) discussão sobre o que então era apenas uma proposta legislativa.

No entanto, não podemos nos furtar à análise tanto dos aspectos da conformidade da nova legislação aos limites e contornos constitucionais, quanto dos efeitos que das mudanças poderão decorrer. E, nessa análise, a reforma apresenta diversos traços de agressão à Constituição, notadamente (mas não exclusivamente), em relação a essa evidente negativa ao sindicato do poder-dever de representar e defender toda a categoria (e não apenas os associados) que lhe foi constitucionalmente atribuído.

É com esses olhos e esse pessimismo que vejo a reforma. Espero que o Poder Judiciário, em especial (mas não apenas) o Supremo Tribunal Federal, ainda venha a melhorar - e muito - o que já foi aprovado (ao meu ver, de modo irresponsável) pelo Congresso Nacional, impondo interpretação que se adeque aos limites constitucionais. Caso contrário, tenho o forte temor de que voltaremos aos tempos da luta de classes, muitas vezes travada de modo violento.

Os trabalhadores brasileiros estão anestesiados e, diante da maciça propaganda do Governo Federal, dizendo que a reforma é boa e deverá gerar mais empregos (o que não foi ratificado por qualquer especialista no assunto), ainda não perceberam que serão os maiores perdedores com o quadro que está se desenhando por aí.

Um dia, contudo, é certo que essa noção das perdas haverá de se fazer sentir. E aí, quem sabe, os trabalhadores voltem a se reunir em guetos miseráveis e recomece o ciclo de quase 250 anos atrás.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, reafirmamos que não se pode compreender de modo adequado o presente, se não tivermos o conhecimento sobre o passado. Nesse sentido, o verdadeiro alcance dessa reforma, em relação aos sindicatos e à representação dos trabalhadores, só pode ser captado se tivermos em mente que as primeiras normas de proteção ao trabalhador só foram possíveis precisamente em virtude da atuação coletiva, no embrião do que hoje conhecemos como sindicato.

Nos moldes em que a reforma foi aprovada, e está prestes a entrar em vigor, aumenta o poder dos sindicatos em relação à negociação com eficácia liberatória, passando o sindicato a ter a possibilidade de conferir eficácia liberatória geral, alcançando todas as parcelas do extinto contrato de trabalho no caso de Programa de Demissão Voluntária celebrado mediante negociação coletiva (o que exige, recorde-se, a participação do sindicato - CF, art. 8º, VI).

Isoladamente considerado, esse aumento do poder negocial do sindicato não representaria qualquer problema. A questão é que, no contexto, ao mesmo tempo em que o sindicato recebeu maior “poder liberatório”, também ficou de pires na mão e, por isso, sem real poder de negociação, sem real poder de representatividade da categoria.

A situação exige, com a máxima urgência, a reforma sindical há tanto tempo necessária, para que o sindicato exerça não apenas a representação, mas também a efetiva representatividade da categoria.

De outra banda, mostra-se necessária a atuação enérgica do Poder Judiciário, para que a reforma, notadamente no que se refere à clara agressão ao sindicato enquanto representante da categoria, seja reduzida à conformidade com os dizeres constitucionais.

Se nada disso acontecer, se os sindicatos e sindicalistas continuarem como hoje estão, e se as novas normas legais forem aplicadas nos moldes exatos em que foram aprovadas, penso que existe o sério risco de retrocedermos mais de 200 anos nas conquistas sociais que haviam sido conseguidas. O tempo dirá.

ABSTRACT

Labor reform is a reality and it is vigoring on the next few days. In the present text we approach only one aspect of this reform, specifically the issue of labor unions obliged tax contributions and what are the - possible - consequences for the trade unions and, most importantly, it's representation and effective representatives, understanding the former as having power to act on behalf of a particular trade union and the latter as

the genuine identification with the aspirations of a particular trade union. Nevertheless, when regarding a regulation that has yet to become active, it is of great importance to shed some light that this is not a matter of clairvoyance, but an analysis through old lenses, that is, retrieving from historical facts the probable consequences of this fund cuts which, until now, was the main source of financing these syndicates entities. At the end of this analysis our conclusion is in the sense that the most perverse aspect of labor reform is precisely to frail the syndicates, rising up its representation but diminishing its representativeness. It urges that a malefic sole syndicate (union unicity) comes to an end, as well as the facilitation of an effective supervision, by a particular union category, of the board directors activities of their entities. Ultimately, an union reform urges, one that allows that those in charge of an union are those who effectively have the intention of working in favor for that category. Without these we believe that this labor reform tends to lead us back to two centuries ago class struggles.

Keywords: *Syndicates. Syndicate representation. Syndicate taxes. Labor reform. Syndicates development. Labor law history. Union unicity.*

O ACESSO À JUSTIÇA SOB A MIRA DA REFORMA TRABALHISTA - OU COMO GARANTIR O ACESSO À JUSTIÇA DIANTE DA REFORMA TRABALHISTA

ACCESS TO JUSTICE UNDER LABOR REFORM: OR HOW TO GUARANTEE ACCESS TO JUSTICE IN THE FACE OF LABOR REFORM

Jorge Luiz Souto Maior*
Valdete Souto Severo**

RESUMO

O presente artigo analisa possíveis interpretações da Lei n. 13.467/2017, de forma a garantir a prevalência dos valores consagrados pela Constituição da República e assegurar a observância dos direitos humanos, reduzindo os prejuízos causados aos trabalhadores pela norma recém-aprovada. Esse exercício interpretativo permite recolocar as ideias e os personagens em seus devidos lugares e serve, ao mesmo tempo, para reforçar o argumento pela ilegitimidade plena da lei, pela declaração plena de sua inconstitucionalidade e, até mesmo, para reanimar a luta pela sua revogação. Além disso, contribui para o devido julgamento histórico dos atores da Reforma.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Acesso à justiça. Inconstitucionalidade. Código de Processo Civil. Direito do Trabalho.

Esclarecemos desde logo que reiteramos a nossa avaliação de que a reforma trabalhista, levada a cabo para atendimento dos interesses do grande capital, é ilegítima, por ter sido mero instrumento de reforço dos negócios de um setor exclusivo da sociedade, o que, além disso, desconsidera a regra básica da formação de uma legislação trabalhista, que é a do diálogo tripartite, como preconiza a OIT, e também por conta da supressão do indispensável debate democrático que deve preceder a elaboração, discussão e aprovação de uma lei de tamanha magnitude, ainda mais com essa intenção velada de afrontar o projeto do Direito Social assegurado na Constituição Federal.

* Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Livre Docente da Universidade de São Paulo.

** Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Diretora da Fundação Escola dos Magistrados Trabalhistas do RS.

Por ser ilegítima, a Lei n. 13.467/17, que resultou da reforma, não deve ser aplicada, sob pena de se conferir um tom de normalidade ao grave procedimento em que se baseou, que melhor se identifica como um atentado à ordem democrática e como uma ofensa ao projeto constitucional baseado na proteção da dignidade, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da prevalência dos Direitos Humanos, da função social da propriedade, da melhoria da condição social dos trabalhadores, da política do pleno emprego e da economia regida sob os ditames da justiça social.

Os profissionais do Direito, portanto, por dever funcional e também ditados por sua responsabilidade enquanto cidadãos que respeitam a ordem constitucional, devem rejeitar a aplicação da Lei n. 13.467/17.

Ao mesmo tempo, o momento representa uma oportunidade para a classe trabalhadora avaliar quais foram as dificuldades que experimentou para a compreensão plena do momento vivido e que inviabilizaram uma melhor organização e o incremento de uma resistência mais ampla e eficaz à reforma.

A presente situação permite, ainda, que se possa refletir sobre os limites das apostas feitas no Direito como impulsionador de mudanças reais e concretas na realidade para o desenvolvimento de uma sociedade efetivamente melhor e justa, pois o retrocesso imposto foi justificado pelo fato de que a compreensão social do Direito do Trabalho estava efetivamente avançando.

Não se pode, igualmente, negar o debate paralelo, de natureza político-partidária, que se instaurou a propósito do tema. Nesse sentido, muitos visualizaram a contrariedade ao projeto de lei como uma forma de auferir dividendos eleitorais, o que desmotivou o advento de uma resistência mais contundente. Agora que a derrota no processo legislativo se consagrou e a reforma se transformou em lei, a par de continuarmos disseminando a compreensão em torno da ilegitimidade desta, para efeito de sua rejeição integral, o certo é que não podemos apenas realçar ou até reforçar os prejuízos da reforma, por meio da assimilação das interpretações que evidenciam seus malefícios. Isso serviria, meramente, para entrar no jogo político-eleitoral ou, de forma mais idealista, pretender que algum tipo de impulso revolucionário possa advir daí. E, por outro lado, pode acabar facilitando a vida dos patrocinadores da reforma, no seu propósito de aumentar lucros por meio da redução de direitos trabalhistas.

Por isso, o exercício de buscar interpretações juridicamente possíveis da Lei n. 13.467/17, para coibir seus efeitos mais nefastos, o que é bastante complexo, envolto mesmo em contradições, talvez não agrade a muitos que interagem com esse assunto por meio de interesses não revelados.

Certamente, também não nos agrada. O problema é que, enquanto se levar adiante, como única via, no campo jurídico, a aposta na declaração de

ilegitimidade - que fica mais distante, quando percebemos o quanto o Direito se integra às estruturas de poder -, o sofrimento dos trabalhadores no dia a dia das relações de trabalho só aumentará (e nada mais).

Assim, sem abandonar essa perspectiva de rejeitar, por completo, a aplicação dessa lei, sem abandonar o ideal social de buscar racionalidade e formas de superação de um modelo de sociedade que já deu inúmeras mostras de suas limitações enquanto projeto para a humanidade, e sem desprezar o efeito eleitoral que deve advir dessa tentativa político-econômica de desmonte social, faz-se necessário aos magistrados e juristas, lidando, no plano limitado do imediato, até para cumprimento do dever funcional de fazer valer a ordem constitucional e os princípios dos Direitos Humanos, buscarem os fundamentos jurídicos que impeçam que a Lei n. 13.467/17 conduza os trabalhadores, concretamente, à indulgência e à submissão.

Isso não significa, de modo algum, salvar a lei ou os seus protagonistas, que devem, efetivamente, receber um julgamento histórico pelo atentado cometido, até porque é somente com muito esforço e extrema boa vontade, impulsionada pela necessidade determinada pela derrota da aprovação da lei, que se pode chegar a esse resultado de obstar os efeitos destruidores, de tudo e de todos, contidos potencialmente na Lei n. 13.467/17.

Essa iniciativa, ademais, tem o mérito de forçar os defensores da aprovação da lei da reforma, que fundamentaram sua postura no argumento de que esta não retiraria direitos e que não geraria prejuízos aos trabalhadores, a revelarem a sua verdadeira intenção, quando se virem na contingência de terem que, expressamente, rejeitar as interpretações que, valendo-se da ordem jurídica, preservam os direitos dos trabalhadores e das trabalhadoras.

Ao terem que recusar essas interpretações, deixarão cair as máscaras, revelando os objetivos da reforma: favorecer os empregadores e fragilizar ainda mais os empregados.

Esse exercício interpretativo, portanto, permite recolocar as ideias e os personagens em seus devidos lugares e serve, ao mesmo tempo, para reforçar o argumento pela ilegitimidade plena da lei, pela declaração plena de sua inconstitucionalidade e, até mesmo, para reanimar a luta pela sua revogação. Além disso, contribui para o devido julgamento histórico dos atores da reforma.

E trará, ainda, o benefício de desvendar que essa iniciativa destrutiva não é uma obra que pertence exclusivamente a Temer e seus companheiros. Afinal, historicamente, muito já vinha sendo feito, em termos hermenêuticos, para negar vigência às garantias constitucionais asseguradas aos trabalhadores e às trabalhadoras. Lembre-se, por exemplo, de que a jornada 12 x 36 já vinha sendo admitida, assim como o banco de horas (apesar da contrariedade ao disposto no inciso XIII do art. 7º da CF); que o direito de

greve vinha sendo reiteradamente desrespeitado (fazendo-se letra morta do art. 9º da CF); e que não havia nenhum movimento jurisprudencial para conferir eficácia ao inciso I do artigo 7º da CF, com relação à garantia contra a dispensa arbitrária.

Aliás, esse embate técnico-jurídico toma ares de urgência, na medida em que os autores da reforma, prevendo as resistências jurídicas e sabendo, portanto, que a aprovação da lei foi apenas o primeiro passo, estão prontos para dar novas cartadas e uma delas é manter a Justiça do Trabalho sob a ameaça de extinção.

O risco que se corre, sério e iminente, é o de se tentar agradar ao poder econômico, que, atualmente, controla a vida nacional sem a intermediação da política, e, assim, não só acatar os termos da reforma, como admitir os sentidos restritivos de direitos e até ir além, propondo compreensões teóricas que superam as regressões contidas na lei, assumindo-se, inclusive, o valor que os próprios políticos e os defensores da “reforma” em nenhum momento tiveram que assumir publicamente: a redução dos direitos dos trabalhadores como consequência “bem-vinda” da incidência da Lei n. 13.467/17 no Direito do Trabalho.

Mas isso é um erro técnico, como demonstrado no presente texto, e não representa nenhum tipo de preservação da Justiça do Trabalho, até porque, na essência, eliminando-se a preocupação com o princípio que fundamenta o Direito do Trabalho, que determina a própria razão da existência de uma Justiça especializada, voltada a expressar valores sociais e humanos que impõem limites ao poder econômico, o que se estará dizendo é: “acabemos nós mesmos com a Justiça do Trabalho antes que outros o façam”.

Aliás, outro risco que se corre - e este a sociedade devia perceber, urgentemente - é que os políticos que encaminharam essa reforma, buscando obter imunidade nas acusações de corrupção, tentem emplacar, agora, o argumento de que as eleições podem travar a economia e, assim, aprofundarem o Estado de exceção e o estágio de falência democrática, levando consigo também os direitos civis e políticos.

Vide, a propósito, a chamada da reportagem publicada no jornal Valor Econômico, edição de 21/6/17: “Eleição de 2018 ameaça reformas, dizem analistas.”¹

Fato é que, sem a construção de argumentos jurídicos que destruam os caminhos das perversidades da Lei n. 13.467/17, muitos passarão simplesmente a aplicá-la, motivados pela ausência de reflexão, pela premência de tempo ou mesmo pelo excesso de trabalho, e seguirão lesando o projeto constitucional de proteção dos trabalhadores.

¹ Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5011788/eleicao-de-2018-ameaca-reformas-dizem-analistas>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

1 NÃO APLICAR, APLICANDO

Não temos dúvida de que o conjunto da reforma, em mais de 200 dispositivos, é todo ele voltado ao atendimento dos interesses dos empregadores e, mais especificamente, aos grandes empregadores, e o exercício proposto, de atividade interpretativa, não altera esse dado, que, ademais, já consta, muito claramente, de todos os registros históricos.

Então, ao se chegar a efeitos benéficos ou não prejudiciais aos trabalhadores pela via da interpretação e da integração da Lei n. 13.467/17 ao conjunto normativo, ao qual se integram os princípios jurídicos, não se está extraindo aspectos positivos da reforma e sim, concretamente, impedindo que aqueles efeitos pretendidos (mas não divulgados abertamente) pelos seus elaboradores sejam atingidos.

O método utilizado para tanto, dentro dessa via intermediária da preocupação com os resultados imediatos, não é, como dito, o de rejeitar a aplicação da lei, mas o de impedir que os efeitos que se pretendiam atingir com ela sejam atingidos, o que, no plano do real, pode ser um não aplicar.

Enfim, parafraseando o método de raciocínio desenvolvido pelo mestre Márcio Túlio Viana para enfrentar, na década de 90, a legislação e os argumentos neoliberais que almejavam, já naquela época, destruir o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho, o que se promove é um “não aplicar, aplicando”.

Aliás, como já manifestado em outro texto, foram os próprios argumentos apresentados como fundamentos da reforma que inauguraram essa (ir)racionalidade, pois os dispositivos da lei atendem exclusivamente aos interesses dos empregadores e os fundamentos trazidos foram no sentido da preocupação com a melhoria da condição de vida do conjunto dos trabalhadores, incluindo os excluídos, sem retirada de direitos. Assim, ao se aplicar os dispositivos da lei, não se aplicam os seus fundamentos. Trata-se, portanto, igualmente, de um não aplicar, aplicando.

Claro que esses fundamentos são falsos e, ao se aplicar a lei, rebaixando o patamar de direitos dos trabalhadores e aumentando as margens de lucro dos empregadores, o que se teria é uma perfeita harmonia entre os objetivos da lei e os efeitos por ela produzidos. Mas como os fundamentos retoricamente utilizados para a sua aprovação foram os da proteção dos trabalhadores, torna-se possível aplicar a lei em consonância com esses fundamentos, os quais, ademais, enquadram-se nos fundamentos clássicos do Direito do Trabalho e aí o que se terá como resultado é um não aplicar dos objetivos reais pretendidos pela reforma, aplicando a lei com suporte em seus fundamentos retóricos.

Desse modo, por exemplo, se o atual texto do artigo 8º pretende impedir que “[...] súmulas e outros enunciados de jurisprudência [...]”

restringam direitos, tem-se o argumento definitivo e necessário para não mais aplicar as tantas súmulas que contrariam normas constitucionais. E se o juiz deve examinar a norma coletiva atentando para as regras do Código Civil, a boa-fé objetiva, a transparência, a lealdade, a ausência de abuso de direito serão parâmetros obrigatoriamente observados juntamente com a norma do art. 1.707, que impede cessão, compensação ou renúncia de crédito alimentar.

Da mesma forma, se o trabalho intermitente foi criado para tirar da informalidade trabalhadores que não atuam em tempo integral, devido à sazonalidade ou temporariedade da demanda do serviço, elimina-se o fundamento para negar o vínculo de emprego de trabalhadoras domésticas em conformidade com o número de dias que trabalham por semana.

Ou seja, o que pretendemos demonstrar é que a tentativa de desconfigurar o Direito do Trabalho por meio da integração à CLT de uma série de normas que a contrariam encontra limite no próprio procedimento atabalhoadamente adotado. A aplicação dos artigos 9º, 765 e 794 da CLT, dentre outros, que foram preservados na “reforma”, assim como de todos os demais textos constitucionais e legais que estabelecem os limites da exploração do trabalho pelo capital, neutraliza o caráter destrutivo da Lei n. 13.467/17.

Antes de abordarmos os aspectos processuais propriamente ditos, vejamos, para melhor compreensão, como, concretamente, esse método interpretativo incide sobre alguns artigos da Lei n. 13.467/17.

a) Redução do intervalo para 30 minutos

Um ponto muito discutido na reforma foi o da possibilidade de redução do intervalo de uma hora para trinta minutos, por meio de negociação coletiva, nos termos do atual inciso III do art. 611 da CLT, segundo o qual a

[...] convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

[...]

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas.

A primeira questão a ser desvelada é a contradição entre a lei e um de seus fundamentos, que é o de estabelecer a prevalência do negociado sobre o legislado. Ora, é a lei que está ditando o que pode ser negociado, então o que prevalece, mesmo aí, é a lei e não o negociado. Além disso, a lei, nos mesmos moldes do que fazia a “velha CLT”, fixou os limites da negociação. No caso, o intervalo deverá, por lei, ser de, no mínimo, 30

(trinta) minutos. E, como o fundamento apresentado para a aprovação da lei foi o de que essa redução seria para beneficiar o empregado, é necessário que algumas condições sejam satisfeitas para que essa redução possa ser considerada juridicamente válida (embora, do ponto de vista do ideal jurídico, já não passaria pelo crivo constitucional, que prevê a redução dos riscos à saúde como um direito fundamental dos trabalhadores): 1) que haja condições efetivas para que o intervalo seja cumprido e se destine, integralmente, àquela que se disse tenha sido a sua finalidade. Assim, não se poderá considerar atingida a dita finalidade da norma se o trabalhador tiver de ficar 10 minutos esperando em fila para poder se alimentar, ou gastar boa parte do tempo do intervalo se deslocando do posto de trabalho até o local de alimentação, pois, nesse caso, o ato de se alimentar será mais um transtorno do que uma satisfação (embora seja, de todo modo, uma necessidade); 2) que haja redução do tempo total de permanência do empregado no ambiente de trabalho. É incompatível com o objetivo da norma o ato de submeter o trabalhador, com intervalo reduzido para 30 minutos, à execução de tarefas em sobrejornada.

Acrescente-se que a supressão do intervalo já reduzido não equivale à supressão do intervalo de uma hora, conforme regulado no art. 71 da CLT, cujo *caput* se mantém com a mesma redação. A supressão do intervalo reduzido equivale à invalidação do acordo de redução, uma vez que desatende à dita finalidade da redução. Assim, diante da invalidação, prevalece a regra geral do intervalo de uma hora e a necessidade de indenização pela sua supressão, que não elimina a indenização por dano moral, dado o notório sofrimento a que se submete uma pessoa por trabalhar durante uma jornada superior a 06 (seis) horas sem a possibilidade de uma alimentação adequada a qualquer ser humano e sem descanso.

Aliás, desse raciocínio, estabelecido no contexto da “reforma”, decorre a extração da cláusula geral da prevalência da lei sobre o negociado descumprido, ou seja, o desrespeito a uma norma fixada em convenção coletiva, que se pretenda seja prevalente sobre a lei, traz como efeito a aplicação não da norma desrespeitada, mas da lei que pretendeu substituir, pois a norma foi justificada pelo efeito de conferir ao trabalhador uma melhor condição de trabalho e de sociabilidade e não para diminuir o custo da ilegalidade.

Mas, muito provavelmente, os defensores da reforma rejeitarão essa interpretação e dirão que, uma vez reduzido o intervalo para 30 minutos por negociação coletiva, o eventual descumprimento será o da norma já modificada pela negociação. No entanto, com esse resultado, a negociação estará funcionando apenas para beneficiar os empregadores que não concedem intervalo para os seus empregados, reduzindo, matematicamente, o valor da indenização (nada mais).

Aliás, é bom que se diga, todas as alterações das regras sobre a jornada de trabalho, que, certamente, buscam permitir uma maior exploração do trabalho pelo capital, tentando afastar os limites constitucionais, para além de evidentemente contrariarem a norma do art. 7º da Constituição, encontram restrição no texto da própria reforma. Basta que se confira efetividade concreta à promessa contida no art. 611-A, quando diz que as cláusulas de negociação em relação à jornada devem respeitar os limites constitucionais ou o art. 611-B, que textualmente determina a observância das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho (inciso XVII). Assim, mesmo com outra norma da própria Lei n. 13.467/17 dizendo o contrário, não haverá como, por aplicação da ordem jurídica vigente, legitimar jornada que ultrapasse oito horas por dia, que permita horas extraordinárias habituais ou que se eliminem períodos de descanso.

b) Trabalho da gestante em atividade insalubre e direito à amamentação

Outro ponto bastante discutido foi o do não afastamento obrigatório da gestante em atividades insalubres em grau médio e mínimo, conforme previsão do art. 394-A, segundo o qual,

Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

- I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
- II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;
- III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

Como foi dito na defesa da aprovação da lei, o propósito não era prejudicar a empregada gestante.

Nos termos propostos, a empregada somente será afastada de atividades insalubres em grau médio e em grau mínimo com apresentação de atestado. Em tal caso, poderá, a critério do empregador, ser transferida para outro local na empresa considerado salubre, ainda que a dificuldade concreta seja a da aferição real da insalubridade.

Ora, se o propósito era proteger a saúde das trabalhadoras e do nascituro, o que se deveria fazer era criar norma objetivando a eliminação da submissão a atividades insalubres. No entanto, bem ao contrário, o que a reforma fez foi propor a possibilidade de exposição da gestante e do seu filho à situação de dano efetivo à saúde.

Na exposição de motivos do projeto de lei, afirmou-se que sem essa possibilidade a empregada seria prejudicada porque perderia o adicional. Ora, a lei não diz que a gestante perde o adicional se não puder trabalhar no ambiente insalubre. O adicional, portanto, está garantido. O que diz a lei é que, para se afastar do trabalho em atividade insalubre em graus médio e mínimo, a empregada deverá apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, que “recomende o afastamento durante a gestação”, e procedendo da mesma forma, em atividades insalubres de qualquer grau, durante a lactação.

E todos disseram que o propósito não era prejudicar a empregada e o seu filho. Mas, sabendo-se que a empregada que apresentar tal atestado poderá ser discriminada, a tendência é que as mulheres não o apresentem, o que não elide a ocorrência de danos concretos para o feto e para a gestante. Assim, considerada a dita finalidade da lei, esta somente poderá ser considerada atendida se a empregada apresentar atestado que comprove, cientificamente, que as condições reais do trabalho não resultarão prejuízo para si e para seu filho, valendo o mesmo raciocínio para a amamentação, na forma do § 2º do art. 396 da CLT.

Igualmente, os defensores da reforma rejeitarão essa interpretação e dirão que basta a ausência do atestado para que se presuma que a saúde da gestante, da lactante, do nascituro e do filho está assegurada, mas vale perceber que de uma afirmação de que a lei não causaria prejuízo às trabalhadoras já se estaria passando para o estágio da mera presunção, sem qualquer base empírica.

c) Extinção do vínculo e “quitação” de direitos

A Lei n. 13.467/17 tentou facilitar as dispensas coletivas de trabalhadores, fazendo uma equiparação - inconcebível do ponto de vista da realidade fática - entre dispensas individuais e coletivas, conforme constou do art. 477-A:

As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

A equiparação, no entanto, partiu de um pressuposto jurídico equivocado de que as dispensas individuais podem ocorrer sem necessidade de apresentação de justificativa ao empregado. No entanto, a Constituição é muito clara ao ter assegurado aos trabalhadores o direito à relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária (art. 7º, I).

Por isso mesmo, a norma do art. 477-A da CLT pode ser interpretada/aplicada para o efeito de finalmente reconhecermos a todas as espécies de despedida, individuais ou coletivas, o dever de motivação por parte do empregador, sob pena de nulidade, na forma do inciso I do art. 7º da Constituição e da Convenção n. 158 da OIT. Essa norma internacional, que pode ser utilizada como fonte formal do direito do trabalho seja por força do art. 8º, seja pela literalidade do § 2º do art. 5º da Constituição (Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte), estabelece o dever de motivação para o ato da despedida.

Do mesmo modo, o conteúdo do art. 477-B, quando estabelece que “Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes” terá de se submeter ao crivo do Poder Judiciário trabalhista e mesmo ao conceito jurídico de quitação, tal como deverá ocorrer com a regra do art. 507-B, segundo o qual “É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.”

Aqui o legislador, inclusive, demonstrou desconhecimento quanto aos institutos jurídicos referidos. Ora, quitação é instituto jurídico específico que só se obtém mediante pagamento. Não há quitação como decorrência de renúncia ou transação. Os direitos trabalhistas são irrenunciáveis e somente se pode dar quitação de dívida efetivamente paga e nunca com relação a direitos sem que estejam relacionados a fatos concretos, que tenham sido devidamente discriminados e cuja representação monetária não esteja matematicamente demonstrada, como acontece, ademais, em qualquer dívida de natureza civil.

Então, não tem qualquer valor jurídico uma declaração do trabalhador, estabelecida em TRTC, em PDV ou “termo de quitação anual”, no sentido de que todos os seus direitos, genericamente considerados, foram respeitados pelo empregador.

É a própria Lei n. 13.467/17 que exorta os juízes do trabalho a considerarem o Código Civil como parâmetro para a interpretação e aplicação de normas trabalhistas. Pois bem, a quitação tem seu conceito estabelecido no artigo 320 do Código Civil, segundo o qual

A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.

E, conforme o parágrafo único do art. 324 do Código Civil, “Ficará sem efeito a quitação assim operada se o credor provar, em sessenta dias, a falta do pagamento.”

Lembre-se, ainda, de que continua vigente o art. 9º da CLT, o qual estipula que “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO

Para introduzir a análise sobre os temas processuais, o ponto de partida é o mesmo, ou seja, a lembrança de que o termo de garantia da aprovação da reforma foi o de que não haveria eliminação de direitos dos trabalhadores.

Pois bem, o acesso à justiça é um direito fundamental da cidadania, que tem sede constitucional e nas declarações internacionais de Direitos Humanos; assim, a Lei n. 13.467/17 não pode impedi-lo.

As alterações nas regras processuais, propostas pela Lei n. 13.467/17, precisam ser compreendidas e aplicadas à luz da atual noção do direito de acesso à justiça como um direito fundamental, que é condição de possibilidade do próprio exercício dos direitos sociais. Esse é o referencial teórico que permitirá, também no âmbito processual, o uso das regras dessa legislação “contra ela mesma”, construindo racionalidade que preserve as peculiaridades do processo do trabalho e a proteção que o justifica.

Para isso, ainda que brevemente, precisamos resgatar o caminho até aqui trilhado pela doutrina, que determina esse reconhecimento de um direito fundamental à tutela jurisdicional.

No Estado liberal o acesso à justiça era concebido como um direito natural e como tal não requeria uma ação estatal para sua proteção. O Estado mantinha-se passivo, considerando que as partes estavam aptas a defender seus interesses adequadamente.² Com o advento do Estado Social, surge a noção de direitos sociais e, paralelamente, o reconhecimento de que uma ação efetiva do Estado seria necessária para garantir o implemento desses novos direitos. Por isso, o assunto pertinente ao acesso à justiça está diretamente ligado ao advento de um Estado preocupado em fazer valer direitos sociais, aparecendo como importante complemento, para que “[...] as novas disposições não restassem letras mortas.”³

² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Sijthoff and Noordhoff - Alpehna Andenrijin, Dott. A. *Access to justice*. Milan: Giuffrè Editore, 1978.

³ *Accès à la justice et état-providence*. Paris: Economica, 1984. p. 33.

O movimento de acesso à justiça apresenta-se sob dois prismas: no primeiro ressalta-se a necessidade de repensar o próprio direito; no segundo preocupa-se com as reformas que precisam ser introduzidas no ordenamento jurídico, para a satisfação do novo direito, uma vez que pouco ou quase nada vale uma bela declaração de direitos sem remédios e mecanismos específicos que lhe deem efetividade.

Sob o primeiro prisma (denominado método de pensamento), o movimento é uma reação à noção do direito como conjunto de normas, estruturadas e hierarquizadas, cujo sentido e legitimidade somente se extraem da própria coerência do sistema. Na nova visão o direito se apresenta como resultado de um processo de socialização do Estado e passa a refletir preocupações sociais, como as pertinentes à educação, ao trabalho, ao repouso, à saúde, à previdência, à assistência social etc.

Sob o segundo prisma, o movimento se desenvolve em três direções, chamadas “as três ondas do movimento do acesso à justiça.”

A primeira onda, que diz respeito aos obstáculos econômicos de acesso à justiça, consiste, por isso mesmo, na preocupação com os problemas que os pobres possuem para defesa de seus direitos. Esses problemas são de duas ordens: judicial e extrajudicial. Extrajudicialmente, preocupa-se com a informação aos pobres dos direitos que lhe são pertinentes (pobreza jurídica) e com a prestação de assistência jurídica nas hipóteses de solução de conflitos por órgãos não judiciais. Judicialmente, examinam-se os meios a que os pobres têm acesso para defenderem, adequadamente, esses direitos (pobreza econômica). Para eliminação do primeiro problema, o movimento sugere a criação de órgãos de informação a respeito dos direitos sociais. Para supressão do segundo, a eliminação ou minimização dos custos do processo, inclusive quanto aos honorários de advogado.⁴

A segunda onda, de cunho organizacional, tende a examinar a adequação das instituições processuais, especialmente no que se refere à legitimidade para a ação, às novas realidades criadas pela massificação das relações humanas, gerando uma grande gama de interesses difusos e coletivos, cuja satisfação nem sempre se mostra fácil diante das perspectivas do direito processual tradicional, essencialmente individualista.

A terceira onda caracteriza-se pela ambiciosa preocupação em construir um sistema jurídico e procedimental mais humano, com implementação de fórmulas para simplificação dos procedimentos, pois as mudanças na lei material, com vistas a proporcionar novos direitos sociais, podem ter pouco ou nenhum efeito prático, sem uma conseqüente mudança no método de prestação jurisdicional.

⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo de Oliveira (Org.). *Direito e justiça*. São Paulo: Ática, 1989. p. 45-46.

O acesso à justiça pressupõe, portanto, a efetividade do processo. Mas, como explicam Cappelletti e Garth, a efetividade é algo vago. Para dar substância à ideia, traduz-se a efetividade em “igualdade de armas”, como garantia de que o resultado final de uma demanda dependa somente do mérito dos direitos discutidos e não de forças externas. Advertem, no entanto, os autores citados que essa igualdade é uma utopia e que pode ser que as diferenças entre as partes nunca sejam completamente erradicadas.⁵

Desse modo, o primeiro passo na direção da efetividade consiste, exatamente, na identificação das barreiras que impedem o acesso à justiça e a própria efetividade do processo; o segundo, como atacá-las; e o terceiro, a que custo isso se faria. As barreiras são: a desinformação quanto aos direitos; o descompasso entre os instrumentos judiciais e os novos conflitos sociais; os custos do processo e a demora para solução dos litígios, que constitui fator de desestímulo.

Por tudo isso, vale a observação de Mauro Cappelletti, no sentido de que o acesso à justiça pressupõe um novo método de analisar o direito, em outras palavras, uma nova maneira de pensar o próprio direito. Nesse novo método o direito é analisado sob a perspectiva do “consumidor”, ou seja, daqueles que são o alvo da norma, e não sob o ponto de vista dos “produtores” do Direito. O acesso à justiça, nesse contexto, aparece como a garantia de que o sujeito poderá, efetivamente, consumir o direito que lhe fora direcionado, servindo-se, se necessário, do Estado para tanto.⁶

Esse é o pressuposto que deve orientar os intérpretes aplicadores do processo do trabalho, mesmo depois de alterado pela Lei n. 13.467/17, sob pena de se negar a própria razão de ser da Justiça do Trabalho.

3 O PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Conforme preconizava o artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.”

Essa afirmação dos direitos do homem, no primeiro momento, tem a finalidade de superar o absolutismo do Estado religioso. Ainda que tenha representado considerável avanço, os fundamentos da Revolução Francesa, de 1789, não correspondem aos ideais assumidos pela humanidade a partir do século XX.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Sijthoff and Noordhoff - Alpehna Andenrijin, Dott. A. *Access to justice*. Milan: Giuffrè Editore, 1978. p. 10.

⁶ *Accesso alla giustizia come programa di riforma e como metodo de pensiero. Revista da Universidade Federal de Uberlândia*, n. 12, 1983. p. 320.

De forma contemporânea à formação da sociedade burguesa, desenvolveu-se um modelo de produção de índole capitalista, o qual, por sua vez, gerou complicações sociais que aos poucos demonstraram não encontrar uma solução dentro dos padrões jurídicos da ordem liberal.

As relações capitalistas impulsionadas no ambiente jurídico legado pela Revolução Francesa (Lei Le Chapelier, 1791, e Código de Napoleão, 1804, que se baseavam na liberdade dos iguais e na igualdade do ponto de vista formal) geraram riquezas para alguns e extrema pobreza para muitos. Os desajustes de ordem social, econômica e política provocados puseram em risco concreto a sobrevivência do homem na terra. Desde a grande revolta de 1848, passando pelas Revoluções do México, da Alemanha e da Rússia, no início do século XX, a convivência humana passou a ser marcada por grandes conflitos de classes.

Desses conflitos, advieram duas guerras de âmbito mundial. No final da 1ª guerra foi criada a OIT, Organização Internacional do Trabalho, para regulação da relação capital-trabalho em uma perspectiva supranacional. Após a 2ª guerra mundial, a OIT é elevada a órgão permanente da ONU. A duras penas, os seres humanos aprenderam a lição de que mesmo no capitalismo a solidariedade e a justiça social devem ser vistas como valores fundamentais.

Assim, a concepção inicial de Direitos do Homem é alterada para ser concebida na ótica dos Direitos dos Seres Humanos, abrangendo a todos, sem qualquer distinção. “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” passa a preconizar o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Na Constituição da OIT, por exemplo, é possível verificar as certezas de que “uma paz mundial e durável somente pode ser fundada sobre a base da justiça social” e de que, havendo condições de trabalho que impliquem privações das quais advenham descontentamentos põe-se em risco a harmonia universal.

Como se vê, os Direitos Sociais (Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social) buscam fazer com que ao desenvolvimento econômico corresponda, na mesma proporção, justiça social. Assim, na perspectiva do Direito Social, não basta respeitar o outro; deve-se, concretamente, agir para que os seus direitos sejam efetivados.

Essa lição, no entanto, não é facilmente apreendida. Somente passa a ser seriamente considerada a importância da concretização dos direitos sociais após uma nova segunda guerra mundial. Desde então enuncia-se, expressamente, em diversos documentos internacionais, a certeza de que, para se atingir a necessária justiça social, não basta a enunciação de direitos. A flagrante negligência quanto à efetivação desses direitos é posta como razão de grande importância para o advento da segunda guerra.

A efetivação dos Direitos Fundamentais e, em especial, dos direitos sociais, passa a ser, ela própria, então, uma questão fundamental.

Bem sabemos que essa necessidade histórica acaba por se revelar, em grande medida, por uma retórica protetiva que poucas vezes consegue refletir na prática das relações sociais. Ainda assim, para a compreensão da função que o processo desempenha na sociedade capitalista e, especialmente, do que significa a preservação de um processo trabalhista, inspirado na proteção, é preciso revisitar os parâmetros que o próprio Estado entendeu por bem adotar, no que tange ao chamado “direito ao processo”, ou, como preferem os europeus, “direito ao juiz”.

Na Declaração Universal, de 1948:

Artigo X - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950:

Artigo 6º - 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso a sala de audiências pode ser proibido a imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

No Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, de 1966:

Art. 14 - 1. Todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de carácter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das partes o exija, quer na medida em que isto seja estritamente

necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tomar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto ou o processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

Artigo 10: Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948:

Artigo XVIII - Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, quaisquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

No Pacto de São José da Costa Rica, de 1969:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos.

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

[...]

Artigo 8º - Garantias judiciais.

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Todas essas normas devem servir de parâmetros para o olhar que devemos ter para o processo do trabalho, mesmo com a desfiguração pretendida pela Lei n. 13.467/17 e que, como veremos, não nos impede (antes, convida-nos) de construir uma racionalidade que a neutralize, preservando a essência da proteção que o justifica.

4 A FUNÇÃO DO PROCESSO DO TRABALHO

Em uma realidade na qual os trabalhadores não têm garantia alguma contra a despedida, lutar pela efetividade dos direitos materiais é no mais das vezes uma ilusão. No ambiente de trabalho, lá onde a relação efetivamente ocorre, o trabalhador tem, via de regra, apenas duas opções: ou se submete às condições impostas pelo empregador ou sofre com a despedida “imotivada”.

É por isso que duras realidades como a da terceirização sem limites ou a da realização de jornadas de 12 horas, sem intervalo e muitas vezes estendidas para “cobrir” a falta do colega que deveria trabalhar no turno sucessivo, já ocorriam bem antes da entrada em vigor do texto que infelizmente veio para tentar cancelar essas formas de exploração desmedidas.

Nenhum trabalhador ou trabalhadora, isoladamente (e mesmo com atuação do sindicato, premido pela mesma insegurança jurídica que assola os trabalhadores), tem condições reais de exigir do empregador que respeite o intervalo para descanso; que conceda o direito à amamentação; que mantenha um ambiente de trabalho saudável. Tal constatação faz perceber, com nitidez, que o único momento em que o trabalhador realmente consegue tentar fazer valer os seus direitos, colocando-se em condições, ao menos formais, de ser ouvido, é quando ajuíza sua demanda trabalhista.

É necessário, pois, que as formas jurídicas do processo não sirvam para reproduzir e, assim, reforçar a opressão do local de trabalho. Reconhecendo a realidade concreta, a função do processo é eliminar os obstáculos ao acesso à ordem jurídica justa.

Não é de hoje que o grande capital vem se esforçando para colonizar o Poder Judiciário, tentando fazer com que o processo se transforme em mais um “bom negócio”, de tal sorte que pagar dívidas ou honrar créditos trabalhistas se tornou mera opção do empregador. Nas últimas décadas, a própria Justiça do Trabalho sofreu alguns efeitos dessa colonização, com súmulas endereçadas a situações específicas e campanhas de conciliação que se revelam como uma tentativa desesperada de reduzir o número de processos, em vez de resolver os conflitos sociais por meio da explicitação de uma postura firme perante o descumpridor da lei trabalhista, sobretudo com relação àqueles que a descumprem reiteradamente para a obtenção de vantagem econômica sobre a concorrência.

O efeito deletério que o descumprimento reiterado de direitos gera em um Estado que se pretende democrático (crescimento exponencial de demandas judiciais) pode ser enfrentado de dois modos. De um lado, levando a sério o descumprimento e reconhecendo à demanda judicial a gravidade que deve ter, a fim de que aqueles que descumprem a legislação sejam punidos e, portanto, incentivados a não repetir esse ato de boicote ao projeto

de sociedade que se anunciou desde 1988. De outro, tornando o Poder Judiciário um espaço de concessões e renúncias e, com isso, fazendo do descumprimento de direitos fundamentais um ótimo negócio, mas, claro, jogando por terra toda possibilidade de um projeto de sociedade, dentro do modelo capitalista de produção, minimamente organizada.

Desgraçadamente, e com o apoio da grande mídia, a segunda opção foi a adotada pelos idealizadores da Lei n. 13.467/17.

Para bem utilizar os parâmetros jurídicos de que dispomos, para conservar o procedimento trabalhista e sua finalidade, precisamos inicialmente reconhecer a premissa do raciocínio a ser desenvolvido pelo intérprete do Direito material e processual do Trabalho: a preservação da proteção como princípio norteador desse ramo do Direito, até porque, em nenhum momento dos debates sobre a reforma, esse princípio foi posto em xeque, como já referimos.

Claro que, para isso, é importante traçar uma definição mais precisa do que é e de como aplicar o princípio da proteção no Direito e no Processo do Trabalho. Essa será uma arma fundamental na manutenção da existência mesma de normas trabalhistas.

O desenvolvimento da noção de direitos fundamentais tem relação mais íntima do que pode parecer com o Direito do Trabalho e com o princípio/dever de proteção. A sociedade se industrializa e o capitalismo se instala como forma de organização social, sob o manto do ideal liberal e é em nome de uma proposta de participação de parte mais expressiva da sociedade na economia (*lato sensu*) que o conceito de liberdade se modifica. À noção de propriedade agrega-se a noção de acúmulo de riqueza. E essa capacidade de acumular passa a constituir o principal elemento de divisão (ou reconhecimento) das classes sociais. Em pouco tempo, a sociedade passa a ser identificada como uma composição formada por homens que vivem-do-trabalho (expressão utilizada por Ricardo Antunes e para a qual Marx utilizava a denominação proletariado) e homens que vivem da exploração do trabalho alheio (capitalistas). O trabalho humano subordinado à vontade e aos fatores de produção de outrem é a mola propulsora dessa nova forma de organização social.

Mas sem um balizamento jurídico específico dessa relação economicamente desigual, na qual a condição econômica mais favorável se transforma em poder, e a condição inversa representa submissão, produzem-se várias formas aviltantes da condição humana para a venda da força de trabalho, desestabilizando toda a ordem social e abalando a própria crença nas benesses do capitalismo. Nesse contexto é que o Direito do Trabalho inevitavelmente encontra solo fértil para nascer.

Barbagelata refere que a questão social, ou seja, a necessidade de lidar com a realidade excludente e díspar potencializada pelo sistema

capitalista está na origem não apenas do Direito do Trabalho, mas dos direitos sociais em geral. A sistematização do conceito de princípio emerge dentro dessa realidade em que percebemos, como sociedade, a necessidade de garantir direitos sociais.

5 A PROTEÇÃO COMO PRINCÍPIO DO PROCESSO DO TRABALHO

Se retornarmos aos clássicos, como Evaristo de Moraes ou Martins Catharino, veremos que a existência do Direito do Trabalho é explicada a partir de um princípio norteador: a necessidade histórica (econômica, social, fisiológica e inclusive filosófica) de proteger o ser humano que, para sobreviver na sociedade do capital, precisa “vender” a sua força de trabalho. Portanto, a proteção a quem trabalha é o que está no início, no princípio da existência de normas que protejam o trabalhador, em sua relação com o capital.

É interessante observar que a leitura de Lenio Streck acerca do conceito de princípios, desenvolvida com o claro intuito de evitar o que chama de panprincipiologismo, ou seja, o fato de que autores de doutrina e jurisprudência estão criando seus próprios princípios e julgando a partir deles, vem ao encontro dessa leitura do enfrentamento da “questão social” a partir de normas próprias, de ordem material e processual, ditadas pela necessidade de proteção. Referido autor defende que “[...] todo princípio encontra sua realização em uma regra.” Compreende a Constituição como um evento que introduz um novo modelo de sociedade, edificado sob certos pressupostos derivados de nossa história institucional, que condicionam “[...] toda tarefa concretizadora da norma.”

É a partir da Constituição que “o direito que se produz concretamente” legitima-se, por estar de “[...] acordo com uma tradição histórica que decidiu constituir uma sociedade democrática, livre, justa e solidária.”

Logo, o princípio é que está no início e que justifica, à luz da Constituição, a aplicação ou o afastamento de uma regra. Regra e princípio, consequentemente, não são espécies de normas jurídicas, mas partes de um mesmo conceito. A regra só se torna norma, quando sua aplicação puder ser fundamentada no princípio que a instituiu.

O princípio, assim, qualifica-se como o que está “no princípio mesmo” da criação de um determinado conjunto de regras. É possível afirmar que a proteção ao trabalho humano é o princípio, o verdadeiro princípio em razão do qual o Direito material e processual do Trabalho existe. Princípio que não se confunde com a busca da igualdade material, porque reconhece e sustenta posições desiguais. A proteção é a razão de existência de regras próprias e a função do Direito do Trabalho no contexto capitalista.

Então, é possível afirmar que a proteção que faz surgir o Direito do Trabalho é a proteção contra a superexploração econômica, mas é também, desde o início, o reconhecimento social de que essa relação implica uma troca desigual: tempo de vida/força física em troca de remuneração/valor monetário.

Em outras palavras, no princípio está a proteção e, se a afastarmos, desconfiguraremos esse Direito, não porque lhe retiramos uma norma, mas porque retiramos a razão pela qual ele foi criado e existe até hoje, sua função.

Fato é que todas as normas trabalhistas devem ser orientadas, contaminadas, pelo princípio que as institui, a “proteção ao trabalhador”.

É a partir de todos esses pressupostos que as normas do processo do trabalho devem ser interpretadas e aplicadas, porque, afinal, o processo é instrumento do direito material, ou seja, só tem sentido para conferir eficácia concreta aos direitos. Em nada adiantaria possuir um conjunto normativo protetivo do ser humano trabalhador, fincado nas bases da racionalidade do direito social, se o processo, isto é, o instrumento de concretização do direito material, fosse visualizado com uma racionalidade liberal.

E, portanto, é também assim que se devem examinar as normas processuais que foram enxertadas na CLT pela Lei n. 13.467/17.

6 O PROCEDIMENTO

a) A vigência da lei processual

A lei processual atinge os processos em curso, mas não pode, inclusive como decorrência do que até aqui expomos, gerar danos materiais concretos às partes. Considerando o pressuposto acima fixado, de que a Lei n. 13.467/17 não deve trazer danos aos direitos fundamentais do trabalhador, nem prejudicar o acesso à justiça, a discussão em torno da vigência temporal fica em segundo plano. Ainda assim, é sempre bom explicitar a necessária observância ao princípio da proibição de que normas processuais atinjam fatos pretéritos para o efeito de causar dano ao trabalhador e aos direitos fundamentais de que é municiado.

b) A subsidiariedade do CPC

Uma questão intrigante se impõe aqui. É que já nos manifestamos no sentido de que o novo CPC não deveria ser aplicado ao Processo do Trabalho porque já se tinha na CLT um processo com as disposições necessárias para atender aos objetivos de sua função instrumental e porque a aplicação do novo CPC, inspirada no propósito de controlar a atuação do juiz, dificultaria

mais a concretização de direitos sociais do que o contrário; e agora, diante de uma reforma processual trabalhista, que buscou atender, de forma direta e explícita, aos interesses do capital, especialmente no sentido de ameaçar e punir com altos custos processuais os trabalhadores, inviabilizando o seu acesso à justiça, vemo-nos na contingência de buscar no CPC normas que possam evitar esse descalabro cometido pela “reforma”.

Se antes colocávamos o foco no princípio de que o especial pretere o geral porque mais benéfico e apropriado aos propósitos da atuação jurisdicional trabalhista, o que, por certo, continua valendo, deve-se, agora, também conferir visibilidade à mesma proposição mas em sentido inverso, qual seja, a de que o geral pretere o específico quando este último rebaixar o nível de proteção social já alcançado pelo padrão regulatório generalizante, o que serve, ao mesmo tempo, para demonstrar o quão contrária aos interesses populares foi essa “reforma”.

c) A responsabilidade pelos créditos trabalhistas

A alteração proposta para o § 3º do art. 2º da CLT, no sentido de que “Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes”, não nos deve impressionar. A realidade das lides trabalhistas revela que duas empresas, com mesmos sócios, explorando uma mesma atividade, geralmente possuem essa comunhão de interesses, algo, aliás, que pode ser presumido pelo Juiz, na medida em que não houve alteração do conteúdo do art. 765 da CLT, que a ele dá ampla liberdade para a condução do processo.

O art. 10, igualmente, resta intacto. Dispõe que “Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.”

Pois bem, a norma do art. 10-A terá necessariamente de ser aplicada considerando o artigo que a precede. Para que o “sócio retirante” efetivamente se exima de responsabilidade, terá que produzir prova de que: não permanece como sócio oculto; não atua como gestor do negócio; não se beneficiou diretamente da exploração da força do trabalho (auferindo com ela aumento do seu patrimônio). E mais: será preciso que a empresa e os sócios remanescentes tenham patrimônio suficiente para suportar o débito, pois do contrário “liberá-lo” de responsabilidade afrontaria diretamente o que estabelece os artigos 10 e 448 da CLT, também este último preservado da destruição operada pela Lei n. 13.467.

Há a introdução de um artigo 448-A para estabelecer a responsabilidade do sucessor em caso de caracterização da sucessão

empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448. O parágrafo único desse novo artigo refere que “A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência.” Certamente responderá. E nada na nova legislação impedirá o juiz do trabalho de reconhecer a mesma responsabilidade em outras hipóteses, desde que devidamente fundamentadas, nas quais evidencie que o patrimônio auferido com a força de trabalho passou às mãos da sucedida. Ao referir uma hipótese de responsabilidade solidária, o texto de lei, que não deve ser interpretado/aplicado isoladamente, certamente não descarta outras que também determinarão a persecução do patrimônio da sucedida, para a satisfação dos créditos alimentares do trabalhador.

Quem adquire um empreendimento torna-se solidariamente responsável, com o sucedido, pelas dívidas trabalhistas, exatamente porque está adquirindo o capital, que se beneficiou diretamente do trabalho humano. O sucedido, que contraiu a dívida trabalhista, segue sendo responsável. A relação de trabalho se estabelece entre trabalho e capital, e é exatamente isso que a CLT reconhece ao fixar tanto o conceito quanto a extensão da responsabilidade de quem toma trabalho.

A mudança na estrutura jurídica da empresa, que identifica o fenômeno da sucessão, ocorre toda vez que houver modificação na titularidade da empresa, no poder que comanda, dirige e assalaria o trabalhador. A sucessão de empregadores promove uma espécie de quebra da garantia e da confiança que se presumem existentes no momento da contratação. Daí por que ambos, sucedido e sucessor, são responsáveis pelos créditos alimentares trabalhistas, como aliás seguem afirmando os artigos 10 e 448 da CLT, não alterados. A noção de continuidade da empresa, que decorre diretamente da proteção, e que está prevista nesses dois dispositivos, consagra a ideia de solidariedade, de resto reafirmada no § 2º do art. 2º, ou no art. 455 da CLT, cujas redações também são mantidas.

d) A pronúncia da prescrição

No art. 11 criou-se um § 2º, para dispor que:

Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.

Com isso, incorporou-se à CLT disposição contida em súmula do TST, que - diga-se de passagem - constitui uma ode ao desconhecimento

do instituto da prescrição. Eis, por consequência, uma boa oportunidade para que se supere esse entendimento, que vinha sendo revisto pelo TST em decisões mais recentes que tratam da matéria.

A prescrição é apresentada como instituto jurídico criado em nome de uma suposta necessidade de segurança, como sanção que se aplica ao titular do direito que permanece inerte diante de sua violação por outrem. Para que esses conflitos não sejam eternos, o Estado estabelece um prazo dentro do qual aquele que se sente lesado deve interpor a demanda, para discutir em juízo as suas pretensões. A razão social dessa imposição de tempo para agir, dizem-nos, é o interesse em pacificar as relações, em lugar de perpetuar os conflitos.

O fato de que a prescrição atinge apenas direitos de crédito demonstra, desde logo, que há uma preocupação social, adequada à perspectiva do capital, de conservação do patrimônio. A pacificação dos conflitos sociais é pensada desde a perspectiva das relações de crédito e débito.

A questão é que, se essa é a realidade jurídico-formal, o instituto da prescrição nas relações de trabalho precisa ser pensado e aplicado restritivamente, pois não deve boicotar o projeto de sociedade que se edificou na Constituição de 1988 e cujo escopo é a realização (e não a negação) dos direitos sociais fundamentais.

Lembre-se de que a definição da prescrição é a de que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição” (Código Civil, artigo 189).

Ora, se é a exigibilidade que perece, quando o juiz pronuncia a prescrição, não há que se falar em “prescrição total”. Esse posicionamento equivocados do TST, como dito, já vinha sendo revertido, conforme fixado expressamente na Súmula n. 409:

Não procede ação rescisória calcada em violação do art. 7º, XXIX, da CF/1988 quando a questão envolve discussão sobre a espécie de prazo prescricional aplicável aos créditos trabalhistas, se total ou parcial, porque a matéria tem índole infraconstitucional, construída, na Justiça do Trabalho, no plano jurisprudencial.

A prescrição poderá incidir apenas sobre as parcelas que se tornaram exigíveis há mais de cinco anos da data da propositura da demanda. Compreender de forma diversa seria corromper o próprio conceito de prescrição.

Há, também, no art. 11-A, introdução da prescrição intercorrente no processo do trabalho, contrariando a jurisprudência absolutamente majoritária, a Súmula n. 114 do TST e o recente pronunciamento traduzido na Instrução Normativa n. 39 do TST.

Em primeiro lugar, a previsão desse dispositivo precisa ser compatibilizada com a Constituição de 1988. Se, através de uma clara traição ao texto da emenda popular que deu origem à redação do inciso XXIX do artigo 7º, aceitou-se inserir prazo de prescrição como restrição a direito fundamental, o tempo mínimo ali referido (5 anos) deve ser respeitado.

O interessante é que uma alteração legislativa, com conteúdo regressivo, acaba conferindo a chance de se rever uma jurisprudência destrutiva, que vinha insistindo no artificialismo da existência de dois prazos de prescrição no Direito do Trabalho.

Ora, o inciso XXIX do art. 7º não prevê dois prazos de prescrição. Sua redação é clara: a prescrição é de 05 anos e o que ocorre é a fixação de um tempo de dois anos após o término do contrato de trabalho para que o ex-empregado proponha uma ação judicial para pleitear os seus direitos, considerando-se, pois, o período prescricional de 05 anos, contados do término do vínculo de emprego para trás. Ainda que não se tenha coincidência quanto a esse modo de contar o prazo quinquenal, o que deve ser inquestionável é que o prazo de dois anos não retroage ao período de vigência do contrato de trabalho.

De um jeito ou de outro, a eficácia do inciso XXIX, que regula a prescrição, está condicionada, por suposto lógico, à eficácia do inciso I, que confere aos trabalhadores o direito à relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária.

Além disso, a fluência desse prazo prescricional inicia-se, de acordo com o novo dispositivo, “[...] quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.” Nada mais simples: basta que o exequente impulsione o processo, requerendo ao juízo a adoção das medidas de que dispõe (SENIB, BACENJUD, RENAJUD etc.), para que esteja afastada a aplicação dessa regra e, se não o fizer, basta que o juiz o indague se fará ou não. Lembre-se, a propósito, do previsto no parágrafo único do art. 487 do CPC, no sentido de que “Ressalvadas a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.”

A realidade é que não se pode permitir que a prescrição intercorrente seja ressuscitada na Justiça do Trabalho. A prescrição no campo das relações de trabalho constitui uma restrição à eficácia de direitos fundamentais. Como restrição, precisa ser compreendida e aplicada de modo restritivo. Isso porque retira do trabalhador a possibilidade (que se revela única em um sistema de monopólio da jurisdição) de fazer valer a ordem constitucional vigente. Daí decorre que sua aplicação deve se submeter, de uma parte, à aplicação (integral) de todos os direitos ali garantidos e, de outra, a uma análise que busque sempre reduzir ao máximo seu âmbito de incidência.

Do mesmo modo, a pronúncia de prescrição de ofício pelo juiz constitui uma total inversão da razão mesma de existência desse instituto, revelando que a anunciada motivação da pacificação dos conflitos sociais não é o que a impulsiona no processo do trabalho.

Em se tratando de créditos civis, de pessoas pressupostamente iguais, a prescrição pune o inerte, em homenagem à estabilização das relações. Mas, em termos de direitos fundamentais e, notadamente, nos casos dos direitos trabalhistas, a prescrição constitui um prêmio ao mau pagador e, com isso, um incentivo ao não cumprimento da legislação, ainda mais quando priorizada na atuação do juiz.

A prescrição pronunciada de ofício (a da pretensão contida na inicial e a intercorrente) é uma “indevida interferência do Estado”, que visa a punir o trabalhador, devendo ser rechaçada pela aplicação da doutrina dos direitos fundamentais sociais. Não importa pensar o quanto os juízes estejam soterrados de trabalho ou premidos por metas e números; processos não são pilhas (mesmo que virtuais) a serem derrubadas; são dramas de pessoas reais.

A prescrição, concretamente, acomoda situações pretéritas e com isso evita a efetividade do direito e, quando o direito é reproduzido em créditos, impede que o patrimônio troque de mãos. No âmbito das relações de trabalho isso significa uma opção muito clara pelo capital, em detrimento do trabalho.

Nas lides trabalhistas, são os trabalhadores que, na maioria absoluta dos casos, buscam o Poder Judiciário para tentar remediar um dano já sofrido, dano este que, tantas vezes, é insuscetível de uma reparação integral. Ora, o pagamento de verbas salariais no âmbito de uma reclamatória trabalhista, ou seja, meses ou até anos depois do fato ocorrido, caracterizado pela perda abrupta do emprego sem o recebimento de qualquer valor, tido como essencial à sobrevivência do trabalhador e de sua família, não repõe todo o sofrimento que certamente se experimenta em situações como esta.

Toda vez que o Estado, embora reconhecendo que o trabalhador possui crédito a receber, nega-se a buscar os meios necessários para satisfazer o crédito, atua como um superego que recalca nos indivíduos (em todos eles, não apenas naquele que porventura figura como reclamante na ação trabalhista em que a prescrição for pronunciada) a marca da naturalização da exploração impune. Cada prescrição pronunciada é um salvo-conduto, por mais que se afirme o contrário, a beneficiar o mau pagador. Os argumentos utilizados durante a Constituinte de 1987, para transformar um direito fundamental em elemento de flexibilização de outros direitos, demonstra bem isso.

e) Ônus de prova e os poderes do juiz

A alteração do § 2º do art. 775 da CLT, de fato, reitera os poderes que o art. 765 já conferia ao juiz, explicitando algumas possíveis formas de utilização do direcionamento do processo, entendido como instrumento e não como um fim em si mesmo.

O artigo em questão permite a dilação dos prazos processuais e a alteração da ordem de produção dos meios de prova, “[...] adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.”

Assim, mesmo a alteração que a Lei n. 13.467/17 procurou fazer no artigo 818, dentro do propósito de destruição dos direitos trabalhistas, encontra-se vaticinada pela aplicação desses dispositivos.

A CLT traz em sua gênese, ainda que de forma intuitiva, a superação da separação absoluta entre direito material e direito processual. Com efeito, ao tratar do contrato de trabalho, na parte do direito material, estabelece deveres prévios de produção de prova documental, e o faz em pontos cruciais da relação capital-trabalho. Determina, por exemplo, que o contrato seja registrado na CTPS do trabalhador (art. 29), que a jornada seja devidamente anotada (art. 74), que o salário seja pago mediante recibo (art. 464). Determina, ainda, que seja escrito o “pedido” de demissão e o termo de quitação das verbas resilitórias, ambos com assistência do sindicato, sempre que se tratar de contrato com mais de um ano de vigência (art. 477).

Qual a razão dessas regras, que habitam o campo do direito material do trabalho? Por que exigir do empregador que pague salário sempre mediante recibo ou que proporcione o registro idôneo da jornada de seus empregados? Qual o propósito de uma regra dessa natureza, se não a prévia produção de prova acerca de fatos que, de outro modo, dificilmente poderiam ser demonstrados em um eventual futuro processo trabalhista?

Note-se que a CLT, nesse aspecto, promoveu um avanço que, apesar de revolucionário em termos de ciência processual, passou despercebido ao longo de várias décadas e está sendo desrespeitado pelo retrocesso injustificável promovido pela Súmula n. 338 do TST.

O modelo regulatório fixado desde sempre na CLT (e que não foi rompido expressamente na atual “reforma”) consiste justamente em efetivar um encargo probante que onera a parte reconhecida como a mais apta à produção de documentos durante o desenrolar da relação material.

No modelo da CLT não se trata, meramente, de perquirir ônus (seja pelo critério da melhor aptidão, seja pelo critério da distribuição especificada, seja ainda pelo equivocado critério da inversão, previsto no CDC), mas sim constatar que há obrigações de comportamento atribuídas ao empregador que repercutem, necessariamente, no processo. Apenas quando superadas

as questões relativas aos deveres do empregador, passa-se ao exame do ônus da prova, que a nova redação proposta para o artigo 818 tenta aniquilar.

Reitere-se que o processo, por sua função de instrumento de concretização dos direitos fundamentais (seja de forma retroativa ou proativa, mediante seu caráter reparatório, pedagógico e dissuasório) tem crucial importância no manejo dos deveres fundamentais. Não basta reconhecê-los, é preciso que se lhes atribua (ou reconheça) função no âmbito processual. A CLT estabelece estreita ligação dos espectros material e processual dos deveres e sua consequência. Enquanto ônus é algo que incumbe à parte, cuja inobservância gera mera presunção favorável à parte contrária, dever é imposição legal cuja desobediência acarreta uma sanção. No caso dos deveres ligados à prova, essa sanção é o indeferimento da prova testemunhal e, por consequência, o acolhimento da tese contrária.

Nesse espectro, as alterações realizadas no art. 818 não são suficientes para superar a lógica acolhida na CLT. Ao contrário, e até considerando a predileção que muitos intérpretes da área trabalhista possuem pelo uso do CPC, o advento da nova redação do art. 818 talvez auxilie na sua observância, enfim, do sistema de deveres fixados na CLT.

O § 1º do novo art. 818 dispõe que:

[...] diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Há evidente confusão nesse dispositivo entre dever e ônus, mas para a prática, aqui proposta, de resistência ao desmanche, importa reconhecer que as coisas continuarão exatamente como são, no que tange à distribuição da prova no processo do trabalho. O empregador, cujo dever de documentação segue incólume, terá de demonstrar o cumprimento dos direitos trabalhistas por prova documental que, caso não apresentada, seguirá atraindo a aplicação subsidiária (estimulada, aliás, pela CLT “do Temer”) das normas do CPC, notadamente daquelas inscritas nos artigos 400 e 443. Então, caso não se desincumba de seus deveres, haverá a admissão dos fatos alegados pela parte contrária como corretos. E o juiz segue proibido de autorizar a produção de prova testemunhal sobre fatos que apenas por documento ou perícia possam ser demonstrados (art. 443 do CPC).

Do mesmo modo, o § 2º desse dispositivo deve ser aplicado em consonância com o poder geral de condução do processo pelo juiz, que, portanto, definirá a necessidade de adiamento da audiência e, ao possibilitar

a prova dos fatos, terá que atentar para o que for admitido pelo direito. Se o direito impede a prova por meio de testemunhas (art. 443 do CPC), não poderá o juiz admiti-la. Tem-se, portanto, uma chance importante para o cancelamento da imprópria Súmula n. 338 do TST e, enfim, o reconhecimento da importância dos deveres de prova que gravam a figura jurídica do empregador.

Vale recobrar aqui o preceito básico que se pode extrair do contexto da aprovação da Lei n. 13.467/17, que é o da intolerância quanto às práticas de ilícitos trabalhistas, do qual decorre o reforço da noção de que o processo não pode ser instrumento para que o ilícito trabalhista seja legitimado pela impossibilidade concreta de ser apurado, o que se dá quando se negam os deveres jurídicos fixados em lei ao empregador e quando se atribui ao empregado uma carga probatória que não possui condições de suportar.

É preciso fazer referência, ainda, à alteração promovida no art. 611-A, quando diz que o negociado irá prevalecer sobre o legislado, inclusive no que tange a “modalidade de registro de jornada de trabalho” (inciso X) e “enquadramento do grau de insalubridade” (inciso XII).

Note-se que não houve alteração dos artigos 74 e 193 quanto à exigência de manutenção de registros escritos do horário e quanto à realização de perícia. Logo, o resultado de uma negociação entre as partes acerca dessas matérias deve necessariamente observar os parâmetros legais da própria legislação trabalhista, sob pena de nulidade, na forma do art. 9º da CLT, cujo conteúdo também não foi alterado pelo desmanche promovido pela Lei n. 13.467/17.

A própria “reforma” autoriza interpretação nesse sentido, pois o art. 611-B diz expressamente que “Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho [...]”, entre outras, disposições que atentem contra “normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho.” (inciso XVII)

f) Custas e sucumbência recíproca

A gratuidade da justiça é um dos conteúdos que, no projeto constitucional, pretendeu-se integrar ao conceito de cidadania, e esta, como se sabe, não comporta subdivisões. A assistência judiciária tem por função permitir que o direito fundamental do acesso à justiça seja exercido também por quem não tem condições financeiras de arcar com os custos do processo. Tornar a gratuidade da justiça menos garantista na Justiça do Trabalho, comparativamente ao que se verifica em outros ramos do Judiciário, equivale a tornar o trabalhador um cidadão de segunda classe.

Nesse sentido, a inserção, no art. 790, de um § 3º dizendo que o benefício da justiça gratuita poderá ser alcançado apenas àqueles que

perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social evidentemente não impede que o juiz defira tal benefício, como prevê inclusive o § 4º do mesmo dispositivo, a todo aquele que “[...] comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.” E, na realidade das relações de trabalho judicializadas, essa prova pode ser o próprio TRCT ou qualquer outro documento que demonstre a perda da fonte de subsistência.

O conceito legal de assistência judiciária gratuita é aquele da Lei n. 1.060/50, que continua em vigor e abrange todas as despesas do processo, inclusive “os honorários do advogado e do perito [...]”, nos termos do inciso VI do § 1º do art. 98 do CPC.

Desse modo, uma norma que pretenda estabelecer gravame ao trabalhador beneficiário da assistência judiciária gratuita, contrariando frontalmente a norma geral e também a norma contida no CPC, qualificando-se, desse modo, como avessa à noção de proteção que informa e justifica o Direito do Trabalho, não poderá ser aplicada porque a normatização mais ampla a afasta.

Em termos de direitos fundamentais, a norma específica só pretere a norma geral quando for mais benéfica. Ora, uma norma geral, aplicável a todos, tratando de direito fundamental, cria um patamar mínimo que, portanto, não pode ser diminuído por regra especial, sob pena de inserir o atingido na condição de subcidadão.

A norma do art. 790-B, ao referir que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, “[...] ainda que beneficiária da justiça gratuita [...]”, não poderá ter interpretação diversa daquela já praticada na Justiça do Trabalho, que reconhece ao trabalhador a responsabilidade, mas dispensa o pagamento, exatamente em face do benefício que lhe foi reconhecido, porque é assim que se dá em todos os demais ramos do Judiciário.

Nada há de ser alterado, portanto, na compreensão quanto à aplicação dos recursos da União, como já ocorre, para permitir a efetiva remuneração do auxiliar do juízo, quando a parte autora está ao abrigo da assistência judiciária gratuita.

A regra inserta no § 1º desse dispositivo, no sentido de que o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, ao fixar o valor dos honorários periciais, depende inicialmente de que tais valores sejam mesmo fixados e, em seguida, da análise da atividade pericial, que pode representar esforço que justifique remuneração superior a tal limite. Não se pode esquecer de que o Conselho Superior da Justiça do Trabalho edita recomendações, mas não detém competência para fixar valores de remuneração para os auxiliares do juízo.

O § 2º desse dispositivo, ao referir mera possibilidade de atuação jurisdicional, nada diz.

O § 3º, por sua vez, ao dispor que “O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias”, estabelece proibição que também contraria frontalmente norma contida no CPC (art. 95).

Ora, o art. 95, que sequer está fundado na noção de proteção a quem trabalha, estabelece que a remuneração do perito poderá ser adiantada.

À primeira vista pode parecer benéfica a proposição da “reforma”, mas o que se pretendeu, concretamente, foi que as empresas não arquem com os custos adiantados da perícia, contrariando a prática processual contida no próprio CPC, custos esses que não se aplicam, em geral, aos reclamantes, dada a sua condição de miserabilidade.

O § 3º do artigo 95 do CPC ainda estipula, expressamente, que, quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado, tal como já ocorre na Justiça do Trabalho.

Portanto, a disposição enxertada na CLT, no § 4º do mesmo art. 790, no sentido de que “Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo”, é de ser afastada, porque incompatível com a própria noção de gratuidade que, aliás, é decorrência lógica da proteção.

Aliás, aqui há uma questão ainda mais grave. É que o crédito alimentar é insuscetível de renúncia, cessão, compensação ou penhora (art. 1.707 do Código Civil), cuja aplicação subsidiária a Lei n. 13.467 exorta o juiz a fazer (nova redação do art. 8º). O fato de que os créditos trabalhistas são alimentares está consolidado na redação do art. 100 da Constituição, em seu § 1º, segundo o qual têm natureza alimentícia os créditos “[...] decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez [...]”. Logo, não podem ser compensados.

O art. 791-A estabelece que:

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

O limite de 15% revela-se completamente dissociado da prática atual, inferior inclusive aos percentuais fixados em tabela pela OAB e, certamente,

se mantidos em decisão judicial, implicarão a cobrança de outros valores, a serem suportados diretamente pelo trabalhador.

A regra do parágrafo único do art. 404 do Código Civil resolve o problema. Há ali autorização para que o juiz defira indenização complementar, sempre que entender insuficiente aquela pleiteada ou deferida em razão de disposição legal. Aliás, essa regra serve também para, em aplicação subsidiária, majorar o valor da indenização por dano moral, escapando da prisão em que a redação do art. 223 G, § 1º tenta enredar o juiz do trabalho.

O § 3º do artigo 791 prevê que, na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

Aqui talvez se esteja diante de uma das mais nefastas previsões da Lei n. 13.467/17, pois a sucumbência recíproca é a antítese da razão de existência mesma de um processo do trabalho, ao menos nos moldes propostos, isto é, sem o reconhecimento da gratuidade como princípio do acesso à justiça e sem a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, ou seja, impondo custos a quem não tem como pagar.

A Justiça do Trabalho tem por pressuposto a facilitação do acesso à justiça, o que inclui a noção de *jus postulandi* e de assistência gratuita. Esta última, como se viu, abrange todas as despesas do processo.

E, se assim não for, para que a norma seja aplicada em consonância com a proteção que inspira a existência do processo do trabalho e com a própria linha argumentativa dos defensores da “reforma”, que insistem em dizer que não houve retirada de direitos, outras duas questões devem ser necessariamente observadas.

Primeiro, que os honorários deferidos ao patrono do reclamante precisarão ser compensados com aqueles fixados em contrato, caso não se compreenda pela própria impossibilidade de cumulação. E, ainda, que os honorários fixados para o advogado da empresa deverão ser de 5%, enquanto aqueles a serem reconhecidos ao patrono do trabalhador deverão observar o patamar máximo de 15%, em razão da objetiva diferença na capacidade econômica das partes.

Além disso, há de se reconhecer que sucumbência recíproca não existe no aspecto específico da quantificação do pedido. Isto é, se, por exemplo, o pedido de dano moral, com valor pretendido de R\$ 50.000,00, for julgado procedente, mas no patamar fixado pelo juiz de R\$ 5.000,00, não se terá a hipótese de “procedência parcial”, da qual advém a hipótese de sucumbência recíproca, porque, afinal o pedido foi julgado procedente e a própria lei autoriza fixar as indenizações em outro patamar, que não é de um valor exato. E, se assim não se entendesse, os honorários advocatícios conferidos ao empregador poderiam até ser superiores à indenização deferida ao reclamante.

Destaque-se que, mesmo na dinâmica do processo civil, a compreensão doutrinária, já refletida em jurisprudência e em lei, é a de que os honorários advocatícios não servem para conferir um proveito econômico à parte que não tem razão; ou, dito de outro modo, não constituem instrumento para penalizar a parte economicamente desprovida e que vai à Justiça pleitear os seus direitos. Vide, nesse sentido, a Súmula n. 326 do STJ: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.” E, também, o teor do parágrafo único do artigo 86: “Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.”

O atual § 4º do art. 791, quando menciona que o beneficiário da justiça gratuita terá as obrigações decorrentes de sua sucumbência “[...] sob condição suspensiva de exigibilidade [...]”, durante dois anos, nos quais o credor poderá provar que “[...] deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade [...]”, tenta obstar o acesso à justiça e cria uma contradição que não poderá ser resolvida, senão pela declaração da inaplicabilidade dessa disposição legal.

É que a gratuidade se dá em razão da situação do trabalhador no momento em que demanda. E se ela abrange, inclusive sobre a exegese do CPC, que, vale repetir, sequer tem por princípio a proteção a quem trabalha, todas as despesas do processo, não há como sustentar tal condição suspensiva sem negar, por via oblíqua, a gratuidade.

O mesmo ocorre em relação à suposta autorização, contida nesse mesmo dispositivo, para compensação com créditos obtidos em juízo, “ainda que em outro processo”. Novamente, a disposição legal esbarra nas disposições do art. 1.707 do Código Civil e do art. 100 da Constituição.

g) O dano processual

Nesse aspecto, a CLT virará uma cópia do CPC. A introdução dos dispositivos é inútil, uma vez que já eram utilizados de forma subsidiária. De qualquer modo, os artigos 793-A e 793-B não inovam nem atrapalham. O art. 793-C revela a mesma timidez já evidenciada no texto do CPC, resistindo a romper com a lógica do processo como um bom negócio. O art. 793-D, na linha da ânsia punitiva já revelada por alguns setores da própria Justiça do Trabalho, promove ruptura visceral com a origem histórica e os pressupostos do direito e do processo do trabalho por constituir evidente tentativa de intimidação das testemunhas em uma lógica na qual, bem sabemos, não existe isenção.

É evidente que as testemunhas, em uma ação trabalhista, não são isentas. As testemunhas que comparecem a pedido do reclamante, via de regra, já trabalharam na empresa demandada, com ela mantendo, portanto,

relação que não se resume a questões econômicas, como bem sabemos. A relação de trabalho é também uma relação de troca de afetos, pelo próprio lugar que o trabalho ocupa na vida humana. Por sua vez, as testemunhas convidadas a depor pela demandada, em regra, são empregados que não detêm garantia alguma de manutenção no emprego, e seu depoimento, conseqüentemente, é carregado dessa dependência. Logo, intimidá-las com a possibilidade de multa ou, pior, aplicar tal penalidade, implicaria punir as testemunhas por ato que extrapola as suas possibilidades.

Não se está aqui, obviamente, defendendo a impunidade por falso testemunho, mas para isso já há previsão normativa que preserva o necessário devido processo legal, para que não se constitua um fator de autoritarismo aos juízes, que é, aliás, o que a Lei n. 13.437/17 pretendeu realizar.

Importante reconhecer que, em uma relação de trato continuado, como é a relação de emprego, muitas vezes a perfeita reprodução oral dos fatos é uma tarefa bastante imprecisa e até por isso mesmo o dever da produção de prova documental recai sobre o empregador.

Essa norma em comento, além disso, contraria frontalmente o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, que impede que alguém seja privado de seus bens sem o devido processo legal e o inciso LV do mesmo artigo, que garante o contraditório e a ampla defesa aos “acusados em geral”. Logo, se a testemunha for acusada de mentir em juízo, terá que ter respeitado seu direito de defesa, antes de ser punida, dentro dos padrões legais estabelecidos.

h) A petição inicial e a defesa

O art. 840 foi alterado para dispor que todos os pedidos devem ter a indicação do seu valor (§ 1º), o que, a princípio, pode parecer positivo, na medida em que estimula a propositura de demandas líquidas. Essa exigência, entretanto, só poderá ser observada quando não impeça o acesso à justiça, na medida em que subsiste o *jus postulandi* e em que existem muitos direitos que somente podem ser completamente quantificados com a apresentação de documentos que estão em poder da reclamada.

Em tais casos não há como exigir da parte que determine o valor. Aliás, de forma geral, os valores fixados na petição inicial entendem-se por meramente indicativos, pois uma liquidação se apresenta materialmente impossível.

Quanto à contestação, a regra enxertada no § 3º do art. 841 (“Oferecida a contestação, ainda que eletronicamente, o reclamante não poderá, sem o consentimento do reclamado, desistir da ação”) é uma tentativa de evitar que o reclamante desista da ação após saber dos termos da defesa, considerando que a reclamada teria o interesse no julgamento de mérito

que lhe seria favorável. Ocorre que, se tomados os fatos e provas documentais constantes do processo, o provimento favorável só terá algum valor se repetidos, em outra ação, os mesmos fatos e provas documentais, sendo que a ausência do julgamento não representaria qualquer prejuízo, pois o mesmo efeito se daria em novo processo, ainda mais considerando a prevenção do juízo.

Assim, o único efeito benéfico para a reclamada seria a condenação do reclamante em honorários advocatícios, o que inverte a própria finalidade do processo.

Desse modo, se o reclamante considera que os termos da defesa impedem o sucesso da sua pretensão, a desistência é a atitude que melhor atende aos objetivos do processo, pensando, inclusive no princípio da economia, assim como nas estratégias de gestão do Judiciário.

A regra, portanto, precisa ser compatibilizada com a possibilidade de ampla liberdade na direção do processo pelo juiz (art. 765), bem como com o exame dos pressupostos para o prosseguimento do feito, considerando-se, ainda, que a estabilização da demanda ocorre apenas após o vencimento do prazo para a apresentação da defesa, o que se dá, no processo do trabalho, em audiência, após a leitura da petição inicial.

Verificando-se que não há interesse no prosseguimento do feito por parte do demandante, admitir que o processo siga em razão da insistência da demandada seria subverter a própria razão de existência do processo. Não havendo litígio, não há por que manter a demanda judicial. Note-se que essa disposição vai na contramão, inclusive, de toda a lógica de redução de processos que inspira o documento 319 do Banco Mundial, fonte inspiradora das recentes alterações processuais, no CPC e na própria CLT.

Já a disposição contida no § 3º do art. 843 não traz uma autêntica novidade. A CLT nunca exigiu a condição de empregado, para o preposto. O que ali se exige, e que se mantém, é que ele tenha conhecimento dos fatos. A disposição evidentemente é uma tentativa de superar jurisprudência dominante no TST que, curiosamente, acaba por permitir que os intérpretes do Direito do Trabalho voltem a aplicar a disposição legal. Duas são as funções do preposto, que tornam sua presença em audiência indispensável. A primeira é a capacidade para conciliar em nome da empresa. A segunda é a de trazer ao juiz elementos que possam esclarecer os fatos controvertidos. Há, claro, o efeito processual, em favor da parte contrária, que é o de confessar.

Quando a empresa traz em juízo um “preposto profissional”, cria-se uma disparidade no processo, na perspectiva da produção das provas, estabelecendo um benefício exatamente em favor da parte que possui maior aptidão para a prova. Ora, o reclamante, em seu interrogatório, carregando a fragilidade pessoal de estar envolvido emocionalmente no conflito, pode se

confundir e, assim, confessar fatos que, concretamente, não se deram da forma “confessada”. Já o preposto profissional, muitas vezes com formação jurídica, transforma o depoimento pessoal em mero ato protocolar. Uma repetição técnica dos termos da defesa.

Essa disparidade contraria o princípio do contraditório, inscrito na cláusula do devido processo legal.

Além disso, o preposto não teve contato algum com o empregado em seu ambiente de trabalho, o que desatende, inclusive, a previsão do § 1º do art. 843 da CLT. Ora, quando se diz que o preposto deve ter conhecimento dos fatos, o que se estabelece é que este precisa ter vivenciado os fatos controvertidos e que, ao menos, conheça o reclamante e sua dinâmica do trabalho, não por ter ouvido falar ou por ter lido em algum memorando, e sim por tê-la vivenciado.

Chega a ser pueril argumentar que esse conhecimento dos fatos pode ser obtido por meio da leitura dos documentos do processo. Ora, a leitura dos documentos do processo é obrigação do juiz e isso pode ser feito sem o “auxílio” do preposto. Ao se admitir que o conhecimento dos fatos se transforme na leitura e prévia preparação para a audiência, se estaria, em realidade, esvaziando o conteúdo e o sentido do art. 843 da CLT, transformando a audiência em um faz de conta que não beneficia as partes litigantes e, muito menos, o Poder Judiciário, enquanto instituição. O preposto faz de conta que conhece os fatos, quando em realidade apenas “estudou” o processo (e, portanto, desconhece objetivamente os fatos controvertidos do litígio) e o juiz faz de conta que acredita.

Assim, empregado, ou não, cumpre ao preposto ter conhecimento dos fatos, na forma concreta acima indicada, sob pena de confissão, nos termos do art. 844 da CLT.

No que diz respeito ao art. 844, a alteração proposta é no sentido de que a ausência do reclamante implicará condenação “[...] ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita [...]” (§ 2º), com exigência de pagamento de custas como condição para a propositura de nova demanda (§ 3º).

O que a lei não mencionou foi a possibilidade de o reclamante justificar a ausência, para efeito de evitar o pagamento das custas, ou, até mesmo, para desarquivar o processo, sendo que a motivação pode ter até mesmo uma base econômica ou social.

O § 5º do art. 844 expressa uma preocupação de proteger a demandada, em caso de revelia, estabelecendo que: “Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados.” A preocupação, no entanto, não foi ao ponto de obstar a consequência jurídica da ausência da parte à audiência, qual seja, a decretação da revelia e a aplicação da consequente

pena de confissão, mesmo que presente o seu advogado. O que se disse foi, unicamente, que ausente o reclamado, mas presente o seu advogado, serão aceitos defesa e documentos.

O dispositivo, portanto, não se incompatibiliza com a regra do processo do trabalho, segundo a qual a revelia se dá pela ausência do reclamado à audiência, uma vez que a notificação-citatória não tem como comando a apresentação de contestação, e sim o comparecimento ao juízo. O não comparecimento implica, por si, revelia.

i) O incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Inserido no CPC, em um movimento conservador de ruptura com toda a doutrina acerca da responsabilidade patrimonial, e apesar da previsão da IN 39 do TST, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica não ingressou na prática das relações processuais de trabalho por uma simples razão: contraria a simplicidade que a inspira e justifica.

Se aplicado for o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o efeito, certamente, será o de inviabilizar o processo do trabalho, idealizado para ser célere e efetivo. Previsto como condição de possibilidade da persecução do patrimônio do responsável pelos créditos reconhecidos em juízo, altera a compreensão assente desde o Código de 1939, pela qual a responsabilidade constitui matéria a ser aferida na fase de execução apenas quando verificada a incapacidade financeira do devedor, que consta no título executivo.

Pois bem, a Lei n. 13.467/17 insiste no erro ao dispor, no art. 855-A, que tal incidente deverá ser aplicado no processo do trabalho. Copiando a previsão do CPC, a lei da “reforma” veio para dizer que a parte pode promover tal incidente inclusive na fase de conhecimento.

A inaplicabilidade é medida que se impõe.

As demandas que atualmente já contam com a pluralidade no polo passivo, porque versam situação de terceirização ou mesmo quarteirização das atividades, passariam a ser ajuizadas contra as empresas prestadoras e tomadoras do serviço e contra todos os seus sócios. Teríamos, então, demandas com 20, 30, 50 pessoas compondo o polo passivo. Todos teriam que ser devidamente intimados para que o processo tivesse prosseguimento e, obviamente, teriam direito à defesa e à produção da prova. Levar a cabo um processo como esse, de um trabalhador contra um exército de responsáveis, todos muito bem assessorados por advogados diferentes, implicaria, como é fácil imaginar, o colapso da jurisdição trabalhista.

Há, portanto, mesmo na fase de execução, nítida incompatibilidade do instituto com o rito processual trabalhista. Note-se que não houve alteração da regra do art. 4º da LEF, que, embora não sendo mais a primeira fonte

subsidiária do processo do trabalho na fase de execução, sem dúvida segue aplicável, tal como outras legislações alienígenas sempre o foram. Pois bem, esse dispositivo autoriza a realização de atos de execução contra os responsáveis a qualquer título. Nessa categoria incluem-se os tomadores do trabalho.

Tem-se, então, a chance de aproveitar a alteração legislativa para resgatar a aplicação da ordem jurídica aos casos de responsabilidade, ultrapassando a disposição da Súmula n. 331 do TST. A responsabilidade subsidiária de que trata esse dispositivo (e a nova redação do art. 2º) nada mais é do que solidariedade com benefício de ordem. O parâmetro legal, no processo do trabalho, para tanto, é o artigo 4º da LEF, que autoriza promoção de atos de execução contra o responsável. O § 3º desse artigo dispõe que:

Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida.

Desse modo, não há necessidade de interposição do incidente e, se não há necessidade, a forma processual em questão não tem por que ser utilizada, pois o princípio processual é o da instrumentalidade das formas. Isso significa que as formas processuais só se justificam pelos fins que possam gerar no sentido da finalidade própria do processo, que é a de conferir a cada um o que é seu por direito (efetividade). As formas não constituem um direito para a parte, que delas tentam se utilizar pelo bel-prazer ou para evitar que o processo atinja sua finalidade.

Sob a perspectiva do procedimentalmente, portanto, basta que na fase de execução, ao não se encontrarem bens do executado, suficientes para a satisfação da dívida, sejam indicados bens do responsável, para o prosseguimento da execução.

j) A efetividade da execução

Do mesmo modo, caberá aos intérpretes do Direito a minimização do dano que se pretendeu causar à efetividade do processo trabalhista, por meio das alterações introduzidas no art. 878 da CLT.

A nova redação dada a esse artigo refere que a execução será promovida pelas partes.

Ora, o processo do trabalho já nasceu concebendo a atuação jurisdicional como uma só, que se inicia com a propositura da demanda e só termina com a entrega do bem da vida ao exequente, em caso de procedência das pretensões. O art. 765 da CLT, que confere ao juiz amplos

poderes na condução do processo, aliado à compreensão de que, ao pleitear em juízo horas extras, por exemplo, evidentemente a parte pretende a percepção dessas horas e não a declaração formal de que delas é credor, autorizam o juiz a prosseguir emprestando celeridade e efetividade ao processo, mesmo na fase de execução.

A previsão de que a execução deverá ser promovida pelas partes, portanto, não retira o dever do juízo de também promover atos de execução, sobretudo utilizando os mecanismos de consulta e localização de patrimônio de que dispõe, a fim de solucionar definitivamente o litígio.

Como já admite a doutrina processual civil, a prestação jurisdicional só se completa com a entrega do bem da vida e, portanto, deixar de fazê-lo representa negativa de prestação jurisdicional.

Esse artificialismo da Lei n. 13.467/17 poderia facilmente ser corrigido, ademais, com outro artificialismo: o reclamante pleitear na inicial a declaração de seus direitos, a condenação da reclamada ao cumprimento das obrigações e execução, caso não satisfeitas dentro dos prazos assinados pelo juiz, nos termos do art. 832 da CLT.

A referência, no art. 879, de que, “Elaborada a conta e tornada líquida, o juízo deverá abrir às partes prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão” (§ 2º), suprime a necessidade de dar às partes a oportunidade de apresentar o cálculo. O juízo poderá, portanto, nomear desde logo um contador de sua confiança, para a liquidação da sentença. Por sua vez, a impugnação, por ausência de referência no texto legal, poderá ser feita de forma concomitante à intimação para o pagamento, a fim de evitar desnecessária demora na tramitação do processo.

Não se esqueça de que a regra geral de livre condução do processo, contida no art. 765 da CLT, permanece em vigor. Assim, continua valendo o procedimento adotado por inúmeras Varas do Trabalho de intimar a reclamada para a apresentação dos cálculos em 15 (quinze) dias e, no mesmo prazo, efetuar o depósito do valor indicado, sob pena de multa de 10% e envio do processo a perito-contador, para elaboração dos cálculos às custas da reclamada com posterior início imediato da execução com penhora de bens etc.

O art. 879 também foi alterado para estabelecer que “A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial (TR) [...]” (§ 7º) Sabemos da discussão atual acerca do critério para a atualização dos créditos trabalhistas. A TRD equivale à não atualização dos créditos. Logo, deverá ser afastada no caso concreto, exatamente por não implicar atualização, de modo a negar o escopo que a própria norma possui. Se esse dispositivo trata de atualização monetária, precisará sem dúvida ser integrado por uma compreensão que a ele empreste efetividade.

Nesse sentido, é preciso seguir a discussão já existente, no campo jurisprudencial, acerca da necessidade de superação de um dispositivo que não se presta à correção das perdas monetárias e que, na realidade prática, implica atualização nenhuma para os créditos trabalhistas. Aliás, o TST, até agosto de 2015, considerava integralmente válida e constitucional a redação do art. 39 da Lei n. 8.177/91, conforme OJ n. 300 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais daquela Corte. Entretanto, após sucessivos julgados do STF sobre a matéria do índice de atualização monetária aplicável a débitos judiciais (ADIs n. 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425, em que foi Relator originário o Ex.^{mo} Ministro Carlos Ayres Britto e Redator para o acórdão o Ex.^{mo} Ministro Luiz Fux), reverteu seu posicionamento, reconhecendo que a TR (TRD ou índice oficial da poupança) efetivamente não representa mais um índice capaz de projetar a depreciação da moeda ao longo do tempo. Em decisão de 04 de agosto de 2015 (Processo TST - ArgInc - 479-60.2011.5.04.021), em sua composição plenária, o TST decidiu acolher o incidente de inconstitucionalidade suscitado pela Egrégia 7ª Turma do TST, decidindo pela inconstitucionalidade por arrastamento da expressão “equivalente a TRD” contida no *caput* do artigo 39 da Lei n. 8.177/1991, em controle difuso da constitucionalidade nos autos do processo n. TST-ArgInc-479-60.2011.5.04.0231. Na linha da orientação vertida pelo TST, a Seção Especializada em Execução do TRT da 4ª Região, nos autos da Execução Trabalhista 0029900-40.2001.5.04.0201 (AP), na sessão de 27 de outubro de 2015, por unanimidade, decidiu acolher a alegação de inconstitucionalidade da expressão “equivalente a TRD” contida no *caput* do artigo 39 da Lei n. 8.177/1991, em controle difuso de constitucionalidade, determinando a suspensão do processo até o julgamento pelo Tribunal Pleno do incidente de inconstitucionalidade, bem como determinando, por força do princípio de reserva de plenário, o encaminhamento do processo ao Tribunal Pleno para apreciação da questão.

Na sessão de 30 de novembro de 2015, o Tribunal Pleno do TRT da 4ª Região, unanimemente, admitiu a União como *amicus curiae*, nos termos do artigo 482 CPC, e, no mérito, por maioria, em controle difuso de constitucionalidade, declarou a inconstitucionalidade da expressão “equivalente a TRD” contida no *caput* do artigo 39 da Lei n. 8.177/1991, com a alteração dada pela Lei n. 8.660/1993. Sob o aspecto da literalidade do art. 39 da Lei n. 8.177/91, convém ainda observar que não há a indicação da TR como fator de correção monetária, mas sim como de juros de mora. Logo, não pode ser utilizado como índice de atualização, até porque não há razão outra para a correção monetária, que não a reposição efetiva das perdas sofridas pelo credor, em razão do decurso do tempo para a satisfação de créditos que lhe foram reconhecidos como devidos. Com efeito, a atualização monetária não constitui vantagem financeira, mas sim mera

reposição de perdas já experimentadas pelo credor, cujo objetivo é tão somente viabilizar a reparação efetiva do dano já causado, preservando assim o direito de propriedade, reconhecido como fundamental em nossa Constituição. Na hipótese de crédito alimentar, como é o caso do trabalhista (art. 100 da Constituição), a situação é ainda mais grave do que em relação a outros créditos, seja porque a reparação jamais será integral, pois tempo de vida não se restitui com pecúnia, seja porque os alimentos se destinam - como regra - à manutenção da subsistência física do trabalhador e de seus familiares. Basta observarmos que praticamente 50% das demandas trabalhistas ajuizadas versam sobre o pagamento de verbas resilitórias.

Pois bem, a regra contida no artigo 39 da Lei n. 8.177/91, naquilo em que determina a utilização da variação acumulada da TRD, vai de encontro ao que foi decidido pelo STF e inviabiliza essa reparação efetiva do dano, tornando um “bom negócio” o descumprimento de direitos fundamentais trabalhistas. Esse “bom negócio”, porém, tem elevado custo social, porque implica concretamente a redução do poder de consumo e o incentivo ao descumprimento contumaz da ordem jurídica. Constitui, ainda, um grave incentivo ao endividamento. O trabalhador que teve sonogados seus salários precisará, necessariamente, continuar a alimentar a família, vesti-la, pagar moradia etc. Para satisfazer os débitos daí decorrentes, tantas vezes obriga-se a contrair empréstimo bancário. Para ele, porém, as taxas aplicáveis serão diversas. Não é difícil imaginar o resultado de uma situação como essa que, ao contrário do que se pode a princípio pensar, é o cotidiano do que ocorre nas relações de trabalho no Brasil. Por essas razões, que dizem com a necessária observância de entendimento já reiteradamente adotado pelo STF; com a literalidade do art. 39 da Lei n. 8.177/91, que segue em vigor; e, especialmente, com a função econômica e social que o instituto da correção monetária exerce, que a Justiça do Trabalho deverá continuar reconhecendo como aplicável o IPCA-E.

Quanto à alteração do art. 882, segue havendo preferência na ordem de penhora, inclusive para a garantia do juízo. A possibilidade de “apresentação de seguro-garantia judicial” evidentemente está condicionada ao crivo judicial. Tratando-se a executada de empresa com evidente solidez econômica, nada justifica a apresentação de bem que desobedeça à ordem de preferência que, repito, segue sendo a mesma do CPC: dinheiro.

O art. 883-A estabelece que “A decisão judicial transitada em julgado somente poderá ser levada a protesto, gerar inscrição do nome do executado em órgãos de proteção ao crédito ou no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas, nos termos da Lei, depois de transcorrido o prazo de quarenta e cinco dias a contar da citação do executado, se não houver garantia do juízo”, buscando burlar a efetividade que é própria do processo do trabalho. Não há justificativa para tal proposição, que não a deliberada proteção a

quem descumpra a legislação vigente, em uma total inversão da lógica que justifica a própria existência de um ordenamento jurídico sujeito ao chamado monopólio da jurisdição. Nesse aspecto, nada impede que o juiz adote outras medidas capazes de impedir que a executada siga atuando no mercado, mesmo quando inadimplente em relação a crédito alimentar.

I) O depósito recursal

A tentativa de retirada da exigibilidade do depósito recursal do processo do trabalho não é nova, exatamente porque essa garantia é um dos principais diferenciais do processo trabalhista, que efetivamente estimula a conciliação e torna a demanda em alguma medida desvantajosa para o empregador.

A Lei n. 13.467 altera o art. 899 para permitir que o valor do depósito recursal seja reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte (§ 9º), isentar sua exigência para os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial (§ 10) e autorizar sua substituição por fiança bancária ou seguro-garantia judicial (§ 11).

Com isso, pretende esvaziar o próprio sentido de existência do depósito recursal, que é a garantia da futura execução.

Ora, se houvesse uma preocupação em não onerar indevidamente pequenos empregadores, que se propusesse a prolação de sentenças líquidas, dando maior realidade ao valor exigido como garantia. Não podemos esquecer que a empresa só tem que recolher depósito recursal quando sofre condenação em uma sentença trabalhista devidamente fundamentada, que já examinou de modo aprofundado as alegações das partes e as provas que foram produzidas.

Não há, portanto, correspondência desse dispositivo com a função do processo, porque se trata de uma indisfarçada autorização para o descumprimento de decisões judiciais, indo, pois, na contramão da suposta intenção de “[...] modernizar a legislação sem comprometer a segurança de empregados e empregadores.”

Aqui, a segurança - parcial, diga-se de passagem - que o empregado tem de que o crédito já reconhecido em decisão de mérito será satisfeito é mitigada, sem razão alguma.

Note-se que, ao justificar a alteração proposta para o art. 896-A, afirma-se que

[...] a taxa de congestionamento de processos no Brasil atinge níveis superiores a 85%, segundo dados do Anuário “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, de 2016. Enquanto a taxa de recorribilidade na Justiça

Estadual Comum é de 9,5%, na Justiça do Trabalho este número é de 52%. Essas estatísticas se traduzem na vida dos brasileiros em maior demora processual, especialmente no processo do trabalho, sendo que, na Justiça do Trabalho, essa questão é mais crítica por se tratar de verbas alimentares.

Ora, assumindo como verdadeiro o pressuposto para a “reforma”, devemos afastar qualquer tipo de fragilização ou supressão da exigência de depósito recursal. Se há muito recurso em relação às decisões de primeiro grau, a razão é uma só: o contumaz descumprimento de direitos fundamentais trabalhistas. E se a demanda trabalhista versa créditos alimentares, como o próprio relator admite, não há como sustentar, com seriedade, a necessidade de “[...] diminuir o ônus da interposição do recurso, mantendo na economia os valores que seriam objeto de depósito recursal.”

Aqui, a resistência necessária passa pelo uso do poder geral de cautela, autorizado tanto pelo art. 765 da CLT quanto pelo CPC, bem como pelo correto manejo das tutelas de urgência e evidência, cuja aplicação subsidiária ao processo do trabalho parece consenso na doutrina e na jurisprudência. A decisão de mérito no processo do trabalho não tem efeito suspensivo. Ao contrário, a determinação expressa da CLT é que a execução seja sempre promovida, pelo menos até a penhora. Pois bem, com a fragilização imposta ao depósito recursal, nada obsta a determinação imediata de penhora, que é facilitada com a prolação de sentença líquida, mas pode ser realizada mesmo antes do cálculo, com base no valor arbitrado pelo juiz à condenação.

Além disso, o CPC fixa a possibilidade de liberação de dinheiro em execução provisória. Trata-se de autorização legal expressa que já estava contida na redação final do CPC de 1973, em razão de alteração promovida em 2005, que introduziu o artigo 475-0 àquele diploma legal. Em sua atual redação, o dispositivo assim determina o cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo da mesma forma que o cumprimento definitivo (art. 520), autorizando “o levantamento de depósito em dinheiro [...]” (inciso IV), inclusive sem qualquer garantia (art. 521). A previsão contida no CPC não encontra correspondência na CLT, complementando, portanto, o quanto preceitua o art. 899 desse diploma legal.

Não podemos esquecer que, para a racionalidade que inspira a existência de um processo do trabalho, a realização do direito é parte integrante da demanda. E parece certo que há urgência em satisfazer crédito do qual depende a sobrevivência física e psíquica do trabalhador e de seus familiares. Essa é a razão pela qual hoje justifica-se a utilização subsidiária do CPC, no que tange à regra que autoriza a liberação de dinheiro em execução provisória. A razão de ser dos artigos 769 e 889 da

CLT encontra-se justamente aí: permitir a integração da norma estranha ao processo do trabalho sempre e somente quando contribuir para a efetividade dos direitos sociais fundamentais trabalhistas.

O recurso ordinário não pode constituir óbice à satisfação de crédito alimentar de que dependa o trabalhador. Sobretudo considerando-se que não há no ordenamento jurídico a previsão de tal benesse. A fragilização imposta à garantia da futura execução precisará, portanto, ser enfrentada desde uma perspectiva que resgate essa efetividade. O artigo 899 da CLT, conjugado com os artigos 520 e 521 do CPC, autoriza a constrição e a entrega de valores, como medida capaz de evitar dano irreparável ao direito.

Nada obsta, portanto, que, em sede de execução provisória, o juiz de imediato determine a penhora do valor integral da condenação (superando, inclusive, a garantia representada pelo depósito recursal). E, em uma perspectiva mais arrojada, nada impede o juiz de, inclusive, liberar o valor penhorado ao exequente, por se tratar de crédito alimentar ou de estado de necessidade da parte (art. 521).

CONCLUSÃO

A tentativa de destruição do espaço de cidadania representado pela Justiça do Trabalho é a prova cabal de que o objetivo da “reforma” não foi modernizar, criar empregos ou valorizar a ação dos sindicatos.

Ao contrário, ao final de todo esse movimento de destruição de direitos sociais, está o propósito de evitar que os trabalhadores e trabalhadoras possam fazer valer seus direitos e que haja algum controle, por parte do Estado, no sentido de coibir o reiterado desrespeito a direitos fundamentais.

O dado, sucessivamente repetido durante os debates sobre a “reforma”, de que há milhões de reclamações na Justiça do Trabalho representa, antes de tudo, que os propósitos do movimento de acesso à justiça foram razoável e positivamente atendidos na realidade brasileira, pois, fundamentalmente, os institutos processuais criados visavam a possibilitar que os titulares dos novos direitos sociais pudessem ter acesso a uma Justiça célere, simples e informal.

A grande quantidade de ações, portanto, não é um demérito, muito pelo contrário, que mostra, também, o alto grau de confiabilidade que o Judiciário trabalhista adquiriu sobre a parcela da sociedade que historicamente tem sido evitada nos demais ramos do Judiciário. E demonstra, igualmente, o quanto ainda os direitos trabalhistas são reiterada e abertamente desrespeitados no Brasil. Nesse ponto, é preciso reconhecer o quanto a própria Justiça do Trabalho, por atuação inadvertida, acabou contribuindo para a ineficácia da legislação trabalhista, ao legitimar conciliações com renúncia a direitos e cláusula de “quitação do extinto contrato de trabalho”,

englobando, inclusive, direitos e verbas não discutidos nos autos, e deixando de punir os devedores contumazes.

É o momento, pois, de o Judiciário trabalhista se recompor do baque e compreender que os ataques que sofreu constituem, em verdade, os fundamentos para retornar e prosseguir cumprindo o seu papel de impor o respeito aos valores sociais e humanos nas relações de trabalho, revendo, inclusive, os atos que contribuíram para a sensação de impunidade de empregadores que reiteradamente descumprem a legislação do trabalho.

Mais uma vez, os profissionais que atuam na Justiça do Trabalho e que, de fato, dão vida e sentido a esta instituição, estão sendo postos à prova e tal qual os autores da Lei n. 13.467/17, que constituiu um ato de terrorismo contra a classe trabalhadora, serão historicamente julgados por seus atos e omissões, uma vez que o conjunto normativo, como procuramos aqui demonstrar, confere-lhes opções.

ABSTRACT

This article analyses possible interpretations of Law n. 13.467/2017, ensuring the prevalence of the Constitution of Republic values and human rights, reducing the damages caused to workers by the new Law. This interpretative exercise allows replacing ideas and characters in their proper places and, at the same time, reinforce the argument that claims for the Law's full illegitimacy, for the statement of its full unconstitutionality and even for reviving the fight for its revocation. Furthermore, it contributes for the proper historical judgment of Reform characters.

Keywords: Law n. 13.467 (Labor Reform). Access to justice. Unconstitutionality. Code of Civil Procedure. Labor Law.

São Paulo/Porto Alegre, 26 de julho de 2017.

O DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA APÓS A LEI N. 13.467/2017, MODIFICADA PELA MP N. 808, DE 14 NOVEMBRO DE 2017

EXTRAPATRIMONIAL LABOR DAMAGE AFTER LAW N. 13.467/2017, CHANGED BY MP N. 808, OF NOVEMBER 14, 2017

Sebastião Geraldo de Oliveira*

RESUMO

O presente estudo analisa o regramento dado pela Lei n. 13.467/2017, modificada pela MP 808/2017, ao dano extrapatrimonial trabalhista. São abordados os arts. 233-A a 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho, acrescentados em virtude da Reforma Trabalhista, assim como as possíveis interpretações que podem ser conferidas a eles. São investigadas, ainda, questões referentes à vigência e à aplicação das inovações legislativas no tempo, concluindo-se, ao final, que, nos julgamentos das demandas envolvendo dano extrapatrimonial trabalhista, a legislação aplicável será sempre aquela que vigorava no dia em que nasceu o direito à reparação, independentemente da data de admissão do ofendido ou da data do julgamento da respectiva ação.

Palavras-chave: Dano extrapatrimonial trabalhista. Lei n. 13.467/2017. MP 808/2017. Reforma Trabalhista.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A reforma trabalhista foi aprovada pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, para vigorar 120 dias após a sua publicação, ocorrida no dia 14 de julho de 2017. Então, desde 11 de novembro de 2017, está em vigor no Brasil uma nova CLT, cuja alteração foi a mais profunda ocorrida desde a sua promulgação oficial em maio de 1943.¹ Para completar, no dia 14 de

* Desembargador do TRT da 3ª Região. Mestre em Direito pela UFMG. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Autor de livros e artigos sobre saúde do trabalhador e acidente do trabalho.

¹ A reforma trabalhista entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017 em razão dos critérios de contagem de prazo estabelecidos na Lei Complementar n. 95/1998, cujo artigo 8º estabelece: "Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula 'entra em vigor na data de sua publicação' para as leis de pequena repercussão. § 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. § 2º As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula 'esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial'."

novembro de 2017, foi publicada, em edição extraordinária do Diário Oficial da União, a Medida Provisória n. 808, a qual promoveu diversas alterações no texto legal já reformado. Desse modo, a normatização do dano extrapatrimonial trabalhista que entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017 já sofreu alterações em dois artigos (arts. 223-C e 223-G), com vigência a partir do dia da publicação da referida Medida Provisória em 14 de novembro de 2017.

Vamos abordar o tema dos danos extrapatrimoniais oriundos da relação de trabalho. Trata-se de uma das mudanças mais impactantes da reforma trabalhista de 2017 tanto pela novidade do regramento quanto pela pretensão do legislador de introduzir um microsistema exclusivo para os danos morais trabalhistas, com previsões destoantes da principiologia há muito sedimentada na teoria geral da responsabilidade civil.

O nosso desafio, portanto, é analisar a configuração peculiar dos danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho e os possíveis rumos hermenêuticos dessa nova regulamentação.

Contudo, a prudência recomenda registrar que este é apenas um primeiro olhar, ainda sob o impacto da mudança, sem o tempo de maturação necessário para apreender toda a extensão e os desdobramentos que poderão ocorrer. É possível que, num segundo momento, após as devidas acomodações da novidade no ordenamento jurídico brasileiro, doutrina e jurisprudência possam divisar outras interpretações mais adequadas sobre o conteúdo e o alcance do dano extrapatrimonial trabalhista.

2 UM NOVO TÍTULO NA CLT: “DO DANO EXTRAPATRIMONIAL”

A CLT foi aprovada há mais de 70 anos numa época em que nem se cogitava sobre a reparação dos danos extrapatrimoniais. Prevalencia a visão patrimonialista do direito, muito distante da valorização atual da dignidade da pessoa humana, proclamada com ênfase na Constituição da República de 1988.

Como nunca tivemos no Brasil um Código do Trabalho para disciplinar detalhadamente todos os direitos do trabalhador, a CLT estabeleceu expressamente no art. 8º o direito comum como fonte subsidiária, quando houvesse compatibilidade com os princípios protetores do direito do trabalho.

Com efeito, desde que a ciência jurídica acolheu a proteção dos direitos da personalidade, o trabalhador lesado busca na Constituição da República de 1988, no direito civil e em outros ramos do direito as bases para fundamentar os pedidos de indenização por danos morais em decorrência do contrato de trabalho.

A reforma trabalhista de 2017 introduziu o Título II-A na CLT para tratar exclusivamente do “Dano extrapatrimonial”, composto por sete artigos,

quais sejam: 223-A até 223-G. Topograficamente, o novo título foi inserido entre o Título II, que trata das normas gerais de tutela do trabalho, e o Título III, que trata das normas especiais de tutela do trabalho.

Como se verifica, para dar maior realce às disposições normativas a respeito do dano extrapatrimonial, foi introduzido como categoria de agregação um título adicional na CLT, demonstrando a pretensão do legislador de criar um disciplinamento específico e bem peculiar para o tema dos danos extrapatrimoniais individuais na seara trabalhista.

3 A INOVAÇÃO TERMINOLÓGICA DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Não há dúvidas quanto à denominação dos danos que lesam o patrimônio, com valor pecuniário: são os danos patrimoniais ou danos materiais.

Entretanto, a percepção de novos danos na esfera de interesses não patrimoniais gerou múltiplas denominações e variações terminológicas conforme o ordenamento jurídico de cada país. Para indicar o mesmo fenômeno, encontramos, dentre outras, as denominações de dano imaterial, dano moral, dano não patrimonial, dano extrapatrimonial, dano à pessoa. E como espécies dessas denominações genéricas há também diversas denominações, tais como: dano à vida, à integridade física, à saúde, ao projeto de vida, existencial, biológico, estético, sexual, à intimidade, ao nome, à honra, à imagem, psíquico etc.

Do ponto de vista estritamente terminológico, de fato, a expressão “dano extrapatrimonial” é mais precisa porque abrange todos os danos que não têm expressão econômica, mas são passíveis de reparação. Afirmo o jurista Fernando Noronha que só a designação “extrapatrimonial” deixa claro que unicamente terá essa natureza o dano sem reflexos no patrimônio do lesado. Aduz ainda que nem sempre o dano extrapatrimonial tem natureza moral: a palavra moral tem carregado conteúdo ético e o dano extrapatrimonial não tem necessariamente esse conteúdo.²

No mesmo sentido, aponta a Professora Judith Martins-Costa que,

[...] sendo mais ampla, a expressão danos extrapatrimoniais inclui, como subespécie, os danos à pessoa, ou à personalidade, constituídos pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade psicofísica, inclusos os danos ao projeto de vida, e ao livre desenvolvimento da personalidade, os danos à vida de relação, inclusive

² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 567.

o prejuízo de afeição e danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais.³

Apesar do acerto terminológico e de estar a denominação “dano extrapatrimonial” em sintonia com a doutrina da teoria dos danos, achamos inoportuna ou mesmo inconveniente a sua positivação na CLT. A denominação dano moral, ainda que não seja a mais precisa, já consolidou raízes profundas na cultura jurídica brasileira, tanto na lei como na doutrina e jurisprudência. Tentar renomear uma figura jurídica de estatura constitucional por simples lei ordinária trará mais confusão que esclarecimento ou, talvez, legitimará a pretensão de se criar um dano moral mitigado na esfera trabalhista. Seria preferível manter a tradição e a terminologia acolhida há quase três décadas pela Constituição, base fundamental para o florescimento dos direitos da personalidade no Brasil.

É verdade que a precisão de linguagem na ciência jurídica deve ser buscada para evitar expressões equívocas que geram embaraços de compreensão e dificuldades na aplicação da norma. A própria Lei Complementar n. 95/1998, que trata da elaboração e redação das leis, recomenda no art. 11 que sejam usadas as palavras e expressões em seu sentido comum ou técnico, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretendeu dar à norma.

Entretanto, a própria Constituição da República de 1988, que consagrou de vez a indenização dos danos não patrimoniais, a fonte normativa e principiológica de maior altitude, utiliza a denominação dano moral em três tópicos importantes sobre o tema dessa indenização:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (grifamos)

³ MARTINS-COSTA Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, mar. 2001. v. 19, p. 194.

Art. 114 Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (grifamos)

O Código de Defesa do Consumidor de 1990 também utilizou a denominação danos morais:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais... (grifamos)

O Código Civil de 2002, principal estatuto jurídico de normatização e detalhamento da responsabilidade civil, segue a mesma trilha no art. 186:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (grifamos)

O recente Código de Processo Civil de 2015, quando trata do valor da causa na petição inicial, estabelece:

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

[...]

V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido; (grifamos)

A importante Lei n. 9.029/1995, que trata do combate às práticas discriminatórias nas relações jurídicas de trabalho, com a modificação dada pela Lei n.12.288/2010, preceitua:

Art. 4º O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre: (grifamos)

Diante do que foi exposto, sem exaurir as citações da expressão nas normas legais, já se percebe que a denominação dano moral está de tal forma consolidada no ordenamento jurídico brasileiro que a mudança da designação

para dano extrapatrimonial parece até sugerir - para os menos atentos - que o legislador criou uma nova figura jurídica ou uma nova categoria de danos...

Além disso, haverá dualidade terminológica para o mesmo fenômeno jurídico variando a denominação de acordo com o ramo do direito invocado ou com a competência material do juízo que vai apreciar a demanda. Seria mais compreensível se a mudança fosse implementada na denominação utilizada pelo Código Civil que poderia irradiar efeitos para toda a ordem jurídica, gerando mais uniformidade de compreensão.

Os juristas Nelson Rosendal, Cristiano Chaves e Felipe Braga, na primorosa obra intitulada *Novo tratado de responsabilidade civil*, enfatizam:

Apesar de reconhecermos a forte carga semântica do vocábulo moral - que se presta pela sua amplitude a uma polissemia -, temos de nos curvar à força dos fatos. A expressão dano moral não apenas é consagrada no texto constitucional, como também em nossa tradição e cultura jurídica, tendo sido ela uma das principais facetas de afirmação da dignidade da pessoa humana no direito civil, chegando ao ponto de ser a ela vinculada conceitualmente.⁴

Podemos concluir, portanto, que as denominações dano moral ou dano extrapatrimonial são praticamente sinônimas, uma vez que expressam o mesmo fenômeno no ordenamento jurídico brasileiro. A mudança terminológica não altera o conteúdo do que já está devidamente cristalizado na ciência jurídica, até porque a simples troca de rótulo não muda o conteúdo essencial, como já consagrado no vetusto brocardo jurídico *verba non mutant substantiam rei*.

4 A PRETENSÃO DE LIMITAR O DANO MORAL TRABALHISTA

O primeiro artigo do novo Título II-A da CLT preceitua:

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

De início, vale enfatizar que a regulamentação introduzida só abrange os danos morais ou extrapatrimoniais. Desse modo, numa ação indenizatória por acidente do trabalho ou doença ocupacional, o julgamento do dano material (danos emergentes, lucros cessantes ou pensão, perda de chance) continuará utilizando como fonte normativa os dispositivos do Código Civil, por aplicação subsidiária determinada pelo art. 8º da CLT.

⁴ Cf. FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 312.

Cabe destacar a contradição expressa deste comando legal com a diretriz básica adotada pela reforma, a respeito da aplicação subsidiária do direito comum no direito do trabalho. A Lei n. 13.467/2017 suprimiu do art. 8º da CLT o importante e septuagenário filtro de compatibilidade, que só autorizava a aplicação subsidiária do direito comum “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais” do direito do trabalho. Assim, apontou a reforma que, nos silêncios da CLT, aplicam-se de imediato as regras do direito comum, abstraindo-se da análise sobre a compatibilidade com os princípios que regem o direito do trabalho. O sinal ostensivo foi, portanto, no sentido de alargar a influência da legislação civil no direito do trabalho.

Entretanto, no art. 223-A que inaugura o novo Título da CLT, o legislador abandonou a diretriz apontada e colocou um filtro redutor caprichosamente com sinal invertido, para limitar a reparação do dano moral sofrido pelo trabalhador. Com efeito, ao estabelecer que se aplicam “apenas” os dispositivos da nova regulamentação para o dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho, o legislador indicou que não quer a aplicação subsidiária do direito comum nesse tópico, exatamente com o propósito de estabelecer uma indenização mitigada e parcial dos danos extrapatrimoniais trabalhistas, como veremos na análise de cada artigo.

É certo que os novos dispositivos do Título II-A devem ser considerados na apreciação dos danos morais, mas é inviável afastar por completo a regulamentação a respeito prevista no Código Civil e em outras normas esparsas, mormente porque a regulamentação proposta é limitada e não aponta soluções para todas as controvérsias, como já pacificado no âmbito do direito civil.

No caso recorrente das indenizações por acidente do trabalho teremos duas fontes normativas para tratar das consequências jurídicas oriundas do mesmo evento: para os danos materiais, o Código Civil; para os danos morais, o novo título da CLT. Os danos materiais serão apreciados com a amplitude do Código Civil, mas os danos extrapatrimoniais, gerados pelo mesmo evento, serão julgados considerando a rígida limitação imposta pela reforma...

Não se deve perder de vista que tanto a indenização por danos morais (art. 5º, incisos V e X) quanto a reparação dos danos decorrentes do acidente do trabalho (art. 7º, XXVIII) têm suporte maior na Constituição da República, pelo que não pode a lei ordinária limitar o alcance de preceitos de hierarquia superior, devidamente sedimentados na cultura jurídica brasileira, mormente quando o faz de forma discriminatória exclusivamente para um segmento social, no caso os trabalhadores atingidos.

Se o trabalho é um dos fundamentos da República (art. 1º, IV), se a ordem econômica deve estar apoiada na valorização do trabalho (art. 170),

e a ordem social tem como base o primado do trabalho (art. 193), não pode a lei ordinária reduzir a hierarquia axiológica impressa na Lei Maior, nem introduzir normas restritivas exclusivamente para a categoria dos trabalhadores, em verdadeira ruptura com a essência do sistema, colocando o direito do trabalhador em degrau inferior ao dos demais cidadãos. Não é possível desconectar a valorização do trabalho da proteção ao trabalhador, contrariando a solene promessa constitucional. Como pondera com autoridade Humberto Theodoro, “[...] a lei não tem força, no tratar categorias jurídicas, de contrariar a natureza das coisas. A palavra final não é a do legislador, mas a da ciência jurídica.”⁵

Na linha desse raciocínio, vale reproduzir o entendimento dos juristas Francisco Meton e Francisco Péricles a respeito do alcance do artigo 223-A:

Incorre em flagrantes inconsistências hermenêuticas, a exemplo do art. 223-A ao pretender proibir o julgador trabalhista de aplicar o direito como sistema. Nunca! Os juízes apreciarão os pedidos conforme formulados, decidindo o direito posto nas petições. Logo, as regras do Código Civil (arts. 944 a 954), segundo a interpretação que lhes fazem os tribunais competentes, serão amplamente empregadas.⁶

5 CONCEITO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

O artigo 223-B formula um conceito de dano extrapatrimonial conjugando a previsão do artigo 186 do Código Civil com o texto esboçado no Projeto de Lei n. 150/99 do Senador Pedro Simon, aprovado no Senado Federal, que estabelece: “Art. 1º Constitui dano moral a ação ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade.”

Vejam agora o teor do novo dispositivo legal:

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Pelo conceito legal, ocorre o dano extrapatrimonial quando a ação ou omissão do autor ofende a esfera moral ou existencial da vítima, que tanto pode ser o trabalhador quanto o empregador. Na situação mais frequente

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. III, t. 2, p. 158.

⁶ LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques. *Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto*. São Paulo: LTr, 2017. p. 52.

em que o prestador de serviços figura como vítima, ocorre o dano extrapatrimonial quando o tomador dos serviços ou seus prepostos, por ação ou omissão, ofender à esfera moral ou existencial do trabalhador.

O amplo território do dano moral, as sutilezas do seu conteúdo e a progressividade da sua abrangência dificultam a formulação de um conceito que possa englobar todas as hipóteses que o caracterizam. Como bem assinala André Gustavo Andrade, o dano moral é um conceito em construção e, com o desenvolvimento social e a conseqüente evolução dos direitos da personalidade, tende a ser ampliado para alcançar situações hoje ainda não consideradas.⁷

Asseveram os festejados juristas Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona que

[...] o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos da personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.⁸

O legislador em 2017 optou por utilizar a expressão mais ampla do dano extrapatrimonial como gênero para abrigar todas as espécies de danos não patrimoniais, dentre eles, o dano moral e o dano existencial. Desse modo, o conceito legal do dano extrapatrimonial abriga as diversas lesões aos interesses morais ou existenciais da vítima, que pode receber denominações diferentes de acordo com a ofensa a cada bem juridicamente tutelado. Aliás, o Deputado Rogério Marinho, Relator do Projeto de Lei n. 6.787/2016 na Câmara Federal que resultou na Lei n. 13.467/2017, indicou na exposição de motivos: “[...] estamos propondo a inclusão de um novo Título à CLT para tratar do dano extrapatrimonial, o que contempla o dano moral, o dano existencial e qualquer outro tipo de dano que vier a ser nominado.”

Nos artigos 223-C e 223-D foram listados, de forma pretensamente exaustiva, os bens juridicamente tutelados, cuja ofensa gera o direito à reparação dos danos de natureza extrapatrimonial:

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

⁷ ANDRADE, Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, dez. 2003. v. XXX, n. 92, p. 139.

⁸ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. III, p. 55.

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

Entendemos que os dispositivos mencionados pecaram ao pretender elaborar uma lista exaustiva e, ainda assim, bem limitada. Pela leitura estrita do artigo 223-C não seriam indenizáveis, por exemplo, a integridade psíquica, o nome do trabalhador, a integridade funcional, sem contar o direito de não ser discriminado por fatores como a idade, a etnia, a cor, a descendência, o gênero etc., o que fere a lógica do conceito amplo de dano extrapatrimonial e toda a doutrina dos direitos da personalidade.

Além disso, não pode passar despercebido que a reparação pelo dano moral por motivo de origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, idade, entre outras, é assegurada expressamente pela Lei n. 9.029/1995 que não foi revogada pela reforma trabalhista. E vale lembrar neste ponto que a Lei Complementar n. 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e consolidação das leis, determina no art. 9º que: “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.” Incabível, portanto, eventual alegação de revogação ou derrogação implícita.

Diante das inúmeras críticas ao texto introduzido pela Lei n. 13.467/2017, a Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, alterou a redação do art. 223-C ampliando a relação dos bens jurídicos tutelados. Vejam a nova redação:

Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural.

Percebe-se que a nova redação introduziu na relação dos bens jurídicos tutelados a etnia, a nacionalidade, o gênero e a saúde. Além disso, melhorou a redação substituindo “a sexualidade” pela denominação mais precisa de “orientação sexual” e alinhou a redação aos termos do Código Civil substituindo a denominação pessoa física para pessoa natural.

Entretanto, mesmo com a mudança promovida, continuam ausentes no art. 223-C vários bens jurídicos tutelados, tais como a integridade psíquica, o nome do trabalhador, a integridade funcional etc. Cabe mencionar também que a mudança para designação de “pessoa natural” realizada na nova redação do art. 223-C não foi feita no dispositivo do art. 223-B, gerando perda da uniformidade terminológica.

Cabe ainda uma indagação pelo tratamento diferenciado: por que o nome da pessoa jurídica do empregador é um bem jurídico tutelado e o nome do trabalhador não?

Diante do exposto, é imperioso concluir que a interpretação mais consentânea e lógica indica que as listas dos artigos 223-C e 223-D são apenas exemplificativas, pelo que seria recomendável que houvesse a ressalva expressa do legislador indicando “dentre outros”. Contudo, mesmo ausente tal ressalva, essa é a leitura que se impõe, especialmente porque a Lei n. 9.029/1995, acima mencionada, quando relaciona, no artigo 1º, os motivos das práticas discriminatórias, acrescenta a expressão “entre outros”. Em reforço dessa conclusão, pode ser mencionada também a Convenção n. 111 da OIT, devidamente ratificada pelo Brasil, que tem *status* normativo superior à lei ordinária, quando explicita no art. 1º a compreensão do termo “discriminação”.⁹

6 LIMITAÇÃO DOS LEGITIMADOS À REPARAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

Chama a atenção na leitura do artigo 223-B a previsão de que a pessoa física que sofreu o dano extrapatrimonial é a titular exclusiva do direito à reparação. Tudo indica que o legislador pretendeu com essa disposição restritiva excluir a reparação do dano reflexo ou dano em ricochete, causado a terceiros pelo mesmo ato lesivo.

É inquestionável que o acidente do trabalho e as doenças ocupacionais, muitas vezes, produzem danos reflexos ou em ricochete sobre terceiros. Desse modo, a ação indenizatória pode também ser ajuizada, em nome próprio, por qualquer outra pessoa que tenha sofrido danos materiais ou extrapatrimoniais em razão do acidente ou doença ocupacional sofrido pela vítima direta, tais como o cônjuge, os dependentes, familiares mais próximos ou mesmo alguém que convivia ou dependia do acidentado.

As ações ajuizadas por pessoas diversas do acidentado aparecem, em maior número, nos casos de acidentes com óbito, quando os dependentes do falecido postulam, em nome próprio, o pagamento de pensão e/ou indenização por danos morais. Também é comum ocorrerem pedidos de

⁹ Decreto de promulgação n. 62.150/1968. Art. 1º. 1. Para fins da presente convenção, o termo “discriminação” compreende: a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) Qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Membro Interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. 2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação. 3. Para os fins da presente convenção as palavras “emprego” e “profissão” incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como as condições de emprego.

reparação de danos morais ou materiais por outros intensamente atingidos pela invalidez total da vítima. Muitos acidentados ficam paraplégicos ou tetraplégicos e passam a depender de cuidados permanentes, até mesmo para a higiene pessoal e alimentação, causando, assim, danos reflexos sobre as pessoas mais próximas, em razão da mudança compulsória da rotina doméstica, sem falar nas repercussões emocionais.

Pode o legislador limitar a indenização somente aos danos sofridos pela vítima direta? Os danos sofridos pelas vítimas indiretas ficarão sem qualquer reparação? Teriam as vítimas indiretas que recorrer à Justiça Comum para buscar a devida indenização?

Neste ponto, entendemos que a previsão viola diretamente o altissonante princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988, ao tentar, de forma subreptícia, excluir da apreciação do Poder Judiciário as lesões sofridas pelas vítimas indiretas. Aliás, foi com base nesse princípio, demonstrando que o acesso ao Judiciário não pode ser impedido, que o STF adotou a Súmula Vinculante n. 28, na qual se firmou o entendimento de que é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

Se o dano reflexo é uma realidade fática incontestável e é plenamente aceito pelo ordenamento jurídico, pela doutrina e jurisprudência, como deixar os lesados ao desamparo concedendo uma isenção ou assegurando indiretamente impunidade ao ofensor? Vale transcrever o comando maior gravado na Carta Magna:

Art. 5º [...]

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Poder-se-ia argumentar que a parte lesada indiretamente poderia recorrer à Justiça Comum para buscar a reparação. Também este argumento não se sustenta, mormente pelo princípio da unidade de convicção. Aliás, o STJ num primeiro momento até decidia pela competência da Justiça Comum como estabelecia a Súmula n. 366: “Compete à Justiça estadual processar e julgar ação indenizatória proposta por viúva e filhos de empregado falecido em acidente de trabalho.”

Contudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a competência para julgar tais ações é da Justiça do Trabalho, mesmo não figurando o acidentado como autor da ação, sobretudo porque a verdadeira causa de pedir continua sendo o acidente do trabalho ocorrido. Após alguns julgamentos das Turmas

nesse sentido, a questão foi apreciada pelo Plenário do STF, no julgamento do Conflito de Competência n. 7.545, que pacificou a controvérsia:

Ementa: Conflito de competência. Constitucional. Juízo Estadual de primeira instância e Tribunal Superior. Competência originária do Supremo Tribunal Federal para solução do conflito. Art. 102, I, "O", da CB/88. Justiça Comum e Justiça do Trabalho. Competência para julgamento da ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho proposta pelos sucessores do empregado falecido. Competência da Justiça Laboral. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal dirimir o conflito de competência entre Juízo Estadual de primeira instância e Tribunal Superior, nos termos do disposto no art. 102, I, "o", da Constituição do Brasil. Precedente [CC n. 7.027, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 1.9.95] 2. A competência para julgar ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, após a edição da EC 45/04, é da Justiça do Trabalho. Precedentes [CC n. 7.204, Relator o Ministro CARLOS BRITTO, DJ de 9/12/05 e AgR-RE n. 509.352, Relator o Ministro MENEZES DIREITO, DJe de 1º/8/08]. 3. O ajuizamento da ação de indenização pelos sucessores não altera a competência da Justiça especializada. A transferência do direito patrimonial em decorrência do óbito do empregado é irrelevante. Precedentes. [ED-RE n. 509.353, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 17/8/07; ED-RE n. 482.797, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 27/6/08 e ED-RE n. 541.755, Relator o Ministro CÉZAR PELUSO, DJ de 7/3/08]. Conflito negativo de competência conhecido para declarar a competência da Justiça do Trabalho. (STF. Tribunal Pleno. CC n. 7.545, Rel.: Ministro Eros Grau, DJe 13 ago. 2009.)

Este posicionamento também prestigia o teor da Súmula Vinculante n. 22 do STF que fixou o entendimento:

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/04.

Convém mencionar ainda que esse entendimento tem sido adotado reiteradamente nos julgamentos da Suprema Corte:

Recurso extraordinário. Competência. Processual civil e do trabalho. Repercussão geral reconhecida. Ação de indenização decorrente de danos sofridos em acidente de trabalho. Demanda diretamente decorrente de relação

de trabalho, sendo irrelevante, para fins de fixação da competência, o fato de ter sido ajuizada por sucessores do trabalhador falecido. Aplicação da norma do art. 114, inciso VI, da Constituição Federal, com a redação que a ela foi dada pela Emenda Constitucional n. 45/04. Reconhecimento da competência da Justiça Federal do Trabalho para o processamento do feito. Recurso não provido. (STF. Tribunal Pleno. RE 600091/MG, Rel.: Ministro Dias Toffoli, DJ 15 ago. 2011.)

Ementa: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Acidente de trabalho. Ação de indenização ajuizada por sucessores do trabalhador falecido. Reconhecimento da competência da Justiça Federal do Trabalho. 1. O Plenário desta Corte, no julgamento do RE n. 600.091/MG-RG, DJe de 15/8/12, de minha relatoria, assentou que é irrelevante, para fins de fixação da competência, o fato de a ação de indenização decorrente de acidente de trabalho ter sido ajuizada por sucessores do trabalhador falecido. 3. Agravo regimental não provido. (ARE 697120 AgR, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 20/11/2012, DJe de 19/12/2012.)

Diante desse posicionamento firme do Supremo Tribunal Federal, o STJ resolveu cancelar a Súmula n. 366, rendendo-se, finalmente, ao entendimento de que a competência é da Justiça do Trabalho, mesmo para a hipótese do dano reflexo ou em ricochete:

Conflito negativo de competência. Acidente de trabalho. Empregado público municipal. Vínculo celetista. Alteração introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2004. Ação de indenização. Proposta por viúva do empregado acidentado. Reiterada jurisprudência das Turmas e do plenário do STF afirmando a competência da Justiça do Trabalho. Entendimento diferente da Súmula 366/STJ. Conflito conhecido para, cancelando a Súmula, declarar a competência do juízo suscitante. (STJ. Corte Especial. CC n. 101.977/SP, Rel.: Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 05 out. 2009.)

Entendemos, portanto, que, neste ponto, o artigo 223-B fere a Constituição da República e que as vítimas que suportaram os danos reflexos ou em ricochete são também titulares do direito à reparação dos danos extrapatrimoniais por elas sofridos. São lesões distintas, sofridas por pessoas diversas que devem receber reparações separadas, mesmo que provenientes do mesmo fato gerador. E a competência para julgamento, conforme pacificado na Corte Suprema, é mesmo da Justiça do Trabalho.

Outra interpretação possível é entender que também a vítima do dano reflexo é titular exclusiva do direito à reparação, mas apenas dos efeitos daquele dano em ricochete, o qual, naturalmente, é diverso do dano sofrido

pela vítima principal, apesar de ter a mesma causa primária. Em outras palavras, cada vítima é titular exclusiva do respectivo dano, mas sem impedir a reparação cabível a todos os que foram lesados de forma direta ou indireta.

Aliás, essa interpretação é reforçada pela nova disposição introduzida pelo § 5º do art. 223-G, por intermédio da Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, ao estabelecer que os parâmetros estabelecidos para fixação da indenização não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte. Assim, ocorrendo o óbito no acidente do trabalho ou doença ocupacional, aplicam-se os dispositivos já consolidados na seara do Direito Civil.

7 A POSITIVAÇÃO DO DANO EXISTENCIAL TRABALHISTA

Na seara das lesões extrapatrimoniais, nos anos recentes a doutrina e a jurisprudência têm vislumbrado novos danos ou prejuízos, ampliando as possibilidades de reparação para assegurar maior completude da indenização.

Uma vez assentada a possibilidade de cumulação da indenização por dano moral com a reparação do dano material (Súmula n. 37 do STJ, de 1992), firmou-se, posteriormente, o entendimento de que são também cumuláveis as indenizações por dano estético e por dano moral (Súmula n. 387 do STJ, de 2009). Ultimamente, passou-se a admitir ainda a indenização pela perda de uma chance, questão hoje já bem delineada na jurisprudência.

Agora, o artigo 223-B introduzido na CLT, ao formular o conceito genérico de dano extrapatrimonial, indicou como uma das suas espécies o dano existencial. O tema, portanto, já não fica mais restrito ao campo das cogitações doutrinárias, visto que o dano existencial foi incorporado expressamente no texto legal pela reforma trabalhista de 2017. A indicação legal dessa nova espécie de dano tende a impulsionar o movimento doutrinário para captar a extensão do seu real conteúdo e delimitar seu campo de abrangência.

Atualmente, a tendência é de expansão das possibilidades reparatórias, para alcançar outros danos de natureza extrapatrimonial, tais como: dano existencial, dano biológico, dano psicológico, dano à saúde, dano sexual, dano à vida de relação etc. Esse movimento expansionista busca inspiração na legislação dos países da União Europeia, especialmente no direito italiano, que já consagrou o cabimento da indenização por dano biológico e por dano existencial.

Conforme já mencionamos, muitas vezes o acidente do trabalho ou a doença ocupacional representa para o empregado o desmonte traumático do seu projeto de vida, o encarceramento numa cadeira de rodas ou o sepultamento dos sonhos acalentados quanto à possibilidade de uma vida melhor.

A indenização pelos danos materiais repõe o prejuízo econômico e atende às necessidades básicas de sobrevivência da vítima, mas não elimina a frustração diante da nova realidade, especialmente quando se olha para o futuro. O marco divisório imposto pelo sinistro altera compulsoriamente o rumo da vida, apontando para uma existência arruinada, sombria, sem perspectivas animadoras. Nessas hipóteses, sem dúvida, emerge a figura jurídica do dano existencial.

Com frequência, o sinistro provoca uma lesão irreversível na trajetória de vida da vítima, ou seja, compromete seriamente a qualidade dessa vida. Assim, o dano existencial tem como elemento nuclear o desmonte ou a ofensa ao projeto de vida da vítima e a sua adaptação forçada a um roteiro de sobrevivência não escolhido. As aspirações são substituídas pelas imposições, o futuro apresenta-se como uma cena trágica paralisada, e o projeto de vida é amputado pelo vazio existencial.

Os professores Jorge Boucinhas e Rúbia Zanotelli, em cuidadoso artigo doutrinário, elaboraram o seguinte conceito para o dano existencial:

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impedem de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.¹⁰

Para o jurista Júlio César Bebber,

[...] por dano existencial compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital. [...] O fato injusto que frustra esse destino (impede sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.¹¹

Rodolfo Pamplona e Luiz Carlos Vilas Boas asseveram que

¹⁰ BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista LTR*, São Paulo. v. 77, n.4, p. 451. abr. 2013.

¹¹ BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais - estético, biológico e existencial: breves considerações. *Revista LTR*, São Paulo, v. 73, n. 1. p. 28, jan. 2009.

[...] o dano existencial é entendido como aquele que inviabiliza o projeto de vida da vítima, que a impede de alcançar suas aspirações. Se o ato danoso faz com que a vítima não possa mais exercer determinadas atividades, a jurisprudência o tem qualificado como existencial.¹²

A jurisprudência trabalhista já acumula considerável acervo de decisões a respeito do dano existencial, especialmente para os casos de jornadas exaustivas ou extenuantes, sendo oportuno citar alguns julgados do TST:

Agravo de instrumento em Recurso de Revista do autor em face de decisão publicada antes da vigência da Lei n. 13.015/2014. Responsabilidade civil do empregador. Danos extrapatrimoniais. Dano existencial. Caracterização. Jornada de trabalho excessivamente longa e desgastante. Ao pretender se apropriar do conceito de existência, para envolvê-lo no universo do dever de reparação, o jurista não pode desconsiderar os aspectos psicológicos, sociológicos e filosóficos a ele inerentes. A existência tem início a partir do nascimento com vida - para alguns, até antes, desde a concepção -, e, desse momento em diante, tudo lhe afeta: a criação, os estímulos, as oportunidades, as opções, as contingências, as frustrações, as relações interpessoais. Por isso, não pode ser encarada simplesmente como consequência direta e exclusiva das condições de trabalho. Responsabilizar o empregador, apenas em decorrência do excesso de jornada, pela frustração existencial do empregado, demandaria isolar todos os demais elementos que moldaram e continuam moldando sua vida, para considerar que ela decorre exclusivamente do trabalho e do tempo que este lhe toma. Significaria passar por cima de sua história, para, então, compreender que sua existência depende tão somente do tempo livre que possui. É possível reconhecer o direito à reparação, quando houver prova de que as condições de trabalho efetivamente prejudicaram as relações pessoais do empregado ou seu projeto de vida. E mais: reconhecido esse prejuízo, é preciso sopesar todos os elementos outrora citados, como componentes da existência humana, para então definir em que extensão aquele fato isolado - condições de trabalho - interferiu negativamente na equação. Há precedentes. Na hipótese, o Tribunal Regional consignou que a imposição de jornada excessiva constitui grave violação de direitos trabalhistas, não obstante, concluiu que esse fato não é capaz de ensejar o reconhecimento automático do dano alegado, e, por consequência, o dever de indenizar. Decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula n. 333 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST. 7ª Turma. AIRR n. 1079-67.2010.5.20.0006, Rel.: Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 6 mar. 2017.)

¹²PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A torre de babel das novas adjetivações do dano. *Revista LTr*, São Paulo, v. 78, n. 5, p. 560, maio 2014.

Indenização por dano existencial. Jornada de trabalho extenuante. O dano existencial consiste em espécie de dano extrapatrimonial cuja principal característica é a frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador. O Regional afirmou, com base nas provas coligidas aos autos, que a reclamante laborava em jornada de trabalho extenuante, chegando a trabalhar 14 dias consecutivos sem folga compensatória, laborando por diversos domingos. Indubitável que um ser humano que trabalha por um longo período sem usufruir do descanso que lhe é assegurado, constitucionalmente, tem sua vida pessoal limitada, sendo despreciosa a produção de prova para atestar que a conduta da empregadora, em exigir uma jornada de trabalho deveras extenuante, viola o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, representando um aviltamento do trabalhador. O entendimento que tem prevalecido nesta Corte é de que o trabalho em sobrejornada, por si só, não configura dano existencial. Todavia, no caso, não se trata da prática de sobrelabor dentro dos limites da tolerância e nem se trata de uma conduta isolada da empregadora, mas, como afirmado pelo Regional, de conduta reiterada em que restou comprovado que a reclamante trabalhou em diversos domingos sem a devida folga compensatória, chegando a trabalhar por 14 dias sem folga, afrontando assim os direitos fundamentais do trabalhador. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST. 2ª Turma. RR n. 1034-74.2014.5.15.0002, Rel.: Ministro José Roberto Freire Pimenta, DJ 13 nov. 2015.)

Dano moral. Dano existencial. Supressão de direitos trabalhistas. Não concessão de férias. Durante todo o período laboral. Dez anos. Direito da personalidade. Violação. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, - consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer. - (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68.). 3. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de

relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extralaborais), ou seja que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial. 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimônio jurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do Tribunal de origem de que é indevido o pagamento de indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido, no tema. (TST. 1ª Turma. RR n. 727-76.2011.5.24.0002, Rel.: Ministro Hugo Carlos Scheuermann, DJ 28 jun. 2013.)

8 RESPONSÁVEIS PELO DANO EXTRAPATRIMONIAL

A questão da responsabilidade pela reparação do dano extrapatrimonial tem diversas implicações na seara trabalhista, mormente nesta etapa de liberação ampla da terceirização. A reforma trabalhista dedicou um artigo ao tema, com o seguinte teor:

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

Diante desse novo dispositivo legal, surgem algumas indagações: O empregador responde pelo dano causado pelos gerentes ou por seus prepostos? O empregador ou o tomador dos serviços responde pelos danos extrapatrimoniais causados pelo prestador de serviço? A responsabilidade proporcional na concausalidade lesiva afasta a solidariedade passiva dos coautores, ou cada qual responde apenas no limite da sua participação?

Primeiramente, cabe repetir que o novo dispositivo trata somente das reparações por dano extrapatrimonial, ou seja, não há qualquer questionamento quanto à responsabilização relativa aos danos materiais sofridos pelos trabalhadores.

Em regra, responde pela reparação civil o causador do dano. Para as indenizações por acidente do trabalho ou doenças ocupacionais, o responsável será sempre o empregador, mesmo que o acidente seja proveniente de atos dos seus prepostos ou de outros empregados que estejam no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

No Código Civil de 1916, a responsabilidade pelos atos dos prepostos, serviços ou empregados dependia de comprovação de que o empregador tivesse concorrido com culpa ou negligência para o implemento do dano,

conforme previa o art. 1.523. Essa exigência, contudo, foi mitigada, em 1963, quando o Supremo Tribunal Federal adotou a Súmula n. 341 com o seguinte teor: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.”

O Código Civil de 2002 superou a hesitação do Código anterior e estabeleceu no art. 932, III, sem deixar margem a dúvidas, que o empregador responde pelos atos dos seus empregados, serviçais ou prepostos, desde que estejam no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele.¹³

Mas agora, com a introdução do artigo 223-E, continua o empregador a responder pelos atos de seus gestores ou prepostos, pelos danos de natureza extrapatrimonial?

Entendemos que sim. Em primeiro lugar, porque a redação do dispositivo não foi taxativa no sentido da exclusão da responsabilidade. Uma mudança tão radical em tema de tamanha importância não poderia deixar qualquer margem a dúvidas. Em segundo, porque os riscos do empreendimento sempre foram do empregador (art. 2º da CLT) e não dos que atuam em seu nome e em seu benefício. Em terceiro, porque a Súmula n. 341 do STF há mais de meio século já fixou entendimento no sentido de que o patrão responde pelos atos de seus empregados ou prepostos, tanto que o Código Civil atual consagrou expressamente o princípio no art. 932, III. Em quarto, porque a própria CLT aponta no artigo 157 que cabe ao empregador cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e naturalmente responder quando tais normas não são observadas. Em quinto, porque prevê o § 1º do artigo 19 da Lei n. 8.213/91 que: “A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador” e esse dispositivo não foi revogado. Por último, a norma não afastou a solidariedade dos coautores da ofensa extrapatrimonial, conforme bem assentado no Código Civil:

Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.

¹³Asseveram Nelson Rosenvald e outros: “Relevante frisar que a responsabilidade do empregador não se limita aos danos que seus empregados causem a terceiros. Alcança também os danos sofridos por outros empregados, desde que relacionados, de algum modo, ao exercício da função ou em razão dela. Se, por exemplo, um funcionário se apossa de dados pessoais de outro funcionário, e passa as informações para um estelionatário, a responsabilidade da empresa se fará presente se o acesso aos dados se deu em virtude da função exercida.” Cf. FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGANETO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 622.

É certo, porém, que o empregador que responder pelo acidente provocado por seu empregado ou preposto (dolosa ou culposamente) poderá ajuizar ação regressiva para obter o reembolso dos valores despendidos, conforme previsto no art. 934 do Código Civil¹⁴ ou mesmo promover o desconto nos salários.¹⁵ Entretanto, se o empregado que causou o acidente tiver agido apenas com culpa, o empregador deverá, além de comprová-la de forma convincente, exibir a cláusula do contrato de trabalho estabelecendo a possibilidade de desconto pelos danos causados, conforme previsto no § 1º do art. 462 da CLT.

Também entendemos que, nos serviços temporários ou terceirizados, o tomador responde pelos danos extrapatrimoniais causados aos trabalhadores. A responsabilidade direta é inicialmente da pessoa jurídica que contratou o trabalhador terceirizado, mas o contratante tomador dos serviços responde subsidiariamente pelas indenizações.

O princípio norteador, cada vez mais aceito, proclama que aquele que se beneficia do serviço deve arcar, direta ou indiretamente, com todas as obrigações decorrentes da sua prestação. A terceirização das atividades do empregador não tem o efeito de transferir as responsabilidades trabalhistas, ou seja, “[...] a terceirização das funções não implica na terceirização de responsabilidades.”¹⁶

Nada mais justo, porquanto quem usufrui dos bônus deve suportar os ônus, como assevera a antiga parêmia *quihabetcommoda, ferre debet onera*. Nessa linha de pensamento foram editadas várias normas legais, com o propósito de reforçar a garantia para os empregados das empresas terceirizadas, tais como o art. 455 da CLT¹⁷, o art. 16 da Lei n. 6.019/1974, que trata do trabalho temporário¹⁸, e o art. 8º da Convenção 167 da

¹⁴Código Civil. Art. 934. “Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.”

¹⁵Cf. TST. 7ª Turma. RR n. 459-68.2011.5.04.0102, Rel. Ministro Cláudio Brandão, DJ 6. dez. 2013.

¹⁶FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGANETO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 624.

¹⁷CLT, art. 455: “Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único. Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.”

¹⁸Lei n. 6.019, de 3 jan. 1974, art. 16: “No caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei.”

Organização Internacional do Trabalho.¹⁹ Em período mais recente, a Lei n. 12.023/2009, que “Dispõe sobre as atividades de movimentação de mercadorias em geral e sobre o trabalho avulso”, estabeleceu:

Art. 8º As empresas tomadoras do trabalho avulso respondem solidariamente pela efetiva remuneração do trabalho contratado e são responsáveis pelo recolhimento dos encargos fiscais e sociais, bem como das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social, no limite do uso que fizerem do trabalho avulso intermediado pelo sindicato.

Art. 9º As empresas tomadoras do trabalho avulso são responsáveis pelo fornecimento dos Equipamentos de Proteção Individual e por zelar pelo cumprimento das normas de segurança no trabalho.

E para espantar quaisquer dúvidas, a recente Lei n. 13.429/2017, que ampliou as possibilidades de terceirização, inseriu o artigo 5º-A na Lei n. 6.019/74, cujo § 3º assegura que “É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.” Além disso, inseriu no mesmo artigo 5º-A o § 5º que estabelece, sem margem a dúvidas: “A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, [...]”

Por tudo que foi exposto, mesmo para a hipótese do dano extrapatrimonial, cabe a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços pelos danos sofridos pelos empregados da empresa prestadora de serviços.

É importante mencionar finalmente que, de fato, cada pessoa jurídica responde na proporção da sua participação no evento danoso (concausa), como previsto no artigo 223-E, mas aquele que tiver suportado inicialmente a indenização poderá ajuizar ação regressiva para ressarcir o que houver pago daquele por quem pagou (art. 934 do Código Civil).

¹⁹ OIT. Convenção n. 167, art. 8º: “Quando dois ou mais empregadores estiverem realizando atividades simultaneamente na mesma obra: a) a coordenação das medidas prescritas em matéria de segurança e saúde e, na medida em que for compatível com a legislação nacional, a responsabilidade de zelar pelo cumprimento efetivo de tais medidas recairá sobre o empreiteiro principal ou sobre outra pessoa ou organismo que estiver exercendo controle efetivo ou tiver a principal responsabilidade pelo conjunto de atividades na obra;”. Esta Convenção entrou em vigor no Brasil em 19 de maio de 2007. A ratificação ocorreu pelo Decreto Legislativo n. 61/2006 e promulgação pelo Decreto n. 6.271, de 22 nov. 2007.

9 CUMULAÇÃO DOS DANOS PATRIMONIAIS E EXTRAPATRIMONIAIS

A reforma trabalhista pretendeu criar um sistema separado de reparação para os danos extrapatrimoniais, mas concedeu à vítima a faculdade de formular cumulativamente os pedidos dos danos materiais e morais, mesmo quando decorrentes do mesmo ato lesivo (art. 223-F). Esse preceito legal está fundamentado no fato de que, para os danos materiais, a fonte normativa continuará sendo o Código Civil; contudo, para os danos extrapatrimoniais, será aplicável no novo Título II-A da CLT.

Em razão da diversidade do tratamento jurídico, deverá o juízo discriminar os valores dos danos conforme a sua natureza patrimonial ou extrapatrimonial, ou seja, não será mais possível fixar uma indenização única abarcando as duas espécies de dano.

A norma terá repercussão direta nas ações de indenização por acidente do trabalho ou doença ocupacional quando habitualmente a vítima formula pedidos distintos para reparação dos diversos danos sofridos.

10 CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO

A fixação do valor indenizatório a respeito dos danos materiais obedece a critérios objetivos, talhados claramente na legislação e norteados pelo milenar princípio da *restitutio in integrum*.

Entretanto, no arbitramento da reparação dos danos extrapatrimoniais, o bem jurídico tutelado tem natureza imaterial e por consequência a extensão, profundidade, reflexos e intensidade das ofensas variam quase ao infinito, de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, com as provas produzidas nos autos e com o olhar técnico particular de cada julgador.

Com o propósito de apontar algumas diretrizes para o juiz apreciar o dano extrapatrimonial, o legislador estabeleceu no art. 223-G um rol com 12 incisos que deverão ser considerados na fixação do valor indenizatório:

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

Não se nega que a elaboração de um roteiro para o juízo apreciar o dano extrapatrimonial é positiva, porque indica para o julgador e para as partes os fatos mais importantes que deverão ser considerados, bem como as principais provas que serão priorizadas. Na realidade, o julgador já fazia subjetivamente essa apreciação considerando os pontos indicados ou outros também relevantes, mas agora, ao positivar o rol, pelo menos esses quesitos não podem deixar de ser apreciados.

Contudo, no rol das considerações, foi omitida uma das finalidades básicas da indenização que é exatamente o seu caráter preventivo ou inibitório da repetição de novas condutas lesivas. Também não se pronunciou sobre a reparação não patrimonial ou reparação *in natura* do dano moral, como vem apontando a doutrina. Poder-se-ia indicar se o comportamento foi um fato esporádico ou se tem sido uma prática reiterada daquele empregador.

Faltou indicar ainda a observação sobre o exercício de atividade de risco que também pode gerar direito à indenização, em caso de dano, adotando-se a responsabilidade civil objetiva, como tem ocorrido no âmbito do Colendo TST. Cabe mencionar nesse passo que o STF vai decidir oportunamente se é aplicável ou não a responsabilidade objetiva nas indenizações por acidente do trabalho, conforme previsto no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Na apreciação do RE n. 828.040 o Plenário Virtual da Corte, por maioria, acolheu a existência de repercussão geral (Tema 932) por entender que a matéria tem natureza constitucional e tem repercussão econômica e social, tendo em vista sua relevância para o desenvolvimento das relações empregatícias.

Cabe observar ademais que alguns incisos devem ser apreciados com cautela. Não se pode esquecer de que o trabalhador subordinado não goza de autonomia e espontaneidade para concordar, sem reservas e com convicção, com a retratação espontânea por parte do lesante, bem como não se pode presumir o perdão tácito ou mesmo expresso somente pela inércia de reação do lesado. A sua situação de dependência e sem garantia de emprego impede que atue em condições de livre manifestação da vontade perante o empregador.

O julgador, portanto, após analisar a especificidade da ofensa e ponderar os tópicos do roteiro de apreciação indicado na lei, mais outros pontos que sobressaíam na instrução processual, vai fixar o montante indenizatório, indicando os fundamentos que embasaram sua convicção. De todo modo, ainda que o roteiro de apreciação aponte diretrizes de segurança louváveis para imprimir um grau maior de previsibilidade do julgamento, é inevitável que, nas ações a respeito do dano extrapatrimonial, a decisão traga a assinatura pessoal da sensibilidade e argúcia de cada julgador.

Merece realce a mudança benéfica introduzida pela Medida Provisória

n. 808, de 14 de novembro de 2017, para agravar o valor da indenização no caso de reincidência de ofensa idêntica, num prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão condenatória (art. 223-G, § 3º e § 4º). Conforme a nova redação, se ocorrer a reincidência da ofensa, o juízo poderá elevar até o dobro o valor da indenização. Para obter essa indenização adicional, deverá a parte interessada comprovar em juízo a existência de condenação anterior do réu pela mesma conduta ofensiva para viabilizar a elevação do valor da reparação.

Vale ressaltar que, na redação anterior do § 3º do art. 223-G, que vigorou do dia 11 a 13 de novembro de 2017, só caberia agravar a indenização se ocorresse reincidência da ofensa entre partes idênticas, hipótese praticamente inexistente ou raríssima. Agora basta a repetição da conduta lesiva por uma das partes, que tenha gerado decisão condenatória com trânsito em julgado, para viabilizar o aumento da indenização até o dobro do teto fixado para cada grau da ofensa. Com efeito, o infrator contumaz sofrerá condenações maiores pela reincidência da ofensa, com o propósito de influenciá-lo no sentido de rever sua conduta ilícita.

11 O TABELAMENTO DO DANO MORAL TRABALHISTA

A Lei n. 13.467/2017 introduziu na CLT a polêmica questão do tabelamento da indenização por danos extrapatrimoniais trabalhistas.

Cabe mencionar que a doutrina e até os julgados utilizam a expressão “tarifação do dano moral”, mas preferimos a denominação de “tabelamento dos danos morais”, porque o vocábulo tarifa tem significado próprio na ciência jurídica e ostenta natureza de preço público, tratado no campo do direito administrativo. Os parâmetros instituídos na lei para o valor da indenização, criando faixas e tetos máximos de acordo com a gravidade da ofensa, indicam que foi instituído mesmo um tabelamento, não uma tarifação. Aliás, o próprio Relator do PL n. 6.787/2016 na Câmara Federal, que resultou na Lei aprovada, menciona na exposição de motivos “[...] a necessidade de fixar limites para as indenizações por danos morais”, pelo que a denominação doutrinária de tabelamento é a mais adequada.

Vejam o teor do novo dispositivo:

Art. 223-G [...]

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

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

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

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

A redação do parágrafo foi também inspirada no teor do Projeto de Lei n. 150/1999 do Senador Pedro Simon, aprovado no Senado Federal, que instituiu três níveis de ofensas (leve, média e grave) para fins de fixação do valor da indenização. Vale registrar que esse PL, depois de aprovado no Senado, foi enviado à Câmara Federal (PL n. 7.124/2002), mas lá foi arquivado em 2010, porque a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, por unanimidade, considerou inconstitucional o tabelamento do dano moral.

Estabelece o novo preceito legal que não cabe acumular as indenizações, contrariando nesse particular o vetusto princípio da reparação integral. Assim, se a mesma ofensa atingir bens jurídicos extrapatrimoniais distintos da vítima, por exemplo, atingir levemente a imagem, gravemente a orientação sexual e de forma média a saúde, só caberá a fixação de uma indenização, pelo que algumas lesões ficarão sem reparação. Entendemos que essa limitação pode ser reputada inconstitucional porque, além de contrariar o princípio da reparação integral, viola a previsão do art. 5º, XXXV, que prevê: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Ao vedar a acumulação de indenizações, foi instituída uma indenização complexiva para reparar vários danos, contrariando a jurisprudência trabalhista consolidada desde 1978. Com efeito, prevê a Súmula n. 91 do Colendo TST: “Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador.” Aliás, no direito civil o cabimento da acumulação de danos extrapatrimoniais está devidamente pacificado pela Súmula n. 387 do STJ: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”

Comprovada a ofensa, o julgador deverá enquadrar o ato lesivo em um dos quatro níveis indicados (ofensa leve, média, grave ou gravíssima), conforme seu prudente arbítrio e considerando também as especificidades do caso, mormente os doze pontos relacionados no art. 223-G.

Deparamos neste passo com outro ponto muito criticado na reforma trabalhista, qual seja, a determinação de que a indenização seja fixada considerando como teto um multiplicador do último salário contratual do ofendido, de acordo com a faixa de gravidade da ofensa. Por salário contratual deve-se entender o valor mensal ajustado (fixo ou variável) e as parcelas que integram o salário, como as gratificações legais e as comissões pagas (§ 1º do art. 457 da CLT).

Entendemos que também neste ponto a reforma trabalhista fere a Constituição Federal ao estabelecer parâmetros de reparação de danos francamente discriminatórios, porque fixados com valores variáveis de acordo com o padrão salarial da vítima. A Carta Maior já menciona o valor da igualdade no seu preâmbulo e estabelece como objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Além disso, a previsão do artigo 5º claramente estabelece que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”

Ora, por que estabelecer indenizações diversas, de acordo com a renda da vítima, para ofensas extrapatrimoniais da mesma intensidade e com o mesmo grau de gravidade?

Vejam um exemplo que pode ocorrer na prática e que bem demonstra a discriminação pelo tratamento diferenciado. Estão subindo em um elevador de obra de construção civil o estagiário, o pedreiro, o engenheiro e o gerente da obra, que auferem rendimentos mensais diversificados. O cabo do elevador não era o especificado e ainda estavam transportando junto material de construção, violando a NR-18 do Ministério do Trabalho e Emprego, o que acabou provocando acidente e a queda do elevador. Todos os trabalhadores ficaram com sequelas físicas semelhantes em razão do mesmo acidente. A tabela abaixo mostra como poderia ficar as indenizações por danos extrapatrimoniais, nesse exemplo hipotético:

TABELAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL - ART. 223-G DA CLT				
Lesado - Salário - Grau de ofensa	Estagiário R\$ 937,00	Encarregado R\$ 2.000,00	Engenheiro R\$ 10.000,00	Gerente R\$15.000,00
Ofensa leve - 3x	2.811,00	6.000,00	30.000,00	45.000,00
Ofensa média - 5x	4.685,00	10.000,00	50.000,00	75.000,00
Ofensa grave - 20x	18.740,00	40.000,00	200.000,00	300.000,00
Ofensa gravíssima - 50x	46.850,00	100.000,00	500.000,00	750.000,00

É verdade que cabem indenizações diferentes quando se trata de danos materiais, porque o parâmetro é outro: o prejuízo monetário efetivo de cada um. Mas, no aspecto extrapatrimonial, a dignidade das pessoas lesadas é a mesma, ou seja, a dignidade da pessoa humana não pode ser aferida de acordo com o seu padrão de rendimento. A maior ou menor riqueza da vítima não pode orientar o valor da indenização, nem servir de parâmetro para reparar a lesão extrapatrimonial. Em sintonia com o nosso entendimento, é oportuno citar a jurisprudência do Colendo STJ:

EMENTA. Civil. Dano Moral. Indenização. A condição social da vítima, de pobre, não pode ser valorizada para reduzir o montante da indenização pelo dano moral; a dor das pessoas humildes não é menor do que aquela sofrida por pessoas abonadas ao serem privadas de um ente querido. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ. 3ª Turma, REsp n. 951.777/DF, Redator: Ministro Ari Pargendler, DJ 27 ago. 2007.)

[...] Responsabilidade civil do Estado. Omissão no atendimento à gestante. Morte intrauterina. Indenização por dano moral. Proporcionalidade. [...] 4. A avaliação das condições socioeconômicas dos envolvidos deve ser feita em conjunto com a ponderação acerca da gravidade dos fatos. Não se permite a relativização das indenizações por ofensa a direitos fundamentais tendo como parâmetro a riqueza da vítima, de modo que o direito dos ricos valeria mais que o dos pobres, os quais estariam se “enriquecendo” ao receberem indenizações em valor muito superior à sua renda. (STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1189510/AC, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 27/4/2011.)

Diante desses fundamentos, na VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada em Brasília em 2016, foi adotado o Enunciado 588, com o seguinte teor: “O patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial.”

Em razão das críticas contundentes sobre o cálculo da indenização considerando o padrão salarial da vítima, a Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, alterou o § 1º do art. 223-G que passou a ter a redação seguinte:

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

- I - para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;
- II - para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

III - para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou

IV - para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Com a nova regra, a indenização pelo dano extrapatrimonial não poderá mais ser fixada de acordo com o padrão salarial da vítima, porquanto o teto estabelecido para cada grau de ofensa considera, agora, apenas os múltiplos do valor do benefício máximo do Regime Geral da Previdência Social. Então, pelo menos nesse aspecto, a violação constitucional do princípio da isonomia foi corrigida.

Contudo, a correção efetuada pela referida Medida Provisória deixou uma incongruência interna no texto legal, uma vez que o salário contratual do ofensor deverá ser utilizado como parâmetro indenizatório, quando o ofendido for pessoa jurídica, como previsto no art. 223-G, § 2º. Como se depreende do exposto, não se poderá utilizar o salário contratual do trabalhador como parâmetro para fixar a indenização quando for ele a vítima; todavia, o critério poderá ser adotado quando ele for o ofensor responsável pela indenização devida ao seu empregador. Nessa hipótese, o parâmetro do salário não estará sendo usado para discriminar, mas apenas para atenuar o valor da reparação devida por quem auferir renda menor.

Levando-se em conta os valores para 2017 do limite máximo para os benefícios da Previdência Social (R\$ 5.531,31), as vítimas do acidente hipotético, acima mencionado, receberiam indenizações obedecendo aos parâmetros máximos seguintes:

TABELAMENTO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL - ART. 223-G DA CLT - NR				
Lesado - Salário - Grau de ofensa	Estagiário R\$ 937,00	Encarregado R\$ 2.000,00	Engenheiro R\$ 10.000,00	Gerente R\$15.000,00
Ofensa leve - 3x	16.593,93	16.593,93	16.593,93	16.593,93
Ofensa média - 5x	27.656,55	27.656,55	27.656,55	27.656,55
Ofensa grave - 20x	110.626,20	110.626,20	110.626,20	110.626,20
Ofensa gravíssima - 50x	276.565,50	276.565,50	276.565,50	276.565,50

Mas esse dispositivo introduzido na CLT tem ainda uma inconstitucionalidade ostensiva já declarada pelo Judiciário para casos semelhantes, qual seja, a fixação de tetos ou tabelamento para a reparação do dano extrapatrimonial.

A inclusão na Constituição da República de 1988 do direito à reparação dos danos morais indicou que as lesões dessa natureza devem ser indenizadas em sua plenitude, sem as amarras de tetos limitadores. Segundo prevê o art. 5º, V, a indenização deverá ser proporcional ao agravo; como não é possível limitar a intensidade da ofensa, também não se pode limitar o valor da indenização, sob pena de criar em determinados casos uma reparação desproporcional, em benefício do agressor. O equilíbrio na balança lesão-reparação é orientado pelo princípio constitucional da proporcionalidade; por conseguinte o desnível imposto pela limitação reparatória acaba, indiretamente, estimulando a expansão do comportamento lesivo.

A questão está bem sedimentada no STJ, cuja Súmula n. 281, adotada em 2004, sintetizou: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.”

O Excelso Supremo Tribunal Federal já se pronunciou claramente nesse sentido, ao interpretar os incisos V e X do artigo 5º da Constituição de 1988:

Ementa: Constitucional. Civil. Dano moral: ofensa praticada pela imprensa. Indenização: tarifação. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: Não-recepção pela CF/88, artigo 5º, incisos V e X. [...] II - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - CF, art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. (STF, 2ª Turma, RE 396.386, Rel.: Ministro Carlos Velloso, DJ 13 ago. 2004.)

Ementa: indenização. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da Lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita

assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente. (STF. 2ª Turma. RE 447.584/RJ, Rel. Ministro Cezar Peluso, 16 mar. 2007.)

Convém reproduzir parte dos fundamentos do acórdão acima, quando o douto Relator, Ministro Cezar Peluso, com maestria, explica o entendimento que prevaleceu na Corte:

Já não vige deveras, ou segundo reza outra doutrina de igual consequência prática, perdeu seu fundamento de validade, a norma inserta no art. 52 da Lei n. 5.250, de 1967, porque, incompatível com o alcance das regras estatuídas no art. 5º, V e X, da atual Constituição da República, não foi por esta recebida. [...] Na fisionomia normativa da proteção do direito à integridade moral, ao qual serve o preceito de reparabilidade pecuniária da ofensa, a vigente Constituição da República não contém de modo expresso, como o exigiria a natureza da matéria, nem implícito, como se concede para argumentar, nenhuma disposição restritiva que, limitando o valor da indenização e o grau consequente da responsabilidade civil do ofensor, caracterizasse redução do alcance teórico da tutela.

Finalmente o STF, na sua composição plenária, firmou posicionamento quanto ao não cabimento do tabelamento do dano moral no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 130-DF. Nesse julgamento, a Corte declarou que a Lei Federal n. 5.250/67, conhecida como Lei de Imprensa, não foi recepcionada pela Constituição de 1988. O tema do tabelamento ou “tarifação” do dano moral foi abordado expressamente no julgamento por quase todos os Ministros da Corte.

No seu voto, destacou o Ministro Ricardo Lewandowski:

Não impressiona, *data venia*, a objeção de alguns, segundo a qual, se a lei for totalmente retirada do cenário jurídico, o direito de resposta ficaria sem parâmetros e a indenização por dano moral e material sem balizas, esta última à falta de tarifação. É que a Constituição, no art. 5º, V, assegura o “direito de resposta, proporcional ao agravo”, vale dizer, trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário. Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que os arts. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula n. 281 do STJ. Cito, nessa linha, dentre outras seguintes decisões: o RE 396.386-4/SP; RE 447.484/SP; RE 240.450/RJ e AI 496.406/SP.

Também o Ministro Celso de Mello foi enfático no seu voto:

Não subsistem, por incompatibilidade material com a Constituição da República promulgada em 1988(CF, art. 5º, incisos V e X), as normas inscritas no art. 52 (que define o regime de indenização tarifada) e no art. 56 (que estabelece o prazo decadencial de 3 meses para ajuizamento da ação de indenização por dano moral), ambos da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67). Hipótese de não-recepção. Doutrina. Precedentes do STF. (AI 595.395/SP, Rel. Min. Celso de Mello - DJ 3 ago. 2007.)

Diante do que foi exposto, entendemos também que a novel disposição do § 1º do artigo 223-G da CLT, ao criar faixas máximas de indenização, de acordo com o grau de ofensa, padece do vício incontornável da inconstitucionalidade.

Por fim, cabe registrar neste tópico que a Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, estabeleceu no § 5º do art. 223-G que os parâmetros indenizatórios estabelecidos não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte. Daí ser possível afirmar que, no acidente do trabalho com óbito, o valor da indenização cabível do dano extrapatrimonial não está sujeito ao tabelamento do § 1º do art. 223-G da CLT, podendo ser fixado além do limite estabelecido para a ofensa de natureza gravíssima.

12 O DANO EXTRAPATRIMONIAL COLETIVO

Com o advento da reforma trabalhista surge o questionamento: o dano extrapatrimonial coletivo de natureza trabalhista estará ou não sujeito ao tabelamento indicado no artigo 223-G?

O nosso entendimento é no sentido de que não houve mudança alguma no tema dos danos morais coletivos, porquanto a regulamentação introduzida na CLT trata apenas dos danos extrapatrimoniais decorrentes da relação de trabalho cujos titulares sejam pessoas físicas ou jurídicas. Tanto que o artigo 223-G estabelece que o juízo deverá considerar a intensidade do sofrimento ou da humilhação, a possibilidade de superação física ou psicológica, o perdão tácito ou expresso, situações que são típicas do dano extrapatrimonial individual.

Os danos aos interesses ou direitos de natureza transindividual ou difusos não foram disciplinados nem sequer mencionados na nova regulamentação dos danos extrapatrimoniais. Desse modo, as mudanças introduzidas pela reforma trabalhista não afetam o disciplinamento atual do dano moral coletivo, nem acarretam o tabelamento dos valores indenizatórios nas ações em que se postulam reparações desses danos.

Convém registrar, ademais, que a ação civil pública para preservar ou reparar os interesses difusos ou coletivos dos trabalhadores e do meio ambiente do trabalho tem altitude constitucional (art. 129, III), razão pela qual não poderia mesmo a lei ordinária da reforma trabalhista limitar ou alterar o seu alcance.²⁰

Com efeito, é especialmente a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) que rege as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais de natureza coletiva.²¹ E a referida norma não sofreu qualquer alteração após o advento da Lei n. 13.467/2017. Cabe também aqui repetir a previsão da Lei Complementar n. 95/1998, cujo artigo 9º estabelece: “A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.” Incabível, portanto, eventual entendimento de revogação ou derrogação implícita.

13 VIGÊNCIA E APLICAÇÃO DAS INOVAÇÕES

A reforma trabalhista entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017, após vencer o prazo da *vacatio legis* de cento e vinte dias, contados a partir da publicação oficial da Lei n. 13.467, no dia 14 de julho de 2017.

Em razão das mudanças promovidas na CLT, estão surgindo diversas controvérsias a respeito do direito intertemporal, principalmente sobre a aplicação dos novos dispositivos aos contratos de trabalho firmados antes da vigência da reforma.

As questões de direito intertemporal geram calorosas discussões nos julgamentos dos casos concretos. Normalmente a jurisprudência promove ajustes para o período de transição - conjugando os valores do direito adquirido, da segurança jurídica e o novo regime jurídico - mas a controvérsia só resta mesmo pacificada com o pronunciamento definitivo das Cortes Superiores. Daí o volume acentuado de súmulas e orientações jurisprudenciais a respeito desse tema.

²⁰Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

²¹Lei n. 7.347/1985. Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística; VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; VIII - ao patrimônio público e social. Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

O principal balizamento do direito intertemporal está assentado na Constituição Federal que assegura no art. 5º, XXXVI - “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” Para detalhar o comando da Lei Maior, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, com a mudança introduzida pela Lei n. 12.376/2010, estabeleceu:

Art. 6º - A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Nas demandas envolvendo os danos de natureza extrapatrimonial trabalhista, entendemos que deve ser aplicado o vetusto princípio do *tempus regit actum*, ou seja, prevalece a regência da norma vigente no dia da ocorrência do dano ou ofensa, independentemente da data que for proferido o julgamento.

No exato momento em que ocorreu a ofensa de natureza extrapatrimonial, nasceu também a pretensão da vítima para obter a reparação do direito que foi violado, conforme a consagrada teoria da *actio nata*, tanto que o Código Civil estabelece no artigo 189: “Violado o direito nasce para o titular a pretensão [...]” Como consequência, o regime jurídico a ser aplicado é aquele que estava em vigor naquela data.

Desse modo, o novo regramento do dano extrapatrimonial somente será aplicado para as ofensas ocorridas a partir de 11 de novembro de 2017. Para as ofensas anteriores, independentemente da data em que for realizado o julgamento, prevalece o antigo regime jurídico.

Nas lesões de natureza continuada, será necessário verificar se até o dia 10 de novembro de 2017 já havia ofensa moral caracterizada, hipótese que indicará a aplicação do regramento anterior à reforma. Entretanto, se a consolidação da ofensa só ocorreu após o dia 10 de novembro de 2017, a regência será da lei nova.

Para as doenças ocupacionais será considerada, para fins de verificação do regime jurídico aplicável, a data da ciência inequívoca da incapacidade laboral, como assentado na Súmula n. 278 do STJ. Aliás, a teoria da *actio nata* para fins de início de fluência do prazo prescricional será também considerada para verificar a legislação aplicável.

Entendemos ainda que as normas da reforma trabalhista sobre o dano extrapatrimonial são aplicáveis para todas as ofensas ocorridas a partir de 11 de novembro de 2017, mesmo para os trabalhadores admitidos em data anterior. Isso porque é firme a jurisprudência do STF no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico, ressaltando-se a garantia da irredutibilidade salarial.²² A propósito, aqui também pode ser adotada a importante regra de direito intertemporal do Código Civil de 2002, fazendo as devidas adequações:

Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Para espantar as dúvidas sobre a aplicação da reforma aos contratos de trabalho vigentes, a Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, estabeleceu no art. 2º:

Art. 2º O disposto na Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes.

Agora, com o artigo expresso introduzido pela Medida Provisória, cabe a aplicação da mudança legal aos contratos de trabalho pactuados antes de 11 de novembro de 2017, mas tão somente para os eventos ocorridos após a referida data. As ofensas ocorridas em datas anteriores continuarão regidas pela lei antiga, independentemente da data em que for proferido o julgamento.

Por tudo que foi exposto, podemos concluir que, nos julgamentos das demandas envolvendo dano extrapatrimonial trabalhista, a legislação aplicável será sempre aquela que vigorava no dia que nasceu o direito à reparação, independentemente da data de admissão do ofendido ou da data que ocorrer o julgamento.

²²STF. Pleno. RE n. 226.855, Relator: Ministro Moreira Alves, julgado em 31 ago. 2000; STF. Pleno AI n. 410.946, Rel. Ministra Ellen Gracie, julgado em 17 mar. 2010; STF. 1ª Turma. RE 998073 AgR, Rel.: Ministra Rosa Weber, DJe 22 mar. 2017; STF. 2ª Turma. RE 907731 AgR, Rel.: Ministro Celso de Mello, DJe 19 jun. 2017; STF. 2ª Turma. ARE 925002 AgR, Rel.: Ministro Dias Toffoli, DJe 30 jun. 2017; STF. 1ª Turma. RE 957768 AgR, Rel.: Ministro Roberto Barroso, DJe 9 ago. 2017.

ABSTRACT

This study analyses the ruling given by Law 13.467/2017, changed by MP n. 808/2017. Articles 233-A until 223-G of Labour Code were addressed, as well as their possible interpretations. It has been investigated, also, issues concerning legislative innovation's rule and application in time, concluding, at the end, that in judgments of extrapatrimonial labour damage claims, legislation to be applied will be that in force when the entitlement of redress was born, apart from the date of the offended's admission or of the claim's judgement.

Keywords: *Extrapatrimonial Labour Damage. Law n. 13.467/2017. MP 808/2017. Labour Reform.*

**O DIREITO INTERTEMPORAL E A REFORMA TRABALHISTA:
QUESTÕES DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL A SEREM
ENFRENTADAS COM O ADVENTO DA LEI N. 13.467/17**

***INTERTEMPORAL LAW AND LABOR REFORM: QUESTIONS OF
MATERIAL AND PROCEDURAL LAW TO BE FACED WITH THE
ADVENT OF LAW N. 13.467/17***

Rosemary de Oliveira Pires*

Arnaldo Afonso Barbosa**

RESUMO

O estudo empreende uma análise teórica acerca do direito intertemporal e das regras legais pertinentes, em especial contidas na Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro e na Constituição Federal, objetivando estabelecer critérios seguros de solução dos aparentes conflitos da lei no tempo. A partir daí, passa a identificar algumas regras de direito material e processual introduzidas ou alteradas pela Lei n. 13.467/17, propondo respostas quanto a eventuais polêmicas que podem surgir sobre sua aplicação imediata ou retroativa, relativamente aos contratos e processos em curso. A metodologia do estudo segue a vertente dogmático-teórica, ao se propor apreciar e analisar as normas da CLT impactadas pela nova lei, em sua perspectiva interna, interessando-se também pela eficiência e eficácia das formulações normativas em toda sua adequada aplicação, não olvidando a força de sua vigência, mas não desprezando, no mesmo passo, as garantias constitucionais da proteção ao trabalhador, da irredutibilidade salarial, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

Palavras-chave: Direito Intertemporal. Conflito. Reforma Trabalhista. Lei n. 13.467/17.

* Doutora e Mestre em Direito pela UFMG. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC Minas. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Faculdade Milton Campos. Desembargadora do TRT da Terceira Região.

** Doutor em Direito pela UFMG. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG nas áreas de Filosofia do Direito, Introdução ao Estudo do Direito e Teoria Geral do Direito. Advogado e Consultor Jurídico.

SUMÁRIO

- 1 **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**
- 2 **A LACUNA DE REGRA INTERTEMPORAL NA LEI N. 13.467/2017 E A INSERÇÃO DO ART. 2º NA MEDIDA PROVISÓRIA N. 808/2017**
- 3 **A FUNÇÃO INTEGRADORA DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA**
- 4 **O DOMÍNIO DE VALIDADE TEMPORAL DAS NORMAS JURÍDICAS**
- 5 **A EQUIVOCIDADE SOBRE O DOMÍNIO DE VALIDADE TEMPORAL NO PLANO DO SER**
- 6 **AS LIMITAÇÕES DE DIREITO POSITIVO À REGULAÇÃO EM DIREITO INTERTEMPORAL**
 - 6.1. **As limitações constitucionais do Direito Brasileiro**
 - 6.2. **As limitações legais do Direito Brasileiro**
- 7 **A INCOMPREENSÃO DO EFEITO “IMEDIATO” DA LEI**
- 8 **A RETROATIVIDADE E A IRRETROATIVIDADE DA LEI**
- 9 **A OPÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO PELA PROTEÇÃO DOS DIREITOS ADQUIRIDOS**
- 10 **O CONTRAPESO DA ESCOLA OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO: O ATO JURÍDICO PERFEITO E A COISA JULGADA**
- 11 **CONCEITO E CLASSES DOS DIREITOS ADQUIRIDOS**
- 12 **PARTICULARIDADE DA CLASSE DOS DIREITOS CONDICIONAIS**
- 13 **DIREITOS ADQUIRIDOS, FACULDADES LEGAIS E EXPECTATIVAS DE DIREITO**
- 14 **DIREITOS ADQUIRIDOS, EXPECTATIVAS DE DIREITO E DIREITOS EVENTUAIS**
- 15 **DIREITOS ADQUIRIDOS E NORMAS DE ORDEM PÚBLICA**
- 16 **IMPACTOS DO DIREITO INTERTEMPORAL NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E NO DIREITO PROCESSUAL**
 - 16.1. **Impactos do Direito Intertemporal no Direito das Obrigações**
 - a) **O Direito das Obrigações do empregado, enquanto tal e enquanto contratante**
 - b) **O Direito das Obrigações e a proteção do trabalhador**
 - 16.2. **Crítica à regra absoluta de aplicação imediata de uma nova lei**
 - 16.3. **A regra de Direito Intertemporal à luz do princípio da proteção**
 - 16.4. **Direito Intertemporal e Direito Processual: os direitos substantivos originados do processo**

17 QUESTÕES DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL

17.1. Questões de Direito Material

- a) Contratos em curso
- b) Indenização por dano extrapatrimonial (arts. 223-A a 223-G da CLT)
- c) Ultratividade dos instrumentos normativos (art. 614, § 3º)
- d) Reversão ao cargo anterior e perda de gratificação (art. 468, §§ 1º e 2º)
- e) Horas *in itinere* (art. 58, § 2º)
- f) Natureza salarial ou indenizatória das parcelas remuneratórias (art. 457, §§ 1º, 2º e 4º e art. 458, § 5º)
- g) Equiparação salarial (art. 461, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º, 5º e 6º)
- h) Trabalho da mulher gestante e da lactante (art. 394-A, §§ 2º e 3º; art. 396, § 2º)
- i) Tempo à disposição (art. 4º, § 2º) e intervalo para refeição (art. 71, § 4º)
- j) Grupo econômico (art. 2º, §§ 2º e 3º)
- k) Férias e seu parcelamento (art. 134, § 1º)
- l) Empregado em teletrabalho (art. 62, III, arts. 75-A a 75-E)
- m) Trabalho intermitente (art. 443, § 3º, art. 452-A e §§ 1º a 9º)
- n) Rescisão do contrato de trabalho (art. 477 e §§)
- o) Arbitragem prevista em contrato (art. 468, § 2º)
- p) Trabalho terceirizado (art. 4º-A, art. 4º-C, art. 5º-A, art. 5º-C, art. 5º-D, da Lei n. 6.019/74, alterado pelo art. 2º da Lei n. 13.467/17)

17.2. Questões de Direito Processual

- a) Honorários advocatícios (art. 791-A)
- b) Inicial da reclamação antes da lei nova (art. 840, §§ 1º e 3º)
- c) Custas (art. 789) e honorários periciais (art. 790-B)
- d) Revelia por ausência do preposto ou irregularidade na sua nomeação (art. 844, §§ 4º e 5º e art. 843, § 3º)
- e) Sucessão trabalhista (art. 448-A)
- f) Execução de ofício (art. 878)
- g) Prescrição intercorrente (art. 11-A, §§ 1º e 2º)
- h) Inscrição do executado no BNDT (art. 883-A)

18 CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, prevista para entrar em vigor “[...] após decorridos cento e vinte dias de sua publicação oficial” (art. 6º),

esta ocorrida no dia seguinte à promulgação, reformou em extensão e profundidade especialmente a CLT, dispondo inovadoramente sobre diversas regras de direito material e processual que, a prevalecerem em todo o pretendido horizonte normativo, irão certamente desencadear uma série de dúvidas e dificuldades na sua aplicação em face do Direito Intertemporal.

Após uma abordagem sumária do sentido e alcance das normas referentes ao conflito de leis no tempo, ainda concentradas hoje no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro em sintonia com as garantias constitucionais da proteção ao trabalhador, da irredutibilidade salarial, do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, pretendemos, em tema considerado por MERLIN “[...] como o mais complexo da Ciência do Direito”¹, contribuir à reflexão e, finalmente, com base nos critérios apresentados, formular proposição de soluções para ao menos algumas dessas dúvidas e dificuldades aplicativas da nova lei.

2 A LACUNA DE REGRA INTERTEMPORAL NA LEI N. 13.467/2017 E A INSERÇÃO DO ART. 2º NA MEDIDA PROVISÓRIA N. 808/2017

Estranho que, em seu texto original, a nova lei, tão relevante e ambiciosa, tratando de diversas matérias em toda a extensão da CLT, além da legislação ordinária ali indicada, não tenha trazido qualquer norma de Direito Intertemporal em disposições transitórias que, talvez melhor e mais claramente, orientasse ou pacificasse o aplicador na solução dessas inevitáveis dúvidas e dificuldades na adoção ou não do novo regramento aos contratos e processos em curso.

O legislador, ao evitar legislar no ponto, teria devolvido às demais fontes jurídicas - jurisprudenciais e doutrinárias - a necessária tarefa de completar-lhe a obra.

Esse inquietante vazio poderia ter sido preenchido por disposições específicas da anunciada e esperada Medida Provisória que, além de editada em 14 de novembro de 2017, ou seja, alguns dias seguintes ao término da *vacatio legis* da Lei n. 13.467, não resolveu a questão.

Do corpo da Medida Provisória n. 808, o Executivo fez constar apenas um breve e inócuo artigo assim redigido:

Art. 2º O disposto na Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes.

É inócua tal disposição.

¹ *Apud* NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 148.

Isso porque a aplicação integral da Lei n. 13.467 não pode ter outro sentido lógico senão de que todas as normas nela contidas devem ser aplicadas. Ou seja, todas elas se aplicam inteiramente, por completo, e não apenas algumas delas ou partes delas.

Ora, não havia no texto original da Lei n. 13.467 norma alguma prescrevendo a sua aplicação apenas parcial aos contratos de trabalho vigentes. Não havendo, lógico que deveria ser aplicada por inteiro a esses contratos, sem necessidade de essa aplicação integral ser explicitada na Medida Provisória n. 808.

Insta lembrar, ainda, que essa aplicação imediata e na integralidade aos contratos de trabalho em curso é perfeitamente possível, dado o “efeito imediato” previsto no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas há de ser feita obviamente com observância dos limites constitucionais dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada.

3 A FUNÇÃO INTEGRADORA DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Segundo DINIZ, quando ausente norma transitória, empregam-se, para solucionar tais questões, “[...] os princípios da retroatividade e da irretroatividade das normas, construções doutrinárias para solucionar conflitos entre a norma mais recente e as relações jurídicas definidas sob a égide da norma anterior.”²

Observa tal autora que, sendo a “irretroatividade das leis um preceito de política jurídica” ou somente um princípio de utilidade social, como lembra KOHLER, as contribuições da jurisprudência na matéria são irrelevantes mesmo, “[...] porque o Judiciário resolve as questões de direito intertemporal caso por caso, fundado às vezes sobre o interesse geral, a ordem pública, as exigências fático-axiológicas do sistema jurídico etc.”³

Tal casuísmo é também compartilhado por CARVALHO SANTOS que, ponderando não ser a lei nova, por si mesma, retroativa ou irretroativa, “[...] sendo uma coisa ou outra segundo seja necessário para a cabal realização do seu escopo ou para satisfazer o interesse público [...]”, diz caber ao juiz

[...] apreciar, em cada caso, se a lei tem efeito retroativo e se tal efeito é consequência de mero arbítrio do legislador ou se é antes um meio apto a satisfazer o interesse público, se foi motivado, em suma, ou se justifica para o bem da coletividade, na defesa da ordem pública, da salvação pública ou da

² DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 177.

³ *Idem*, p. 176.

moralidade pública. Não lhe sendo lícito, nunca, se o interesse público reclamar, negar aplicação à lei nova, embora com sacrifício de todo e qualquer direito adquirido.⁴

Nesse ponto, merece certa reserva tal doutrina de DINIZ e CARVALHO SANTOS que, ao defenderem a aplicação casuística do Direito Intertemporal pelo juiz, retiram-lhe a cientificidade necessária bem como, pois, o próprio critério de obrigatoriedade de sua adoção.

Em outros termos, por essa posição, seria possível ao juiz aplicar regras ao seu bel-prazer, caso a caso, sem se preocupar ou se vincular a um critério geral aplicável a todos, como se não lhe interessasse ou pudesse relegar a segundo plano a segurança jurídica dos julgamentos, como se o papel da jurisprudência não fosse exatamente o de estabelecer uma interpretação uniforme e estável, capaz de garantir aos jurisdicionados a solução de seus conflitos, seguindo um critério conhecido *a priori*, de modo a fazer com que a decisão seja o resultado de verificação e adequação do caso à norma e não o contrário.

Certamente à consideração implícita do caráter político do princípio da retroatividade/irretroatividade, outros, como NADER, afirmam que o princípio da irretroatividade não incide no caso de aplicação das leis de ordem pública, segundo mesmo “[...] um entendimento generalizado na doutrina universal.”

Ressalvando no Brasil a proteção constitucional, esclarece esse jurista que as leis de ordem pública têm

- a) a possibilidade de serem aplicadas retroativamente;
- b) o poder de derogar qualquer convenção de particulares, não prevalecendo contra elas o princípio da autonomia da vontade;
- c) são inderrogáveis por leis de outros países.⁵

Não obstante tendências casuísticas e enaltecimentos das leis de ordem pública, derivando para um certo relativismo em relação à possibilidade de correção dogmática na matéria, até compreensível em face da complexidade e sortimento dos casos a resolver, não há como fugir do enfrentamento racional dos problemas, pois tão reais são as dúvidas e dificuldades que se levantam em torno da matéria quanto é necessário encontrar as soluções lógica e eticamente mais acertadas à devida aplicação do direito.

⁴ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 1. p. 49 e 51, respectivamente.

⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 148.

No campo do Direito do Trabalho surgem as dúvidas sobre quais seriam as normas de ordem pública que poderiam autorizar o afastamento aplicativo do princípio da irretroatividade. O estudo avançará, mais adiante, na análise dessa identificação e na possibilidade de adoção de tal critério.

4 O DOMÍNIO DE VALIDADE TEMPORAL DAS NORMAS JURÍDICAS

O domínio de validade temporal de uma norma pode compreender indiferentemente, segundo KELSEN, tanto o tempo anterior ao seu estabelecimento quanto o tempo posterior, embora, em geral, refiram-se as normas “apenas a condutas futuras”.⁶

É que as normas, mesmo não tendo, como é óbvio, o condão de transformar os fenômenos da natureza, *in casu* o fenômeno natural acontecido em não acontecido e vice-versa, têm, entretanto, como criações éticas da ordem lógica do dever-ser, e não do ser, o poder inegável de atribuir um significado normativo novo ou diverso a acontecimentos pretéritos.

Assim sendo, é ilimitado, em tese, o poder das fontes jurídicas de determinar livremente o âmbito de validade ou vigência temporal das normas que elaboram, à consideração de que não cabe falar em presente, passado ou futuro no mundo do dever-ser ou para as criações éticas da ordem lógica do dever-ser.

Em outros termos, podemos concluir que a norma, em si mesma e por sua natureza, não possui uma limitação temporal *a priori*, de modo a poder ou não ser estabelecida sua aplicação antes ou depois de ser criada e assim passar a existir no mundo do direito.

5 A EQUIVOCIDADE SOBRE O DOMÍNIO DE VALIDADE TEMPORAL NO PLANO DO SER

Porque não chegou a distinguir essas ordens lógicas diferentes é que RÁO, doutrinando sobre a matéria, chegou a afirmar que

[...] a nova norma jurídica jamais poderia alcançar, para alterá-los ou destruí-los, os fatos, os atos, os direitos deles resultantes e seus efeitos praticados e esgotados, sob o império da norma antiga [...] porque o que foi feito, feito está para sempre e por não ter feito não pode ser havido, (sendo a) inviolabilidade do passado [...] princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano.⁷

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. de João Baptista Machado, Coimbra: Armênio Amado, 1984. v. 1. p. 31.

⁷ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 363.

Colocou, assim, a norma jurídica em plano equivocado, da ordem do ser, e não na ordem do dever-ser, para a qual as apontadas limitações não têm pertinência.

É verdade que, mais adiante do texto transcrito, o jurista parece centrar-se, melhor dizendo, sobre o Direito Constitucional e o efeito das leis no tempo, ao afirmar que “[...] sem dúvida, uma Constituição nova pode criar uma ordem jurídica, política e social, diversa da até então existente e, lei fundamental, suprema e estatutária que é, pode alcançar e ferir o passado.”⁸

Ou seja, RÁO, ao que parece, acabou por curvar-se à inegável possibilidade de a norma jurídica vir a alcançar situações pretéritas, em face de sua categorização na ordem lógica do dever-ser e não na ordem normativa do ser, da natureza, esta sim impossível de alterar o passado ocorrido.

6 AS LIMITAÇÕES DE DIREITO POSITIVO À REGULAÇÃO EM DIREITO INTERTEMPORAL

Para restringir ou direcionar o exercício desse poder ilimitado do criador do direito novo à realização de valores maiores, como pode ser circunstancialmente maior o da segurança jurídica em relação ao valor da inovação progressiva do ordenamento jurídico, superpõem-se normas jurídicas positivas, até mesmo no bojo do mais alto escalão normativo, como são as normas da ordem jurídica constitucional.

Passaremos a examinar como as Constituições brasileiras e a legislação ordinária evoluíram historicamente sobre o assunto até alcançar o estágio atual de regulação do Direito Intertemporal.

6.1. As limitações constitucionais do Direito Brasileiro

A primeira das Constituições brasileiras, “Constituição Política do Império do Brasil”, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25/3/1824”, não contém qualquer menção proibitiva ou restritiva ao poder de criação de efeitos retroativos à legislação.

A segunda Constituição brasileira, “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, de 24 de fevereiro de 1891, seguida à proclamação da República, vedou a edição de leis retroativas, em seu art. 11, § 3º.

A terceira Constituição brasileira, “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, de 16 de julho de 1934, inaugurou a fórmula adotada na vigente Constituição, da garantia individual dos limites dos direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e coisa julgada (art. 113, III), além de

⁸ *Idem*, p. 382.

prever, no que tange à legislação tributária especificamente, a proibição de novas leis sobre efeitos já produzidos por atos jurídicos perfeitos (art. 17, VII).

A quarta Constituição brasileira, “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, de 10 de novembro de 1937, foi completamente silente no que concerne aos direitos adquiridos, aos atos jurídicos perfeitos e à coisa julgada, exceto tão somente em relação à vedação da retroatividade do estabelecimento ou agravamento de penas criminais (art. 122, item 13).

A quinta Constituição brasileira, “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, de 18 de setembro de 1946, firmou, no que concerne ao Direito Intertemporal, que a lei não prejudicaria o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 114, § 3º).

A sexta Constituição brasileira, “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, de 24 de janeiro de 1967, no que concerne ao Direito Intertemporal, repetiu a fórmula da Constituição de 1946 (art. 150, § 3º).

Finalmente, a sétima Constituição brasileira, “Constituição da República Federativa do Brasil”, de 5 de outubro de 1988, já com dezenas de emendas, concluiu o processo de redemocratização do País após o término do regime militar. Dentre numerosas e profundas inovações, estendeu o rol dos direitos públicos subjetivos e os direitos fundamentais na área social, tendo sido restituído, como era esperado e com todo o seu vigor, os princípios limitadores da ação legislativa em relação aos efeitos da lei no tempo, mediante a disposição do art. 5º, XXXVI, *verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

6.2. As limitações legais do Direito Brasileiro

No plano da legislação ordinária, sobrevivem ainda as disposições do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, instituída pelo Decreto-Lei n. 4.657, de 4/9/1942, com a redação desse dispositivo dada pela Lei n. 3.238, de 1957, em texto coerente com a Constituição de 1946 então em vigor:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Apelando à dupla solução, o legislador brasileiro “[...] recorreu à teoria dos direitos adquiridos, de Gabba, e à do efeito imediato, de Paul Roubier.”⁹

Ou seja, sob a influência de ROUBIER ou da Escola objetiva, afirma nosso legislador a regra da retroatividade possível, ao dizer do efeito imediato da lei implicando, senão a extensão de seus efeitos aos atos pretéritos, ao menos sobre os efeitos desses atos, depois, demarcando os limites da retroatividade.

Sob a influência de GABBA ou da Escola subjetiva, o art. 6º reitera os marcos constitucionais da irretroatividade da lei, traçados pelo respeito aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

7 A INCOMPREENSÃO DO EFEITO “IMEDIATO” DA LEI

Certamente referindo-se comparativamente à Constituição de 1891, RODRIGUES considera um “progresso técnico” a supressão do “[...] preceito constitucional que, de maneira ampla, proibia leis retroativas.”

Mas não parece consequente dizer por isto e com equivalente simplismo que “a lei é retroativa”, como afirma o autor, talvez excessivamente motivado pelo assumido efeito imediato da lei,

[...] a lei é retroativa, e a supressão do preceito constitucional que, de maneira ampla, proibia leis retroativas constituiu um progresso técnico. A lei retroage, apenas não se permite que ela recaia sobre o ato jurídico perfeito, sobre o direito adquirido e sobre a coisa julgada.¹⁰

Efeito imediato não significa efeito retroativo. Apenas implica a possibilidade de ser a lei retroativa, ou seja, a possibilidade de, conforme lição de KELSEN, dar um sentido normativo diverso ou mesmo contrário a fatos ou consequências de fatos pretéritos, possibilidade menos previsível, não obstante, no sentido da ultratividade, reger fatos futuros ou consequências de fatos futuros.

⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1, p. 160.

¹⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Parte geral. 32. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p. 29.

8 A RETROATIVIDADE E A IRRETROATIVIDADE DA LEI

Assim, a se colocar a questão em termos de retroatividade ou irretroatividade, tão lógico é dizer que a lei pode retroagir, como dizer que a lei pode não retroagir. Não que seja retroativa por ter efeitos imediatos, nem que não seja retroativa por ter de respeitar direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada.

Se e quando a lei pretende incidir efetivamente sobre fatos ou consequências de fatos pretéritos, atualizando então o seu poder de retroagir, será ela retroativa, embora em âmbito de validade material mais reduzido, pois terá à sua frente os limites intransponíveis do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Se e quando não pretender incidir efetivamente sobre fatos ou consequências de fatos pretéritos, não será retroativa.

Ou seja, a retroatividade ou a irretroatividade são possibilidades de que a lei nova dispõe, embora a retroatividade encontre limites no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada.

9 A OPÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO PELA PROTEÇÃO DOS DIREITOS ADQUIRIDOS

Costuma-se dizer que o princípio adotado pela lei brasileira é o da irretroatividade, talvez assumindo em direito o que é propriamente da política, como entende COELHO, ao dizer que a lei pátria firmou o

[...] princípio geral da irretroatividade ao mencionar que os efeitos da lei serão imediatos. Dessa forma, para que uma lei retroaja no direito brasileiro, ela precisa conter um exposto dispositivo nesse sentido (cf. Cardozo, 1995:320:323). Sendo a lei omissa quanto à sua retroatividade, será irretroativa, por força do art. 6º, *caput*, da LICC.¹¹

O legislador não é tão claro e preclaro assim, sendo raríssimo encontrarem-se dispositivos expressos para permitir a retroatividade.

E os tribunais não têm como esperar por tais dispositivos expressos para dar às novas leis efeitos retroativos se e quando entendem de justiça imprimi-los. Aplicam-nos, se assim bem entenderem, independentemente de não fundarem seus julgados em tais “dispositivos expressos”.

O que parece ter importado superlativamente ao direito brasileiro na solução do problema do conflito de leis no tempo foi o respeito ao direito adquirido.

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 116-117.

Pesou sobremodo a tradição apoiada em escritos de LASSALE, GABBA e da maior parte dos escritores dos séculos XIX e XX que sustentaram, “[...] como princípio fundamental, em matéria de conflito de leis no tempo, o respeito dos direitos adquiridos.”¹²

Tanto os que pregaram que a regra, em direito privado, é a da irretroatividade das leis como aqueles outros, entre os quais se destaca GABBA, o mais conceituado tratadista italiano do Direito Intertemporal, que a retroatividade “[...] encontra o verdadeiro limite no respeito dos direitos adquiridos.”¹³, são ainda hoje tomados como paradigmas, e esses dois parâmetros - o da irretroatividade e o da retroatividade com limite nos direitos adquiridos - ainda perduram nas discussões a cada vez que uma nova lei é editada.

A essas duas grandes posições, somam-se outras, como a do ato jurídico perfeito e a da coisa julgada a também buscar limitações à retroatividade.

10 O CONTRAPESO DA ESCOLA OBJETIVA NO DIREITO BRASILEIRO: O ATO JURÍDICO PERFEITO E A COISA JULGADA

Tantas dificuldades se opuseram à teoria subjetivista dos direitos adquiridos, entretanto, que irromperam na França outras concepções, no empenho de procurar “[...] base mais sólida e precisa para o princípio da irretroatividade e as suas aplicações.”¹⁴

Construiu-se então a teoria das situações jurídicas, destacando-se entre seus defensores ROUBIER, que deu “[...] como base fundamental da ciência dos conflitos de leis no tempo, a distinção do efeito retroativo e do efeito imediato da lei.”¹⁵

Diferencia tal célebre jurista o efeito imediato do efeito retroativo, pois retroativo o efeito imediato não é, “[...] constituindo, ao contrário, o direito comum, porque, em princípio, uma lei nova deve receber logo aplicação, ainda quanto às situações em curso.”¹⁶

O Brasil, tal como expresso na redação do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incorporou a tradição normativa do respeito aos direitos adquiridos, mesclada com o contrapeso dos efeitos imediatos da lei nova apregoada por ROUBIER.

¹² *Apud* ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro*: decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com alterações da lei n. 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores. 3. ed. atual. por Silva Pacheco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. p. 240.

¹³ *Idem, ibidem.*

¹⁴ *Idem*, p. 242.

¹⁵ *Idem, ibidem.*

¹⁶ *Idem*, p. 247.

O art. 6º se refere também ao “ato jurídico perfeito” e à “coisa julgada”. Entretanto, podemos dizer que ambos esses limites deságuam na intenção final de preservar os direitos adquiridos que decorrem dos atos jurídicos lícitos e consumados em sua constituição, e das decisões judiciais irrecorríveis, declarando-os ou constituindo-os em definitivo.

Como escreve BEVILAQUA,

[...] o direito quer que o ato jurídico perfeito seja respeitado pelo legislador e pelo intérprete na aplicação da lei, precisamente porque o ato jurídico é gerador, modificador ou extintivo de direitos. Se a lei pudesse dar como inexistente ou inadequado o ato jurídico já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, o direito adquirido dele oriundo desapareceria por falta de título ou fundamento.¹⁷

Enfim, os conceitos de ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido acabam, de alguma forma e sob muitos aspectos, por se identificarem e se imbricarem, prestando-se como limites à irretroatividade ampla.

11 CONCEITO E CLASSES DOS DIREITOS ADQUIRIDOS

Direitos adquiridos, segundo ESPÍNOLA, são os direitos da classe dos atuais, os da classe dos direitos a termo e da classe dos direitos condicionais.

Direitos atuais, que se podem atualmente exercer, são aqueles decorrentes de um fato simples ou complexo, mas em todos os seus elementos fáticos já consumado, ao qual a lei do tempo em que ocorreu atribui esse efeito.

De modo geral, “[...] a aquisição do direito só se operará quando hajam concorrido todos os elementos que constituem o estado de fato requerido pela lei [...]”, de sorte que se excluem dessa primeira classe os “[...] subordinados a termo ou condição e os de eficácia circunscrita a um termo final.”¹⁸

Direitos adquiridos são também os direitos a termo e os condicionais, observando o nobel jurista, quanto aos primeiros, subordinados a termo

¹⁷ *Apud* DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 183.

¹⁸ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro: decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com alterações da lei n. 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores*. 3. ed. atual. por Silva Pacheco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. p. 271.

inicial, que “não resta a menor dúvida” de que são direitos adquiridos, reportando que a doutrina assim os reconhece “em manifestação quase uniforme”.¹⁹

Ainda que assim não fosse, pelas fontes doutrinárias ou jurisprudenciais, o legislador se encarregou de espancar divergências, incluindo-os expressamente na definição contida no § 2º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

12 PARTICULARIDADE DA CLASSE DOS DIREITOS CONDICIONAIS

Quanto aos direitos condicionais, teria a excluí-los da categoria dos direitos adquiridos a disposição claríssima e taxativa do art. 125 do Código Civil, segundo a qual, “Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.” Direitos sob condição suspensiva são, pois, por definição e lógica, direitos ainda não adquiridos.

Entretanto, e é ainda ESPÍNOLA que argutamente o diz, como se lê no § 2º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,

[...] o legislador, simplesmente para os efeitos do princípio da irretroatividade das leis, equiparou a condição suspensiva ao termo inicial; considerando, tão somente para esses efeitos, como adquirido, o direito dependente de uma condição suspensiva insuscetível de alteração a arbítrio de outrem.²⁰

Os direitos condicionais passaram então, por efeito de uma ficção lógica, a constituírem também um limite ao poder do legislador de fazer retroagir suas leis.²¹

13 DIREITOS ADQUIRIDOS, FACULDADES LEGAIS E EXPECTATIVAS DE DIREITO

Não se confundem direitos adquiridos com faculdades jurídicas.

Nem se compreendem entre as classes de direitos adquiridos as expectativas de direito e os direitos eventuais.

¹⁹ *Idem*, p. 273.

²⁰ *Idem*, p. 274.

²¹ De reparar que essa contradição foi divisada também por CARVALHO SANTOS, FILADELFO DE AZEVEDO e CLÓVIS BEVILAQUA. Cf. CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 1. p. 44-45.

Faculdades legais, ensina GOMES, não se confundem, embora na “[...] linguagem corrente, as faculdades designam-se como direitos.”²²

Faculdades jurídicas, diz ainda, consistem “no poder de agir compreendido no direito”; são partes componentes dos direitos que, em regra, compreendem diversas faculdades. Exemplifica com o direito de propriedade, que compreende as faculdades de usar, fruir e dispor da coisa. Assim sendo, conclui:

- a) a faculdade não tem vida própria;
- b) a faculdade sucede logicamente ao direito;
- c) a faculdade pode deixar de ser exercida sem afetar a existência do direito.²³

Para PEREIRA, as faculdades legais traduzem “[...] um poder concedido ao indivíduo pela lei, do qual ele não fez ainda nenhum uso [...]”, passando, com o advento da lei nova, a se reger pelos seus dispositivos.²⁴

Entende-se que a última parte dessa definição deve ser entendida em relação ao direito que contém apenas uma faculdade; se não foi exercida, cai sob o império da lei nova.

Entretanto, se o caso é de direito composto de diversas faculdades, o uso de apenas uma ou algumas delas não obsta a incidência da lei nova.

14 DIREITOS ADQUIRIDOS, EXPECTATIVAS DE DIREITO E DIREITOS EVENTUAIS

Expectativas de direito e direitos eventuais expressam, por igual, interesses dependentes de todos ou de alguns eventos futuros para serem, conclusivamente, incorporados no patrimônio jurídico da pessoa.

Pela simples lógica se vê que não tem sequer direito quem não tem senão uma expectativa de tê-lo. Se não tem direito, claro que direito adquirido não tem. A mera expectativa de direito vem da circunstância de não se ter completado o fato normativo do qual decorreria o direito subjetivo.

Como leciona GOMES, há “[...] expectativa de direito quando ainda não se perfizeram os requisitos necessários ao seu advento.”²⁵

²² GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 121.

²³ *Idem*, p. 120.

²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil. 20. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 149.

²⁵ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 125.

15 DIREITOS ADQUIRIDOS E NORMAS DE ORDEM PÚBLICA

Sobre o princípio da retroatividade das normas de ordem pública, caráter que livraria o legislador e o aplicador dos limites constitucionais e legais dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, afirma DINIZ, talvez concordando, que

[...] nossos juízes e tribunais têm admitido que se deve aplicar a lei nova se esta for de ordem pública, como, p. ex., a lei sobre reajustamento do valor locativo ou sobre a atualização de contribuições e dos benefícios da previdência privada etc. [...] já se decidiu que as leis tidas como de ordem pública são aplicáveis aos atos e fatos que encontram, sem ofensa ao ato jurídico perfeito. (RSTJ, v. 17, 1991).²⁶

Discordando da aplicação geral dessa teoria, PEREIRA observa que seria sustentável apenas nos Estados em que o legislador não encontra limites ultralegais à sua criação,

[...] estando livre para estatuir o efeito retro-operante para a norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual [...]; quando o princípio da irretroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da Constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública.²⁷

Parece-nos que em PEREIRA se situa o melhor fundamento, pois não há exceção às normas de ordem pública para fins de retroatividade nem na Constituição Federal, nem na Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro, descabendo, assim, ao intérprete estender onde a lei não o fez, nem afastar as restrições que foram, antes de tudo, dirigidas à atividade legiferante.

16 IMPACTOS DO DIREITO INTERTEMPORAL NO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES E DIREITO PROCESSUAL

Relembradas essas noções gerais e básicas de Direito Intertemporal, importa considerar os impactos da nova legislação do trabalho sobre as

²⁶ DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 184.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil. 20. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 162.

relações derivadas dos contratos de trabalho, convenções e acordos coletivos, assim como sobre o desenvolvimento das reclamações trabalhistas em curso.

Num primeiro passo, continuando a tratar de conceitos gerais no âmbito do direito das obrigações e do direito processual e, num segundo passo, ingressando no campo específico da casuística de eventuais dificuldades que certamente surgirão nesses mesmos âmbitos.

16.1. Impactos do Direito Intertemporal no Direito das Obrigações

No Direito do Trabalho predomina a convergência entre as escolas subjetiva e objetiva no sentido de que as “[...] obrigações são governadas, no seu nascimento, efeitos e extinção, pela lei sob cujo império foram constituídas. Assim, a eficácia dos contratos é regulada pelo direito vigente ao tempo da sua conclusão [...]”, como ensina ESPÍNOLA.²⁸

Em outra passagem, esse mesmo jurista remete à jurisprudência e à doutrina contemporâneas pelas quais “[...] as leis novas não têm efeito sobre os contratos em curso.” Assim o é tanto para a escola subjetiva quanto para a objetiva. Tudo se resolve, diz ele, para a primeira escola, “[...] com a afirmação de haver um direito adquirido que a nova lei em caso nenhum poderá prejudicar [...]” e, para a segunda, que a lei “[...] não estatui *ex post facto*, isto é, não exerce a sua influência sobre um fato realizado.”²⁹

Por sua vez, no mesmo sentido, ensina PEREIRA que “[...] os direitos de obrigação regem-se pela lei no tempo em que se constituíram, no que diz respeito à formação do vínculo, seja contratual seja extracontratual [...]”, (assim como) “[...] os efeitos jurídicos dos contratos [...] pela lei do tempo em que se celebraram.”³⁰

Ou seja, ambos os juristas citados afirmam que os contratos e seus efeitos jurídicos são disciplinados pela lei do tempo em que se celebraram e, nesse sentido, afirmam haver um direito adquirido sobre o qual a lei nova não pode agir.

Exemplo desse posicionamento no âmbito da aplicação de regra de direito material se colhe na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, quando da apreciação da adoção ou não da unificação dos prazos prescricionais, para trabalhadores urbanos e rurais, por ocasião do advento da Emenda Constitucional n. 28, de 26/5/2000:

²⁸ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro: decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com alterações da lei n. 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores*. 3. ed. atual. por Silva Pacheco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. p. 335.

²⁹ *Idem*, p. 338.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil. 20. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 161.

Ementa: [...] PRESCRIÇÃO - EMENDA CONSTITUCIONAL n. 28/2000 - CONTRATO DE TRABALHO EXTINTO ANTERIORMENTE - NORMA SUPERVENIENTE - INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO - ARACRUZ CELULOSE - EMPREGADO DE EMPRESA DE REFLORESTAMENTO - ENQUADRAMENTO - RURÍCOLA. Com o advento da Emenda Constitucional n. 28, de 26/5/2000, foram unificados os prazos prescricionais, ficando, por via de consequência, revogadas as alíneas “a” e “b” do artigo 7º, XXIX, da CF, que passou a ter a seguinte redação: “XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”. Conquanto superveniente ao julgamento do recurso ordinário, efetivamente, a questão relativa à alteração do prazo prescricional, unificado pela Emenda Constitucional n. 28/2000 e que passou a disciplinar o exercício do direito de ação, tanto do empregado urbano quanto do rurícola, não poderia repercutir no caso em exame. Com efeito, não se confunde aplicação imediata com a retroatividade da norma, de forma que, não prevendo expressamente a Emenda Constitucional n. 28/2000 sua aplicação retroativa, há de prevalecer o princípio segundo o qual a prescrição aplicável é aquela conforme a normatização vigente no tempo da propositura da ação, cujo pedido assenta-se em contrato de trabalho extinto anteriormente à nova regulamentação do prazo prescricional. O empregado rural que teve seu contrato extinto antes da Emenda Constitucional n. 28/2000 adquiriu o direito de ver sua pretensão, deduzida em Juízo, examinada à luz da Lei n. 5.889/73 e, conseqüentemente, da prescrição em vigor na época da extinção do contrato de trabalho, sob pena de ofensa ao seu direito adquirido, por força de ato jurídico perfeito e acabado, sob o império da legislação até então vigente. A questão, portanto, tal como se apresenta, é de direito intertemporal, de forma que sua aplicabilidade deve se restringir aos contratos em curso e prazos futuros. O Regional é expresso ao consignar que o reclamante foi dispensado em 1º/8/94 e ajuizou a presente reclamação em 31/7/96. Recuso de revista não conhecido. (Processo: RR-71800-62.1996.5.17.0121 Data de Julgamento: 30/3/2005, Relator Juiz Convocado: José Antônio Pancotti, 4ª Turma, Data de Publicação: DJ 15/4/2005.)

No mesmo sentido, posicionou-se o TRT da Terceira Região sobre semelhante questão:

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA - PRESCRIÇÃO DO TRABALHADOR RURAL - ART. 7º INCISO XXIX DA CF COM A NOVA REDAÇÃO DA EC 28/00 - VIOLAÇÃO A NORMA CONSTITUCIONAL - NÃO CONFIGURAÇÃO. O artigo 7º, inciso XXIX, da CF, com a redação da EC n. 28/2000, estabelece o direito de “ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo

prescricional de 5 (cinco) anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de 2 (dois) anos após a extinção do contrato de trabalho”, nada dispondo sobre a sua aplicação no tempo. Nessa esteira, não viola a literalidade da norma constitucional em referência a decisão que entendeu inaplicável a prescrição quinquenal aos direitos do obreiro, trabalhador rurícola admitido antes dessa alteração, externando o seu entendimento quanto aos efeitos da novel norma constitucional no tempo. Trata-se de discussão inserida no âmbito do direito intertemporal, regida por norma infraconstitucional, ou seja, a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 6º). Desta forma, improcede o corte rescisório almejado. (TRT da 3ª Região; Processo: 00432-2008-000-03-00-0 AR; Data de Publicação: 19/12/2008, DJMG, Página 20; Órgão Julgador: 2ª Seção de Dissídios Individuais; Relator: Paulo Maurício R. Pires; Revisor: Luiz Ronan Neves Koury.)

a) O Direito das Obrigações do empregado, enquanto tal e enquanto contratante

Versando sobre as leis de proteção ao trabalho e o conflito intertemporal, ESPÍNOLA remete a uma distinção feita por ROUBIER, entre leis novas que cogitam do contrato de trabalho e leis novas que cogitam dos empregados.

As primeiras cogitam dos empregados enquanto contratantes; as segundas, enquanto tais e não enquanto contratantes. As primeiras seguem as regras gerais do Direito das Obrigações e, pois, do respeito aos contratos firmados e, as segundas, incidindo imediatamente já que têm a ver antes com o estatuto da profissão e não propriamente com o contrato de trabalho.

Acolhendo a distinção, ESPÍNOLA justifica-a dizendo que traduz

[...] uma compreensão verdadeira das relações contratuais relativas ao assunto, no campo em que a autonomia da vontade deve prevalecer, e afastar dessa esfera as leis que se destinam a proteger o operário, na sua situação de operário, leis estas que não obedecem, no direito intertemporal, ao mesmo princípio que é reconhecido quanto aos efeitos dos contratos.³¹

b) O Direito das Obrigações e a proteção do trabalhador

Especificamente sobre a aplicação das leis de proteção ao trabalho,

³¹ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro: decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com alterações da lei n. 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores*. 3. ed. atual. por Silva Pacheco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1. p. 345.

MARANHÃO afirma que “[...] são de aplicação imediata e atingem os contratos em curso.”³²

O ponto de partida da argumentação desse juslaborista, sempre se apoiando em ROUBIER, é a distinção que faz entre contrato de trabalho e estatuto legal do trabalho.

Uma lei “é contratual” ou versa sobre o contrato de trabalho, diz, “[...] quando visa a um conjunto de direitos e obrigações entre as partes do contrato, que elas são livres, em princípio, de determinar por si mesmas, e que, em muitos casos, somente a elas interessarão.”³³

Já a lei relativa a um instituto jurídico “[...] visa a situações jurídicas que encontram sua base material e concreta nas pessoas ou coisas, que nos cercam, criando, diretamente, sobre esta base, uma rede de poderes e de deveres susceptíveis de interessar à coletividade.”³⁴

O instituto jurídico ou, segundo ROUBIER, citado por MARANHÃO, o estatuto legal

[...] constitui a situação jurídica primária, enquanto que o contrato é a situação jurídica secundária [...] assim, quando a lei modifica os institutos jurídicos, quando estabelece um novo estatuto legal, os contratos, que estavam apoiados sobre um estatuto diferente, perdem sua base; terão, fatalmente, de ser modificados.³⁵

Ora, diz MARANHÃO,

[...] as leis do trabalho dizem respeito a um estatuto legal, a estatuto da profissão [...] visam aos trabalhadores como tais e não como contratantes [...]. Não é o contrato (ato jurídico individual), que é atingido, mas o estatuto legal, que se prende a um interesse coletivo, e sobre o qual o contrato se apoiava.³⁶

RÁO introduz igualmente uma distinção merecedora de destaque.

Segundo ele, aplica-se a lei sob cuja vigência se perfizerem as obrigações, seja quanto à idoneidade da causa, à validade delas, sua resolução, sua extinção, sua anulação em relação a terceiros, enfim, genericamente, quanto a todos os efeitos mesmo futuros, que das obrigações

³² MARANHÃO, Délio. In SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*, capítulos elaborados por Délio Maranhão atual. por João de Lima Teixeira Filho. 11. ed. São Paulo: LTr, 1991. v. 1. p. 171.

³³ *Idem, ibidem.*

³⁴ *Idem, ibidem.*

³⁵ *Idem, ibidem.*

³⁶ *Idem, ibidem.*

resultam. Esse é o princípio que vigora para as relações ou direitos obrigacionais nos quais, esclarece, predomina o interesse individual, deixado pela lei à livre determinação das partes.

Mas,

[...] se uma lei posterior passa a atribuir a uma obrigação o caráter, que dantes não possuía, de matéria de interesse social predominante, como, por exemplo, sucedeu com os contratos de trabalho na generalidade das legislações, a nova norma jurídica passa a disciplinar os efeitos mesmos dos contratos anteriormente constituídos, sem atingir, entretanto, nem a existência dos direitos, nem a sua extinção, nem os efeitos já praticados sob o império da lei antiga.³⁷

16.2. Crítica à regra absoluta de aplicação imediata de uma nova lei

A aplicação imediata de uma nova lei do trabalho por parte dos juristas citados parece resultar do propósito de justificar logicamente o princípio básico do Direito do Trabalho que é a proteção do trabalhador.

É percebido que ao tempo em que escreveram ROUBIER, MARANHÃO e RÁO, defendendo a incidência imediata das leis novas sobre as relações de trabalho, o que previam essas leis emergentes, impulsionadas pelas exigências sociais da valorização do trabalho, era uma maior proteção dos trabalhadores em relação às leis revogadas.

Com efeito, a sucessão das leis internacionais e, ao menos, das nacionais, até hoje, têm vindo no sentido de valorizar cada vez mais o trabalho e a proteção do trabalhador.

Sensíveis à relevância dessa valorização, tanto do interesse individual dos trabalhadores quanto do interesse social em geral, esses juristas contorcem-se para afirmar a aplicação imediata dessas novas leis, sem esbarrar no limite constitucional e legal do ato jurídico perfeito que é o contrato de trabalho.

Mas não parecem tão sólidas as razões em que se baseiam, pelo menos se referenciados no direito brasileiro.

Óbvio que são diferentes formalmente o contrato de trabalho e o estatuto do trabalho.

Entretanto, tal diferença não é peculiar ao Direito do Trabalho, mas geral de todos os negócios jurídicos contratuais que, cada um a seu modo, escalonam-se em nível inferior ao nível das leis que dispõem sobre os seus requisitos formais e materiais de validade.

³⁷ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 392-393.

Assim sendo, a valer esse argumento, os contratos ou quaisquer contratos jamais poderiam ser invocados como atos jurídicos perfeitos para se oporem a eventuais leis que viessem alterar as normas hierarquicamente superiores em que se esteiam, o que não parece de modo algum conforme a vida do direito, em que os contratos sempre aparecem no primeiro plano dos atos jurídicos perfeitos, resistentes às investidas modificativas da legislação nova.

Não parece igualmente consistente a afirmação de que a alteração do estatuto legal dos contratos ou dos institutos jurídicos contratuais importaria “fatalmente” na modificação dos contratos individuais que, então, teriam perdido a sua “base”.

Essa “fatalidade” parece consistir numa falsa impressão, pois é justamente em razão de os contratos - e os contratos de trabalho não são exceção - constituírem atos jurídicos perfeitos que não terão que sofrer os impactos imediatos da nova lei que lhes vier alterar o respectivo estatuto legal. Essa “fatalidade” de caráter lógico, aceita-se, não corresponde à “fatalidade” de caráter jurídico, justamente porque a garantia do ato jurídico perfeito simplesmente a desfaz.

A diferenciação entre o direito contratual do trabalho e o direito legal do trabalho, traduzida por MARANHÃO e ROUBIER como contrato de trabalho e estatuto ou instituto do trabalho, pois, não se mostra assimilável para o direito brasileiro.

Repetindo, formalmente dizendo, contrato e lei são instituições jurídicas diferentes.

No Brasil, diversamente, em razão do caráter cogente ou de ordem pública do estatuto legal do trabalho, assim como da extensão e detalhamento dessa legislação, o campo real das normas verdadeiramente criadas pelo negócio jurídico do contrato de trabalho é praticamente nenhum.

Tão frágil distinção não poderia servir de sustentação da tese radical de que, no nosso País, as novas leis do trabalho são de aplicação imediata.

Portanto, as normas de ordem pública ou cogentes, no Brasil, não podem ser afastadas pelos celebrantes do contrato de trabalho; nele se integram *ex vi legis*.

São cláusulas legais e contratuais ao mesmo tempo, podendo ser invocadas para a sua incolumidade tanto razões de ordem legal quanto razões de ordem contratual, como podem infirmá-las tanto as razões de ordem legal quanto as razões de ordem contratual.

In casu, é a própria Constituição que, incorporadas as leis do trabalho nas estipulações contratuais trabalhistas, protege-as da ação inovadora de leis supervenientes.

Estivessem esses juristas entre os vivos a examinar o tema da aplicação imediata da Lei n. 13.467/17, com certeza iriam repensar suas teses. Não

se está, por essa nova lei, modificando para melhor o estatuto legal do trabalho; não para o empregado.

Ao contrário.

O percurso de suas arrojadas e substanciais inovações, algumas de duvidosíssima constitucionalidade até, leva à convicção de que a proteção do trabalhador, princípio básico do Direito do Trabalho que, afinal, constitui a sua própria razão de ser, passa por uma circunstância histórica de acentuado abalo, senão despuadorado retrocesso histórico, já que abandonado e devolvido o empregado - na melhor das hipóteses representado por seu sindicato - à luta pela sobrevivência em condições apenas formais, mas não materiais, com os donos do capital, cujo desfecho a história conhece e trava uma batalha na marcha civilizatória de construção da justiça social.

Embora não seja campo das indagações deste estudo, a Lei n. 13.467 apresenta uma série inegável de extinções ou reduções de direitos trabalhistas, como, *ad exempla*, a eliminação das horas *in itinere*, o pagamento apenas do tempo não gozado de intervalo para refeição, a conversão em indenizatória da natureza de várias parcelas antes consideradas salariais, a eliminação do intervalo de 15 minutos antes da jornada extra, a limitação da indenização por dano extrapatrimonial, o maior rigor na configuração do grupo econômico e da responsabilidade do sucedido em casos de sucessão empresarial, pesando em ambos os casos o ônus probatório sobre o empregado, a maior dificuldade na configuração do direito à isonomia salarial, a não concessão integral de férias para menores de 18 anos e maiores de 50 anos, a desconsideração do feriado em regime de escala 12 por 36 horas, a autorização da terceirização ampla, dentre tantas outras.

Seguir o posicionamento tradicional dos juristas nominados de que a lei nova tem efeito imediato sobre os contratos em curso, sem a ela apor a condicionante de avanço protetivo, seria ferir de morte os direitos dos empregados, admitindo que os novos regramentos pudessem, a par do contrato existente entre as partes, retirar direitos que já estão, desde antes da entrada em vigência da lei reformista, a eles garantidos, autorizando retrocesso abominável.

16.3. A regra de Direito Intertemporal à luz do princípio da proteção

Concluindo, podemos entender que o contrato de trabalho é da classe daqueles atos que a lei define como ato jurídico perfeito (§ 2º do art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), devendo, em suas origens e em suas consequências, ser respeitado pelas novas leis, até que se consuma pelo completo cumprimento das obrigações que originou e, correlativamente, pelo completo gozo dos direitos subjetivos que gerou.

Têm razão MARANHÃO, RÁO e ROUBIER no que atine com a razão profunda da adesão que emprestaram ao princípio do efeito imediato da lei nova do trabalho nos contratos de trabalho.

Terá efeito imediato, sim, caso a lei nova venha estabelecer disposições que elevem para melhor as condições de trabalho, atendendo ao princípio constitucional da primazia do trabalho, da dignidade do trabalhador e da proteção de seus direitos constitucionais e aqueles “outros” a que alude o texto final do *caput* do art. 7º da Constituição Federal, impulsionando o legislador a promover legislação compatível com a valorização do trabalho e do homem que o realiza.

Do contrário, a *reformatio in pejus* esbarra na garantia do ato jurídico perfeito, impedindo, assim, a aplicação da nova lei.

Colhe-se da jurisprudência pátria essa barreira aplicativa quanto à adoção da lei nova, ao fundamento da imutabilidade contratual em hipótese de norma menos vantajosa ao empregado:

CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO VIGENTES. INEXISTÊNCIA DE ACORDO ENTRE AS PARTES. INAPLICABILIDADE DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NA LEI N. 13.429/17. APLICAÇÃO DO ART. 19-C DA LEI N. 6.019/74. Por força do art. 19-C da Lei n. 6.019/74, acrescido pela Lei n. 13.429/17, somente mediante acordo entre as partes poderão ser adequados os contratos vigentes às disposições contidas na Lei n. 6.019/74, imprimidas pela Lei n. 13.429/17. Inexistente comprovação nos autos de acordo entre as partes, não se aplicam as alterações da Lei n. 13.429/17 ao contrato de trabalho da Reclamante. (TRT da 3ª Região; PJe: 0010355-43.2017.5.03.0009 (RO); Disponibilização: 31/8/2017, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 668; Órgão Julgador: Oitava Turma; Relator: Sérgio da Silva Peçanha.)

Também identifica-se jurisprudência vedando a retroatividade, em matéria que, embora não tratando de preservação de direito do trabalhador, considera que a aplicação de nova lei seria prejudicial ao titular de direito subjetivo fundado em regra anterior:

Ementa: MULTA ADMINISTRATIVA - MASSA FALIDA - INEXIGIBILIDADE. Considerando-se que a decretação de falência da executada ocorreu ainda na vigência do Decreto-Lei n. 7.661/45, é esse o instrumento legal que deve reger a presente execução, por força da regra de direito intertemporal prevista no artigo 192 da Lei n. 11.101/05. Destarte, prevalece a regra do artigo 23, parágrafo único, inciso III, da antiga Lei de Falências, que prescreve a inexigibilidade da multa administrativa. É esse o entendimento já consolidado na jurisprudência do STF, em suas Súmulas n. 192 e 565. (TRT da 3ª Região; Processo: 00312-2007-152-03-00-9 AP; Data de Publicação: 13/5/2008, DJMG,

Página 16; Órgão Julgador: Sétima Turma; Relator: Paulo Roberto de Castro; Revisor: Mônica Sette Lopes.)

16.4. Direito Intertemporal e Direito Processual: os direitos substantivos originados do processo

Relativamente às questões de Direito Intertemporal no processo, relata ESPÍNOLA que “[...] recebem aplicação imediata as leis cujo objeto é ordenar, modificar, reduzir os órgãos processuais - eis o ponto sobre que reina acordo entre os autores.”³⁸

Aqui também, tanto para a escola subjetiva quanto para a objetiva ou para a universalidade dos autores, tanto pela jurisprudência antiga quanto pela moderna, o princípio fundamental admitido “[...] é que a lei processual se aplica, em regra, imediatamente a todas as controvérsias submetidas aos juízes e tribunais, desde que não tenha sido proferida sentença irrecurável.”³⁹

Assim é para os seguidores da escola subjetiva porque “[...] não reconhecem, em regra, direito adquirido oriundo de leis processuais, pois os atos de processo são extrínsecos aos direitos materiais, que, por meio deles, se procuram afirmar e garantir.”⁴⁰

Já os da escola objetiva, esclarece o mesmo jurista, “[...] não vêem qualquer retroatividade, e sim a aplicação imediata da nova lei, pela sua natureza e alcance social: a respectiva aplicação não se refere a um fato passado, mas a um fato atualmente existente, isto é, a lide.”⁴¹

Lembra ainda que o

[...] direito de ação não resulta das leis processuais, e, sim, de direito objetivo material [...]. É bem de ver, contudo, que não tem o titular do direito patrimonial adquirido, para sua segurança, um direito adquirido a uma determinada forma de processo, mas simples o direito à ação judiciária assegurada ao seu direito.⁴²

Matéria pacífica entre os juristas, diz RÁO, é o princípio fundamental do processo de que as atividades a ele inerentes “[...] só podem ser disciplinadas pela lei do tempo e lugar sob a qual se praticam [...]”,

³⁸ ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro*: decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com alterações da lei n. 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores. 3. ed. atual. por Silva Pacheco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1, p. 368.

³⁹ *Idem*, p. 370.

⁴⁰ *Idem*, *ibidem*.

⁴¹ *Idem*, p. 371.

⁴² *Idem*, *ibidem*.

diferentemente da relativa ao conflito quanto aos processos em curso, em relação aos quais, entretanto, “[...] a doutrina, em sua generalidade, bem assim a jurisprudência afirmam [...] o efeito imediato da nova lei processual sobre todos os efeitos pendentes, com a ressalva, única, do respeito à sentença irrecorrível.”⁴³

“Atividades a ele inerentes”, em outras palavras, são os atos que constituem o procedimento, ou os atos processuais que “[...] se reúnem e se coordenam como relação jurídica complexa [...]”, no dizer de MARQUES, ou ainda a “[...] sucessão coordenada dos atos do processo e à forma de cada um e do respectivo encadeamento com outros atos [...] para que o processo alcance o seu escopo e objetivo.”⁴⁴

O Direito Processual em vigor não se limita a regular os procedimentos postulatórios, instrutórios e decisórios sobre direitos materiais decorrentes de fatos anteriores à instauração da relação jurídica processual.

Há fatos ocorridos na pendência do processo que geram consequências de direito material para as partes ou para terceiros envolvidos nas relações entre as partes e o juiz, como é, *ad exemplum*, o caso dos advogados, peritos e todos aqueles que, pelo fato de suas intervenções, terão direito a ser remunerados.

Caem, portanto, também sob a proteção do direito adquirido, não sendo atingido pela nova lei o direito adquirido por fato processual inteiramente consumado sob a regência da lei anterior. Se tais direitos decorrem de sentença, será preciso determinar a natureza dela para se concluir sobre a inteireza do fato gerador do direito.

A respeito, atentemos para a lição de PONTES DE MIRANDA de que não há nem nunca houve uma sentença pura de condenação, de constituição etc., resultando a qualidade de cada uma “[...] apenas da quantidade ou intensidade de um dos elementos (declaratividade, constitutividade, condenatoriedade, mandamentalidade, execução).”⁴⁵

Lembra CASTRO FILHO que o Direito Intertemporal brasileiro veda “[...] a toda e qualquer lei, seja de que natureza for, substantiva, processual, fiscal etc., prejudicar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada [...]”, e que “em boa ciência processual”, a lei tem aplicação imediata, “[...] embora deva reconhecer os efeitos processuais dos atos já praticados regularmente sob a lei anterior.”

⁴³ RÃO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 386 e p. 387, respectivamente.

⁴⁴ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 9.

⁴⁵ PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. corrig. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 47.

Assim entendendo, aconselha:

[...] encontrando determinada situação processual, que o novo Código veio modificar, a pergunta que a si mesmo terá de fazer o intérprete será, sempre e sempre, a mesma: a nova lei prejudica o ato jurídico perfeito, o direito adquirido ou a coisa julgada? Se não afeta uns ou outra, aplica-se a lei nova [...] se, todavia, a aplicação do Código importar em prejuízo de uns ou de outra, não poderá se aplicar, para obediência ao texto constitucional.⁴⁶

No mesmo sentido, THEODORO JÚNIOR leciona que a lei nova “[...] alcança o processo no estado em que se achava no momento de sua entrada em vigor, mas respeita os efeitos dos atos já praticados, que continuam regulados pela lei do tempo em que foram consumados.”⁴⁷

Igual posicionamento é adotado historicamente pelo Tribunal Superior do Trabalho, adotando a regra de direito intertemporal *tempus regit actum*, como se extrai das seguintes ementas:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PRECEDÊNCIA DAS NORMAS DO CPC DE 1973 FRENTE AO CPC DE 2015. INCIDÊNCIA DA REGRAS DE DIREITO INTERTEMPORAL SEGUNDO A QUAL *TEMPUS REGIT ACTUM*. I - O agravo de instrumento foi interposto em 17/6/2016 contra decisão que denegara seguimento ao recurso de revista manejado em face de acórdão proferido em sessão de julgamento ocorrida em 3/12/2015. II - Não obstante a vigência do novo Código de Processo Civil tenha iniciado no dia 18/3/2016, conforme definido pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça, aplicam-se ao presente feito as disposições contidas no CPC de 1973. III - É que, embora as normas processuais tenham aplicação imediata aos processos pendentes, não têm efeito retroativo, por conta da regra de direito intertemporal que as preside, segundo a qual *tempus regit actum*. IV - Essa, a propósito, é a norma do artigo 14 do CPC de 2015, segundo o qual “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.” V - Deste modo, considerando que a lei nova deve respeitar os atos processuais praticados sob o domínio da lei velha, a norma a ser aplicada em caso de interposição de recurso é aquela em vigor na data da sessão em que proferida a decisão objeto do apelo. Precedentes do STJ. [...] IX - Agravo de instrumento

⁴⁶ CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao código de processo civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. X. p. 329-331.

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 2 v. p. 21.

a que se nega provimento. (Processo: AIRR - 20099-19.2014.5.04.0016 Data de Julgamento: 3/5/2017, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/5/2017.)

Ementa: CONVERSÃO DO RITO ORDINÁRIO EM SUMARÍSSIMO. AÇÃO AJUIZADA ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI n. 9.957/2000. A Lei n. 9.957/2000 não se aplica aos recursos ordinário e de revista que, a despeito de virem interpostos na vigência da referida norma legal, não derivem de decisões nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, como ocorreu na hipótese dos autos, porque a ação trabalhista foi ajuizada em 11/9/1998, anterior à vigência da lei que regula o procedimento sumaríssimo. [...]. (Processo: ED-AIRR-168400-90.1998.5.15.0070 Data de Julgamento: 26/3/2003, Relator Ministro: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, 2ª Turma, Data de Publicação: DJ 2/5/2003.)

Percebemos que, com o advento do novo CPC de 2015, o tema do direito intertemporal em matéria de direito processual passou a ter maior tranquilidade aplicativa, em face da redação expressa do seu art. 14.

No mesmo sentido, é a jurisprudência colhida do TRT da Terceira Região:

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA CAPITULADA NO INCISO VIII DO ARTIGO 485 DO ANTIGO CPC - DIREITO INTERTEMPORAL - MODIFICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL. A modificação das regras procedimentais embora atinja os processos em curso, não pode, por outro lado, extinguir direitos que as partes adquiriram com a prática de atos plenamente válidos sob a égide da legislação revogada. Desta forma, proposta e instruída esta ação durante a vigência do Código Civil de 1973, deve a hipótese para seu cabimento ser examinada à luz da mencionada lei processual de regência em vigor na data do ajuizamento e sua interpretação consolidada pela jurisprudência, qual seja, aquela firmada na Súmula 259 do C. TST. Inteligência do artigo 5º inciso XXXVI da CF/88 e artigo 14 do Novo Código Civil. (TRT da 3ª Região; PJe: 0010178-14.2014.5.03.0000 (AR); Disponibilização: 9/5/2016, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 107; Órgão Julgador: 2ª Seção de Dissídios Individuais; Relator: Maria Lúcia Cardoso de Magalhães.)

17 QUESTÕES DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL

A partir desses conceitos básicos de Direito Intertemporal passamos a pontuar e propor soluções para algumas das questões de direito material e de direito processual que poderão surgir ao ensejo da aplicação das normas inovadoras da Lei n. 13.467/17.

17.1. Questões de Direito Material

a) Contratos em curso

Questão: As novas regras devem ser aplicadas aos contratos em curso, mesmo que impliquem redução salarial decorrente da perda dos direitos anteriores?

Dois princípios devem orientar a solução dessa questão.

O primeiro deles é o princípio aplicável às obrigações em geral, segundo o qual, como exemplificado por PEREIRA, repita-se aqui, os direitos de obrigação regem-se pela lei do tempo em que se constituíram, e os efeitos jurídicos dos contratos regem-se pela lei do tempo em que se celebraram.⁴⁸

De acordo, então, com esse princípio, os contratos de trabalho em curso, assim como os acordos coletivos e contratos coletivos de trabalho, estes por constituírem negócios jurídicos contratuais ou de inegável caráter analógico em relação aos contratos, devem ser observados segundo o pactuado à luz da lei antiga, sob pena de ferir os princípios do ato jurídico perfeito e, pois, do respeito aos direitos adquiridos pelos celebrantes.

O segundo desses princípios é o aplicável às obrigações oriundas dos contratos e acordos pertinentes às relações trabalhistas.

Com os apoios de ROUBIER e RÁO, assim como com o apoio do princípio da proteção do trabalhador que funda a razão de ser do Direito do Trabalho, e no qual se apoiam os citados juristas em suas precitadas lições, os negócios jurídicos trabalhistas sofrerão o impacto da lei nova, devendo ser observada se mais favorável aos trabalhadores.

Do contrário, se menos favorável, mantém-se a lei do tempo em que foram pactuados.

Assim entendendo, a lei nova terá efeito imediato se favorável ao trabalhador e não se aplicará se prejudicial aos direitos do trabalhador, adquiridos em virtude dos negócios jurídicos que deram origem à relação de trabalho.

A lei nova não importará em perda de direitos adquiridos, especialmente em perdas salariais, pois. A se lhe dar efeitos imediatos, só poderá melhorar a sua condição em termos individuais, sociais, profissionais e econômicos.

⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil. 20. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. p. 160-161.

b) Indenização por dano extrapatrimonial (arts. 223-A a 223-G da CLT)

Questão: A indenização por dano extrapatrimonial deve ser fixada pelos critérios da nova lei ou do direito anterior, inclusive no que concerne à titularidade do direito ao ressarcimento, à não cumulatividade de danos morais e aos valores máximos estabelecidos?

O princípio geral a adotar-se em matéria de responsabilidade moral ou extrapatrimonial é o trivial, segundo o qual a lei do tempo em que ocorreu o dano é a lei que o define juridicamente pelo fato que o gera assim como pelas consequências que decorrem desse mesmo fato.

Ocorrido o dano, ficam portanto já definidos todos os elementos da relação jurídica desencadeada pelo fato juridicamente danoso, quais sejam: o sujeito ativo, ou seja, o titular do direito subjetivo à indenização; o sujeito passivo, ou seja, o sujeito obrigado a satisfazer a obrigação de reparar o dano; o objeto da obrigação de reparar, ou seja, algo a fazer ou a deixar de fazer ou algo a dar, em geral em pecúnia.

Sobre a cumulatividade de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, deve-se atender, pelos iguais fundamentos da solução proposta à questão da alínea anterior, ao princípio da norma mais favorável ao trabalhador. Aplica-se, pois, a lei nova se mais favorável ao trabalhador e não se lhe aplica, sob pena de ferimento aos seus direitos adquiridos, se lhe for menos favorável.

c) Ultratividade dos instrumentos normativos (art. 614, § 3º)

Questão: A vedação da ultratividade dos instrumentos normativos se aplica para aqueles cuja validade está em curso por ocasião da entrada em vigência da lei?

Não há dúvida de que acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho são negócios jurídicos em que as partes estabelecem normas jurídicas para reger as relações de trabalho de seus representados. São atos jurídicos perfeitos, pois, gerando direitos e obrigações para seus participantes e para seus representados.

Por outro lado, não há dúvida também de que a ultratividade desses instrumentos corresponde a uma consequência prevista em norma jurídica de caráter jurisprudencial, de fonte autorizada do ordenamento jurídico positivo, portanto, vinculando as partes pactuantes e seus representados, continuando a gerar direitos e obrigações recíprocos para além da data formalmente prevista para o seu término.

Partindo desses conceitos, pelos princípios dos atos jurídicos perfeitos e do respeito aos direitos adquiridos, permanecem válidos os acordos coletivos e as convenções coletivas de trabalho ainda em vigor, os direitos e obrigações deles oriundos, até que venham outros pactos de igual força a revogá-los ou substituí-los na forma da nova lei.

d) Reversão ao cargo anterior e perda de gratificação (art. 468, §§ 1º e 2º)

Questão: Haverá perda da gratificação de função em caso de reversão ao cargo anterior após o advento da nova lei, mesmo que o empregado já percebesse tal vantagem salarial embora não tendo completado o período de 10 anos nessa situação?

O fato jurídico que dá origem à perda de gratificação de função é a reversão do trabalhador ao cargo anterior que ocupava. A norma jurídica jurisprudencial excepcionava parcialmente essa regra, concedendo ao trabalhador direito a continuar percebendo essa gratificação em caso de reversão ao cargo anterior, na condição de tê-la percebido por 10 anos ou mais.

A nova lei, ao revogar essa norma jurídica jurisprudencial, parece não ferir direito adquirido do trabalhador que não tenha implementado as condições necessárias à aquisição do direito subjetivo à manutenção da gratificação. Antes de perfazer as condições para essa aquisição não tinha ele, com efeito, senão expectativa de direito ou direito eventual, destarte desprotegidos contra a imediata aplicação da lei nova.

Assim sendo, não se configura a hipótese de redução salarial.

Esse posicionamento não exclui, evidentemente, que se possa dar a casos que tais uma outra solução, mediante o seu tratamento jurídico à luz das normas que dispõem sobre o abuso do direito e da fraude, diante de reversões injustificadas e injustificáveis, visando menos a um bem próprio do que a um prejuízo ao trabalhador. Nesse caso, verificado o abuso ou a fraude na medida, a reversão poderá se manter incólume, como direito potestativo do empregador, mas mantido o *status* remuneratório do empregado.

e) Horas *in itinere* (art. 58, § 2º)

*Questão: A extinção das horas *in itinere* pela nova lei se aplica aos contratos em curso?*

Fazer ou submeter-se a horas *in itinere* não é direito subjetivo do empregado; é fato que pode ou não ocorrer.

Mas, a remuneração dessas horas *in itinere* é direito do empregado correlativo da obrigação do empregador de as pagar, direito e obrigação condicionados unicamente à realização dos elementos normativos configuradores da ocorrência dessas horas. Inocorrente o fato das horas percorridas, não há direito à remuneração delas, claro.

Não sendo essa a hipótese, o direito à remuneração dessas horas, como destarte os demais direitos objeto da relação jurídica empregado-empregador, sabe-se, nem é suscetível de ser renunciado pelo empregado. Indo adiante, então, originando-se o direito à remuneração das horas percorridas de ato jurídico perfeito, e não podendo este ser atingido pela lei nova, fica conseqüentemente a salvo dessa lei.

Some-se a essa barreira intransponível o ser esse direito da classe dos adquiridos, já incorporado no patrimônio do trabalhador, pela mesma e forte razão, intangível por efeito de lei nova.

f) Natureza salarial ou indenizatória das parcelas remuneratórias (art. 457, §§ 1º, 2º e 4º e art. 458, § 5º)

Questão: A mudança da natureza (de salarial para indenizatória) de parcelas como abono, prêmios, diárias, gratificações ajustadas, dentre outras, no caso de contratos em curso, não mais incidindo nos cálculos das férias, FGTS, 13º salário, horas extras etc., caracteriza redução salarial?

A solução para essa questão pode ser dada aos mesmos fundamentos das respostas às questões anteriores, pois qualquer que seja a alteração pretendida nos contratos de trabalho em vigor e, conseqüentemente, nos direitos e obrigações por eles gerados, deles oriundos, deverá contar com o consentimento de ambos os contratantes e, ademais, se não vier em prejuízo do trabalhador.

E assim é porque nem mesmo o legislador, por meio de novas leis, terá o poder para alterar-lhes as estipulações, barrado que se encontra pelos princípios constitucionais do ato jurídico perfeito - *in casu*, o contrato de trabalho - e do respeito aos direitos adquiridos - *in casu*, direitos adquiridos pelo empregado cujo objeto compreende a natureza salarial das parcelas declinadas na questão.

g) Equiparação salarial (art. 461, caput e §§ 1º, 2º, 3º, 5º e 6º)

Questão: Poderão subsistir os pleitos judiciais anteriores à nova lei que versam sobre equiparação salarial com base em paradigma remoto?

Para efeito de fazer valer a pretensão de direito material de isonomia salarial, era faculdade legal do reclamante, assim reconhecida pela jurisprudência dominante, indicar paradigma contemporâneo, cujo *status* salarial foi por ele obtido judicialmente com paradigma remoto.

Assim sendo, ao fazer a indicação sob a regência da lei anterior, esgotou essa faculdade, consumando-a.

Tratando-se de faculdade já consumada, ou seja, completamente esgotada no seu exercício e gozo, tornou-se logicamente impossível revogá-la para obrigar o reclamante a um novo exercício ou gozo, agora nos moldes da nova lei.

Deve o processo ter seguimento sem qualquer óbice, cabível, pois, a consideração do paradigma contemporâneo que se baseou em paradigma remoto em relação ao reclamante.

h) Trabalho da mulher gestante e da lactante (art. 394-A, §§ 2º e 3º; art. 396, § 2º)

Questão: A nova lei incide sobre as condições do trabalho da gestante e da lactante?

Era direito subjetivo da mulher gestante ou lactante, firmado em contrato de trabalho celebrado e configurado, pois, como ato jurídico perfeito, o de não trabalhar em local insalubre e de, como lactante, amamentar nas condições proporcionadas pela lei anterior (art. 396).

As condições dispostas na nova lei, mais gravosas, não poderão atingi-la, sem ofensa ao ato jurídico perfeito e direito adquirido.

i) Tempo à disposição (art. 4º, § 2º) e intervalo para refeição (art. 71, § 4º)

Questão: As novas regras se aplicam retroativamente aos contratos extintos ou em curso?

A questão se resolve pelos mesmos princípios indicados para a solução da questão posta na alínea “a”, acima.

Até o início da vigência da nova lei, os fatos do “tempo à disposição” e os do “intervalo para refeição” regem-se pela lei do tempo em que ocorreram. Assim sendo, ainda que extintos os contratos de trabalho anteriormente à nova lei, deverão ser respeitados os direitos adquiridos deles decorrentes até que prescrevam.

Quanto aos contratos em curso, apenas as novas disposições normativas quando se revelarem mais favoráveis ao trabalhador poderão ser aplicadas a partir do início de sua vigência.

j) Grupo econômico (art. 2º, §§ 2º e 3º)

Questão: As novas regras de configuração do grupo econômico se aplicam aos contratos extintos, aos contratos em curso e aos novos contratos?

A questão se resolve também pelos mesmos princípios indicados à solução da questão posta na alínea “a”, acima.

A lei revogada, pelo conceito amplo do “grupo econômico”, dava ao trabalhador uma garantia bem definida quanto aos titulares do dever jurídico de satisfazer seus direitos subjetivos contra o empregador. Direito de garantia adquirido a partir do instante em que, ao tempo da celebração do contrato de trabalho ou já estivesse configurado juridicamente o “grupo econômico” ou viesse a se configurar no curso do contrato de trabalho, mas antes da vigência da nova lei.

Assim sendo, as novas regras se aplicariam aos novos contratos de trabalho, não se aplicando aos extintos, já consumados e, a não ser se mais favoráveis ao trabalhador, aos contratos em curso.

k) Férias e seu parcelamento (art. 134, § 1º)

Questão: O parcelamento das férias em 3 períodos pode ser feito quanto a férias adquiridas anteriormente à entrada em vigor ou só quando completado o período aquisitivo após a entrada em vigor da nova lei?

As férias adquiridas, sendo questão de direito material, devem ser gozadas segundo as normas em vigor ao tempo de sua aquisição, pois fatos e direitos decorrentes já definitivamente configurados e incorporados nos patrimônios do empregado e do empregador. Nada impede, entretanto, que sejam parceladas, na forma da nova lei se assim for de interesse do empregado, como hipótese de aplicação da norma mais favorável. Se apenas completado o período aquisitivo sob a regência da nova lei, aplica-se a inovadora regra do parcelamento.

l) Empregado em teletrabalho (art. 62, III, arts. 75-A a 75-E)

Questão: As novas regras sobre o teletrabalho alcançam contratos iniciados antes da nova lei, mas ainda em curso por ocasião do início de sua vigência?

Deve-se distinguir os casos em que o teletrabalho já era praticado na vigência da lei anterior e os que, após o início da vigência da nova lei, passaram

a ser executados. Em relação aos primeiros, a nova lei só poderá ser aplicada se mais favorável ao empregado e, em relação aos segundos, aplica-se a nova lei sem que se atente contra o ato jurídico perfeito e os direitos adquiridos.

m) Trabalho intermitente (art. 443, § 3º, art. 452-A e §§ 1º a 9º)

Questão: As novas regras sobre o trabalho intermitente alcançam contratos iniciados antes da nova lei, mas ainda em curso por ocasião do início de sua vigência?

O trabalho intermitente é uma modalidade do contrato de trabalho introduzida pela nova lei, de modo que, não havendo lei anterior que dispunha sobre essa modalidade, não há conflitos de leis a analisar e resolver. Assim sendo, a alteração dos contratos regidos pela lei anterior para introduzir o trabalho intermitente submete-se às regras gerais relacionadas às condições de validade dessas alterações, entre as quais a proibição da *reformatio in pejus* para o trabalhador, sendo que a rescisão dos atuais contratos para celebrar, ato contínuo, contrato de trabalho na modalidade intermitente configurará certamente fraude aos direitos do obreiro.

n) Rescisão do contrato de trabalho (art. 477 e §§)

Questão: A rescisão dos contratos em curso deve se submeter às novas regras, de modo a desnecessitar de homologação judicial e do novo prazo quitatório?

Não há atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos do trabalhador em relação à homologação judicial da rescisão e prazos quitatórios que devam ser respeitados pela nova lei, a não ser se, ao advento dela, já constituírem objeto de decisão judicial irrecurável. Como serão fatos e prazos a ocorrerem na vigência da lei nova, submetem-se às suas prescrições pelo efeito imediato da nova lei.

o) Arbitragem prevista em contrato (art. 468, § 2º)

Questão: É possível, por aditivo contratual, inserir tal cláusula em contrato já em curso por ocasião do advento da nova lei autorizativa desse meio de solução extrajudicial?

A questão posta, de direito material, concernente à alteração dos contratos regidos pela lei anterior para introduzir a arbitragem, submete-se às regras gerais relacionadas às condições de validade das alterações dos contratos de trabalho em geral, entre as quais a proibição da *reformatio in*

pejus para o trabalhador, sendo que a rescisão dos atuais contratos para celebrar, ato contínuo, contrato de trabalho contendo a estipulação em tela configurará certamente fraude aos direitos do obreiro.

p) Trabalho terceirizado (art. 4º-A, art. 4º-C, art. 5º-A, art. 5º-C, art. 5º-D, da Lei n. 6.019/74, alterado pelo art. 2º da Lei n. 13.467/17)

Questão: As novas regras sobre a licitude do trabalho terceirizado alcançam contratos iniciados antes da nova lei, mas ainda em curso por ocasião do início de sua vigência?

Não há atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos em relação a condutas lícitas ou ilícitas, uma vez que o sentido da licitude ou ilicitude é determinado arbitrariamente pelas normas jurídicas em vigor ao tempo em que ocorrem tais condutas. As práticas da terceirização ocorridas antes da nova lei, tidas pela lei anterior como práticas ilícitas, não se mudam em lícitas a não ser que a lei nova, expressamente, atribua-lhes retroativamente o sentido da licitude, o que não é o caso da Lei n. 13.467/2017, mas que é, em matéria penal, por ex., regra expressa de favorecimento dos agentes delituosos cujos atos criminosos perderam essa qualificação por efeito da nova lei. Já as práticas de terceirização que vierem a ocorrer ou tiverem continuidade a partir da vigência da nova lei terão o sentido de práticas lícitas pelo efeito de sua imediata aplicação sem barreiras, *in casu*.

Recentíssima decisão do TRT da Terceira Região, em sede de ação civil pública, bem percebeu os efeitos imediatos de uma nova lei, sem perder de vista que os atos já praticados deveriam ser regidos pela lei vigente na época de sua realização. Excluiu, assim, a obrigação da empresa ré de proceder à contratação direta de empregados (obrigação de fazer *ad futuram*), em face da vigência da nova lei autorizadora da terceirização (Lei n. 13.429/2017), mas manteve a indenização por dano moral coletivo, dada a ilicitude dessa contratação, segundo a lei vigente na época da realização dos contratos denunciados pelo Ministério Público do Trabalho:

Ementa: DIREITO INTERTEMPORAL. *TEMPUS REGIT ACTUM*. LEI 13.429/2017. Segundo o princípio basilar de direito intertemporal, o fato rege-se pelas normas que lhe são contemporâneas (*tempus regit actum*). Por isso, a Lei 13.429/2017, que regulamentou a terceirização no País, não pode retroagir para alcançar situações pretéritas, transmutando-as em lícitas (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal e art. 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro). À luz do princípio da irretroatividade da lei, deve ser confirmada a r. decisão de origem que condenou a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais coletivos, uma vez verificada a ilicitude da terceirização.

Todavia, não pode prevalecer o comando judicial que impõe a contratação direta dos trabalhadores, porquanto, a partir da vigência da referida lei, a terceirização está autorizada. (PROCESSO n. 0010414-57.2015.5.03.0023 (RO), Relatora: Taisa Maria Macena de Lima, Revisora: Rosemary de Oliveira Pires, sessão de julgamento em 20/9/2017 - 10ª Turma do TRT 3ª Região.)

17.2. Questões de Direito Processual

O ônus da prova, sendo questão de Direito Processual, segue a regra geral da incidência imediata da lei nova, podendo o aplicador, não obstante e considerando o princípio da aplicação da lei mais favorável ao empregado, de base constitucional como já visto, e à eventual acentuada dificuldade de o empregado se desincumbir desse ônus, invertê-lo para que o empregador prove a inexistência da fraude na sucessão.

a) Honorários advocatícios (art. 791-A)

Questão: São devidos honorários advocatícios nas ações ajuizadas anteriormente à nova lei? Podem ser deferidos em grau recursal, caso a lei tenha entrado em vigência no curso do prazo recursal? Será preciso conceder vista às partes a respeito antes da decisão sobre tal matéria (art. 10 do CPC - vedação à decisão surpresa)?

Como visto, é pacífico o entendimento de que a lei nova, em matéria processual, incide imediatamente sobre todos os atos do procedimento que, a partir de sua vigência, vierem a ser realizados.

Um desses atos que se deve praticar segundo os ditames da lei nova é a sentença, na forma e no conteúdo. Deve o juiz, pela nova lei, condenar o vencido em honorários de sucumbência, revelando-se eles como típicos direitos substantivos derivados de um ato processual.

O fato jurídico que dá origem ao direito a honorários advocatícios é, pois, a sentença judicial. Antes dela não há senão, por parte do advogado, uma expectativa de direito ou um direito eventual. Constituído, pelo fato sentencial, o direito a honorários, incorpora-se ele ao patrimônio do advogado, não podendo o aplicador furtar-se a reconhecê-lo e concedê-lo sem grave afronta ao direito adquirido.

O mesmo fundamento se aplica no caso de a nova lei ter entrado em vigência no curso do prazo recursal. Ao julgar, o Tribunal deve moldar o acórdão, sua forma e conteúdo, segundo os ditames da lei nova, de aplicação imediata. Não cabe objetar com a supressão de instância porque, quando tramitava o processo em primeira instância, prevalecia a lei velha que não obrigava o Estado a condenar o vencido em honorários de sucumbência.

Entendemos também que a concessão de vista às partes sobre a condenação em honorários, seja em primeira seja em segunda instância, é desnecessária, pois o provimento judicial nesse sentido é de lei, e esta se presume conhecida, carecendo mesmo de pleito específico.

b) Inicial da reclamação antes da lei nova (art. 840, §§ 1º e 3º)

Questão: A inicial de reclamação ajuizada antes da lei nova deve ser refeita ou emendada por não conter pedidos determinados com indicação de valores?

Não cabe impor ao reclamante o indeferimento da inicial se não refizer ou emendar a inicial para adaptá-la à nova lei, pois que se submeteu, ao ajuizá-la, à lei do tempo do ajuizamento, não podendo ser penalizado por exigência normativa *ex post facto*. Tal não inibe o juiz, entretanto, invocando o dever das partes de cooperar para a prestação jurisdicional, de intimar o reclamante para determinar seus pedidos e indicar seus valores.

c) Custas (art. 789) e honorários periciais (art. 790-B)

Questão: São cabíveis na forma da nova lei?

Em relação às custas processuais e aos honorários periciais, a lei nova tem incidência imediata sobre os atos do procedimento, uma vez que não há fato jurídico perfeito ou direito adquirido a opor-se à valia de seus efeitos.

Assim, nas hipóteses previstas na nova lei, cabe ao reclamante arcar com as custas e os honorários periciais, no caso de sua sucumbência.

d) Revelia por ausência do preposto ou irregularidade na sua nomeação (art. 844, §§ 4º e 5º e art. 843, § 3º)

Questão: Pode ser reconhecida a revelia por ausência do preposto em audiência ocorrida antes do início da vigência da lei nova?

Consequência da revelia verificada na regência da lei anterior era a confissão *facta* quanto à matéria de fato da lide.

A partir da nova lei e pelos efeitos imediatos de seus dispositivos processuais, não limitados pelos óbices do art. 6º da Lei de Introdução, a decisão judicial que sobrevier à ausência do preposto em audiência ou à verificação da irregularidade de sua nomeação, independentemente da data em que havida a ausência ou irregularidade, deverá se submeter a seus ditames, não podendo considerar a revelia, uma vez que a nova lei não lhe atribui uma tal qualificação.

e) Sucessão trabalhista (art. 448-A):

Questão: Cabe a exigência de prova da fraude para responsabilizar o sucedido relativamente a contratos findos ou em curso por ocasião da entrada em vigor da nova lei?

O ônus da prova, sendo questão de Direito Processual, segue a regra geral da incidência imediata da lei nova, podendo o aplicador, não obstante e considerando o princípio da aplicação da lei mais favorável ao empregado, de base constitucional como já visto, e à eventual acentuada dificuldade de o empregado se desincumbir desse ônus, invertê-lo para que o empregador prove a inexistência da fraude na sucessão.

f) Execução de ofício (art. 878)

Questão: É possível a execução de ofício no caso de ação anterior à vigência da nova lei e que não está em exercício do “ius postulandi”?

Não há óbice à aplicação da lei nova, já que se aplica imediatamente e não há qualquer ofensa aos limites dos direitos adquiridos, ato jurídico perfeito e coisa julgada. O caso se submete, pois, como qualquer outro ato dos procedimentos processuais, aos ditames da nova lei.

g) Prescrição intercorrente (art. 11-A, §§ 1º e 2º)

Questão: Cabe a decretação da prescrição intercorrente em relação à execução iniciada antes do advento da nova lei?

Nesse caso, pelo efeito imediato da nova lei, caberá a decretação da prescrição intercorrente contando-se, entretanto, o respectivo prazo a partir da data de início da vigência da nova lei.

h) Inscrição do executado no BNDT (art. 883-A)

Questão: A nova regra limitativa da inscrição do executado no BNDT apenas após 45 dias da data da confirmação do débito implica desconstituição da inscrição feita antes de tal prazo mas na vigência da regra processual anterior?

Por consistir em fato consumado, a inscrição feita na vigência da lei processual anterior e na forma por ela prescrita não deverá ser desconstituída, valendo a lei apenas para os atos posteriores ao seu advento.

18 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ausência, na Lei n. 13.467/17, de uma norma de Direito Intertemporal em disposições transitórias dificulta sobremaneira o aplicador e o intérprete na adoção ou não do novo regramento aos contratos e processos em curso.

De todo modo, necessário partirmos da exegese contida na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVI, e no art. 6º e seus §§, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Embora a doutrina e a jurisprudência possam evidentemente contribuir nessa empreitada, o certo é que também tais fontes normativas são insuficientes, pois não espancam clara e definitivamente as tormentosas questões práticas, à míngua de unanimidade de posicionamento a respeito da automática retroatividade ou não da lei, do que seja seu efeito imediato, de a norma de ordem pública prestar-se como parâmetro de retroatividade, da identificação precisa, no caso concreto, do que seja ato jurídico perfeito e direito adquirido, considerando ou não nesse enquadramento os direitos condicionais e eventuais, as faculdades legais e as expectativas de direito e, ainda, do efeito da coisa julgada na formação dos direitos adquiridos.

Some-se a tais dificuldades o fato de que a Lei n. 13.467/17 traz novos regramentos tanto de natureza material quanto processual, fazendo com que haja necessidade de se identificar quais são os direitos subjetivos que nascem do contrato e quais nascem do processo, como, por exemplo, a inédita fixação em níveis de gravidade da indenização por dano extrapatrimonial e, ainda nesse tópico, o rol de titulares do direito reparatório e a impossibilidade de cumulação de danos dessa natureza, e, finalmente, o direito aos honorários advocatícios também criado pela nova lei.

Além disso, complica o tema do conflito da lei no tempo a posição tradicional da doutrina jurtrabalhista de sempre ter acolhido a aplicação aos contratos em curso de novas leis que traziam benefícios aos empregados, certamente amparada no princípio constitucional da proteção e da norma mais favorável ao empregado, minimizando a regra da imutabilidade dos atos jurídicos perfeitos dos quais o contrato é seu maior exemplo.

Agora, com a Lei n. 13.467/17, esse posicionamento é desafiado, pois muitas de suas novas regras eliminam ou reduzem os anteriores direitos dos empregados, como a regra que extingue o direito às horas *in itinere*, a que limita o pagamento do intervalo para refeição e descanso ao período não gozado, dentre tantas outras.

Nesse caso, entendemos que, em observância ao mesmo princípio constitucional da proteção ao empregado, há que se adotar com maior precisão o princípio do ato jurídico perfeito, que é o contrato de trabalho, de tal modo que, se este for mais favorável ao empregado, prevalecerá sobre a lei nova quando a ele menos favorável.

Já no campo do direito processual do trabalho não há maiores dificuldades, pois não cabe falar-se em direito adquirido aos atos procedimentais do processo, cabendo apenas garantir validade aos atos já praticados ao tempo da lei de regência.

Assim, em matéria de Direito do Trabalho é preciso atentar sempre para esses dois nortes: a limitação imposta pela Constituição Federal e pela Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro - ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada - conjuntamente com o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, fundado igualmente nos preceitos da Constituição que garantem o primado do trabalho e a proteção ampla dos trabalhadores. Em matéria de Direito Processual do Trabalho, será preciso bem definir o que é norma meramente procedimental e o que é norma de direito material adotada no processo, de modo a aplicar as restrições contidas no direito comum a respeito.

Muitos desafios deverão ser enfrentados pelo aplicador juslaboral, exigindo-lhe coerência e rigor científico na tarefa.

Que nunca nos falte a percepção de que, no campo do Direito do Trabalho, o princípio da proteção ao trabalhador é o elemento fundante, essencial para a manutenção da importância histórica e autonomia científica desse ramo jurídico especializado, garantindo a marcha evolutiva e civilizatória da Humanidade, por meio do reconhecimento e enaltecimento do valor do trabalho como dignificante do próprio homem que o realiza e por ele se realiza.

ABSTRACT

The study undertakes a theoretical analysis about intertemporal law and pertinent legal rules, especially contained in the “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” and in the Federal Constitution, aiming to establish safe criteria for solving the apparent conflicts of the law in time. From there, it begins to identify some rules of material and procedural law introduced or modified by Law n. 13.467/17, proposing answers regarding possible controversies that may arise on its immediate or retroactive application, regarding the contracts and processes in progress. The methodology of the study follows the dogmatic-theoretical model, when it is proposed to appreciate and analyze the CLT norms impacted by the new law, from its internal perspective, also interested in the efficiency and effectiveness of normative formulations in all its proper application, not forgetting the strength of its validity, but not at the same time despising the constitutional guarantees of protection to workers, wage irreducibility, vested right and the perfect legal act.

Keywords: *Intertemporal Law. Conflict. Labor Reform. Law n. 13.467/17.*

REFERÊNCIAS

- CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 1.
- CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao código de processo civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. X.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro: decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, com alterações da lei n. 3.238, de 1º de agosto de 1957, e leis posteriores*. 3. ed. atual. por Silva Pacheco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 1.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 13. ed. atual. e notas de Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. de João Baptista Machado, Coimbra: Armênio Amado, 1984. v. 1.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil*. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil. 20. ed. rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5. ed. corrig. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Parte geral. 32. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*, capítulos elaborados por Délio Maranhão atual. por João de Lima Teixeira Filho. 11. ed. São Paulo: LTr, 1991. v. 1.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 2 v.

PRESCRIÇÃO TRABALHISTA. O QUE MUDA COM AS NOVAS DISPOSIÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA

LABOR PRESCRIPTION. WHAT CHANGES WITH THE NEW PROVISIONS OF THE LABOR REFORM

Mauro Schiavi*

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar as alterações no instituto da prescrição trabalhista introduzidas pela Lei n. 13.467/17 e seus impactos na interpretação e aplicação do direito e do processo trabalhista.

Palavras-chaves: Prescrição. Direito do Trabalho. Processo do Trabalho. Lei n. 13.467/17.

1 A LEI N. 13.467/17

A Lei n. 13.467/17, conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, traz importantes alterações no Direito do Trabalho, no Processo do Trabalho e na Justiça do Trabalho.

A Lei é polêmica, pois, em diversos dispositivos, muitos apontam precarização das condições de trabalho e restrição ao acesso do trabalhador ao Judiciário. Outros aplaudem o texto, argumentando que a nova Lei criará novos postos de trabalho e reduzirá a litigiosidade na Justiça do Trabalho.

Sem dúvida, interpretar e aplicar a Lei n. 13.467/17 é um desafio grande para a doutrina e jurisprudência, pois a Lei toca em pontos sensíveis do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho, como redução de direitos pela via da negociação e restrição do acesso à justiça com o pagamento de despesas processuais pelo trabalhador. Muitos aspectos são incompatíveis com os princípios constitucionais do valor social do trabalho e melhoria da condição do trabalhador (artigos 1º, IV, e 7º, *caput*, da CF) e também com o princípio do acesso à justiça pelo trabalhador (inciso XXXV do artigo 5º da CF).

São muitas as alterações significativas, dentre as quais o capítulo da prescrição e a polêmica regulamentação da prescrição intercorrente.

Uma vez publicada, a Lei adquire vida própria e deve ser interpretada

* Juiz Titular da 19ª Vara do Trabalho de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Mackenzie/SP. Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da PUC/SP. Professor na Escola Judicial do TRT/SP.

à luz da Constituição Federal e dos princípios peculiares que regem o Direito do Trabalho e o Processo do Trabalho.

2 DA PRESCRIÇÃO

A Lei n. 13.467/17 trouxe as seguintes alterações no artigo 11 da CLT, que trata da prescrição trabalhista:

Art. 11. A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do Contrato de Trabalho.

I - (revogado);

II - (revogado).

[...]

§ 2º Tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.

§ 3º A interrupção da prescrição somente ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, mesmo que em juízo incompetente, ainda que venha a ser extinta sem resolução do mérito, produzindo efeitos apenas em relação aos pedidos idênticos. (NR) (grifos acrescidos)

Segundo Pontes de Miranda¹,

[...] a prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa a sua pretensão ou ação. Serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações.

Dispõe o art. 189 do CC:

Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Conforme o referido dispositivo legal, o Código Civil brasileiro adota o conceito de prescrição como sendo a perda da pretensão, que é, segundo Carnelutti, a exigência de subordinação do interesse alheio ao interesse próprio. Estando prescrita a pretensão, não se pode exigir em juízo o direito violado, tampouco invocá-lo em defesa, pois a exceção prescreve no mesmo prazo que a pretensão, segundo o art. 190 do CC.

¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 6, p. 135.

Segundo a melhor doutrina, a prescrição extingue a pretensão e por via oblíqua o direito, enquanto a decadência extingue o direito e por via oblíqua a pretensão. O prazo decadencial pode ser fixado na lei ou pela vontade das partes (contrato), enquanto os prazos prescricionais somente são fixados em lei. O prazo decadencial corre contra todos, não sendo, como regra, objeto de suspensão, interrupção ou causa impeditiva (art. 207 do CC), salvo as exceções do art. 208 do CC; já a prescrição pode não correr contra algumas pessoas, pode sofrer causas de impedimento, suspensão ou interrupção. A prescrição, uma vez consumada, pode ser objeto de renúncia. A decadência é irrenunciável quando fixada em lei (art. 209 do CC).

Diante da sua importância para o Direito do Trabalho, a prescrição trabalhista está prevista no inciso XXIX do art. 7º da Constituição (redação repetida pelo *caput* do artigo 11 da CLT), que trata dos direitos fundamentais trabalhistas, tendo a seguinte redação:

Art. 7º [...]

[...]

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

O prazo mencionado no citado artigo aplica-se tanto ao empregado como ao empregador quando este for ingressar com uma reclamação trabalhista em face do empregado.

A Constituição Federal traça dois prazos prescricionais: um após a extinção do contrato de trabalho (prescrição bienal), e outro durante o contrato de trabalho (prescrição quinquenal). Esses prazos são distintos, não obstante, uma vez extinto o contrato de trabalho, deva o trabalhador trazer sua pretensão a juízo dentro do prazo de dois anos contados da data da terminação do contrato. Caso esse prazo seja observado, terá direito de postular as verbas trabalhistas dos últimos cinco anos, contados retroativamente da data da propositura da reclamação trabalhista.

Nesse sentido, dispõe a Súmula n. 308 do TST, *in verbis*:

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

I - Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato;

II - A norma constitucional que ampliou o prazo de prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata e não atinge pretensões já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988.

De outro lado, há entendimento no sentido de que o prazo da prescrição quinquenal deve ser contado a partir da extinção do contrato de trabalho, se proposta a reclamação trabalhista dentro do prazo de dois anos. Nesse sentido, destaca-se a seguinte ementa:

O prazo de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, previsto no art. 7º, item XXIX, letra a da CF/88, é o limite dado pelo legislador constitucional ao trabalhador urbano para propor ação em que reivindicará direitos trabalhistas até os últimos 5 anos. Portanto, não se pode incluí-lo neste lapso temporal, pois ele seria diminuído para 3, contrariando, desta forma, a vontade expressa do legislador constitucional, que foi a de conferir ao trabalhador o prazo prescricional de 5 anos para fazer valer direitos oriundos da relação de emprego. Ao intérprete não cabe limitar a eficácia das normas constitucionais de tutela ao empregado através de exegese restritiva, principalmente quando se trata de prescrição de créditos provenientes de relação de trabalho, de natureza alimentar e considerado por ela própria como valor fundamental da República Federativa (art. 5º, § 1º, item IV), base da ordem econômica (art. 170) e primado da ordem social (art. 193). (TRT - 3ª R. 3ª T. - RO 16.634/94 - rel. Álvares da Silva - DJMG 7/3/95 - p. 58.)

Há entendimentos no sentido de que o prazo de dois anos contados da extinção do contrato de trabalho tem natureza decadencial, podendo, por isso, o Juiz do Trabalho conhecê-lo de ofício, pois o referido inciso XXIX do art. 7º da CF dispõe que o prazo de dois anos é o limite para postulação de eventuais direitos trabalhistas. Não obstante, pensamos que o prazo de dois anos tem natureza prescricional, pois a própria Constituição assim determina. Além disso, a interpretação no sentido de ser um prazo prescricional é mais benéfica ao trabalhador. De outro lado, como os institutos da prescrição e decadência visam à extinção de direitos, a interpretação deve ser restritiva, não cabendo ao intérprete distinguir onde a lei não distingue.

As causas de interrupção bloqueiam o curso do prazo prescricional já iniciado, voltando o prazo a correr por inteiro, uma vez expirada a causa de interrupção.

Assevera o art. 202 do CC:

Art. 202 A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

- I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;
- II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;
- III - por protesto cambial;
- IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em

concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único - A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Pelo referido dispositivo, a prescrição interrompe-se somente uma vez. Pensamos que tal dispositivo se mostra compatível com o Processo do Trabalho (art. 769 da CLT) como medida moralizadora da Jurisdição Trabalhista, evitando abusos e também a perpetuação do conflito.

Nesse sentido, destacamos as seguintes ementas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - PRESCRIÇÃO - INTERRUPTÃO - AJUIZAMENTO DE TRÊS AÇÕES TRABALHISTAS - ART. 202 DO CÓDIGO CIVIL - POSSIBILIDADES DE OCORRÊNCIA LIMITADAS A UMA ÚNICA VEZ - APLICABILIDADE DA PREVISÃO AO PROCESSO DO TRABALHO. Dispõe o art. 219 do CPC que a citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa, e, ainda, quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição, devendo esta retroagir à data da propositura da ação (§ 1º). Buscando o instituto da prescrição no Código Civil pátrio, temos que o art. 202 somente admite a interrupção da prescrição por uma única vez. O ajuizamento da presente reclamação trabalhista deu-se há mais de dois anos da propositura da primeira; é evidente, portanto, o transcurso do prazo bienal e, por conseguinte, a prescrição da pretensão do autor. Agravo de instrumento desprovido. (Processo: AIRR-32500-32.2009.5.05.0005 - Data de Julgamento: 23/5/2012 - rel. Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho - 4ª Turma - Data de Publicação: DEJT 1º/6/2012.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO POR UMA ÚNICA VEZ. PERTINÊNCIA DO ART. 202, *CAPUT*, DO CÓDIGO CIVIL, APLICADO SUBSIDIARIAMENTE AO PROCESSO DO TRABALHO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Produzindo as causas interruptivas efeito significativamente favorável ao credor, preferiu o novo Código Civil estabelecer que a interrupção da prescrição dar-se-á por uma única vez (art. 202, *caput*), devendo ser frisado que o antigo CCB era silente no que tange a esse aspecto. Sendo a nova regra civilista compatível com o Direito Material e Processual do Trabalho, torna-se aplicável também nesse campo normativo (art. 8º, *caput* e parágrafo único, CLT), embora sem efeito retroativo (art. 5º, XXXVI, CF). Não há, portanto, como assegurar o processamento do recurso de revista quando o

agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (TST - Processo: AIRR-989-12.2010.5.15.0002 - Data de Julgamento: 5/9/2012 - rel. Ministro Mauricio Godinho Delgado - 3ª Turma - Data de Publicação: DEJT 14/9/2012.)

3 A QUESTÃO DA PRESCRIÇÃO E O ATO ÚNICO

Ato único do empregador consiste na alteração do contrato de trabalho, ou do regulamento empresarial em prejuízo do trabalhador. Nesse caso, segundo a alteração legislativa, a prescrição é total, iniciando-se a partir da alteração contratual lesiva.

Já se o direito estiver previsto em lei, a prescrição é parcial.

O § 2º do artigo 11 da CLT consagra o entendimento sedimentado na Súmula n. 294 do TST, que, de nossa parte, é inconstitucional, pois estabelece a fluência de prazo prescricional no curso do contrato de trabalho, em contrariedade ao disposto no inciso XXIX do artigo 7º da Constituição Federal, e ainda viola também o próprio artigo 468 da CLT que não faz distinção entre alterações decorrentes da lei ou de acordo entre as partes.

Nesse sentido, é a posição de Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Severo²:

Ora, se é a exigibilidade que perece, quando o juiz pronuncia a prescrição, não há que se falar em “prescrição total”. Esse posicionamento equivocado do TST, como dito, já vinha sendo revertido, conforme fixado expressamente na Súmula 409: “Não procede ação rescisória calcada em violação do art. 7º, XXIX, da CF/1988 quando a questão envolve discussão sobre a espécie de prazo prescricional aplicável aos créditos trabalhistas, se total ou parcial, porque a matéria tem índole infraconstitucional, construída, na Justiça do Trabalho, no plano jurisprudencial.”

A prescrição poderá incidir apenas sobre as parcelas que se tornaram exigíveis há mais de cinco anos da data da propositura da demanda. Compreender de forma diversa seria corromper o próprio conceito de prescrição.

O § 3º do presente dispositivo legal consagra a tese defendida pela Súmula n. 268 do TST e pelo já citado artigo 202 do CC.

² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista* - ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. Disponível em: <<http://www.jorgesoutomaior.com/blog>>. Acesso em: 28/7/2017.

4 DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA TRABALHISTA E A INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO

O § 3º do artigo 11 da CLT, praticamente, consagra o entendimento da Súmula n. 268 do TST.

Dispõe a Súmula n. 268 do TST:

PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO. AÇÃO TRABALHISTA ARQUIVADA - Ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos.

Conforme sedimentado pela mais alta Corte Trabalhista do país, a ação trabalhista, ainda que arquivada, sem a necessidade de citação válida do reclamado, interrompe a prescrição. Pensamos que o Tribunal Superior do Trabalho seguiu a melhor diretriz, pois, a partir da propositura da ação, já há interações entre juiz e parte, e há ato inequívoco do credor trabalhista pretendendo a satisfação do seu direito.

A Lei n. 13.467/17 mantém, corretamente, a mesma diretriz da Súmula n. 268 do TST, uma vez que o simples ajuizamento da demanda trabalhista configura ato inequívoco do reclamante no sentido de romper sua inércia, não sendo necessária a efetiva citação do reclamado. Além disso, no processo trabalhista, a citação inicial (notificação) é ato automático da Secretaria.

De outro lado, mesmo que endereçada a demanda trabalhista a juízo incompetente, sendo a incompetência absoluta ou relativa, haverá interrupção da prescrição, conforme já previsto no Código de Processo Civil.³

Não obstante, a interrupção se dá somente com relação às verbas expressamente postuladas, e não em face de outras parcelas, ainda que decorram de um mesmo contrato de trabalho.

De nossa parte, a demanda trabalhista arquivada interrompe tanto os prazos de prescrição bienal quanto quinquenal de prescrição, já que tais prazos são interdependentes.

³ Artigo 240 do CPC: “A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). § 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação. § 2º Incumbe ao autor adotar, no prazo de 10 (dez) dias, as providências necessárias para viabilizar a citação, sob pena de não se aplicar o disposto no § 1º. § 3º A parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. § 4º O efeito retroativo a que se refere o § 1º aplica-se à decadência e aos demais prazos extintivos previstos em lei.”

5 DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Dispõe o artigo 11-A da CLT, acrescentado pela Lei n. 13.467/17:

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

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

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

Chama-se intercorrente a prescrição que se dá no curso do processo, após a propositura da ação, mais especificamente depois do trânsito em julgado, pois, na fase de conhecimento, se o autor não promover os atos do processo, o juiz o extinguirá sem resolução do mérito, valendo-se do disposto no art. 485 do CPC.

Sempre foi polêmica a questão da prescrição intercorrente no Processo do Trabalho, diante da natureza alimentar do crédito trabalhista e do princípio da irrenunciabilidade do crédito trabalhista.

De nossa parte, estamos convencidos de que prescrição intercorrente e prescrição da execução são expressões sinônimas no Processo do Trabalho, pois, na fase de conhecimento, se houver inércia do reclamante, o Juiz do Trabalho extinguirá a relação jurídica processual sem resolução de mérito (vide a respeito os arts. 732, 844, ambos da CLT, e 485 do CPC), não havendo espaço para reconhecimento de prescrição intercorrente. A prescrição intercorrente somente se verifica no curso da execução.

Em favor da não aplicabilidade da prescrição intercorrente no Processo do Trabalho era invocado o argumento de que a execução é promovida de ofício pelo Juiz do Trabalho, nos termos do art. 878 da CLT, não havendo espaço para a aplicabilidade de tal instituto.

Além disso, também é possível invocar aqui o princípio protetor, visto sob o aspecto instrumental (igualdade substancial das partes no Processo do Trabalho), e a existência do *jus postulandi* da parte na execução trabalhista, como argumentos aptos a inviabilizar o reconhecimento da prescrição intercorrente no processo trabalhista.

Nesse sentido, a Súmula n. 114 do C. TST, *in verbis*:

Prescrição intercorrente. É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente.

De outro lado, a Súmula n. 327 do C. STF admitia a prescrição intercorrente, tendo a seguinte redação:

Prescrição Intercorrente. O direito trabalhista admite prescrição intercorrente.

No mesmo sentido, a própria redação do art. 884 da CLT que disciplina, em seu § 1º, a prescrição como sendo uma das matérias passíveis de alegação nos embargos à execução. Ora, a prescrição prevista no § 1º do art. 884 da CLT só pode ser a intercorrente, pois a prescrição própria da pretensão deve ser invocada antes do trânsito em julgado da decisão (Súmula n. 153 do C. TST).

O Código de Processo Civil de 2015 disciplina, expressamente, a possibilidade do reconhecimento da prescrição intercorrente no curso da execução civil, com redação muito semelhante à do art. 40 da Lei n. 6.830/90.⁴ Com efeito, dispõe o art. 921 do CPC:

Art. 921 Suspende-se a execução:

I - nas hipóteses dos arts. 313 e 315, no que couber;

II - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução;

III - quando o executado não possuir bens penhoráveis;

IV - se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em 15 (quinze) dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis;

V - quando concedido o parcelamento de que trata o art. 916.

§ 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis.

⁴ Artigo 40 da Lei n. 6.830/80: "O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. § 1º Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública. § 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos. § 3º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução. § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004) § 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda." (Incluído pela Lei n. 11.960, de 2009).

§ 4º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente.

§ 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo.

Pelo referido dispositivo legal, a prescrição intercorrente poderá ser reconhecida, inclusive de ofício, pelo Juiz de Direito, quando o executado não possuir bens penhoráveis, ocasião em que o processo ficará suspenso por um ano. Decorrido o referido prazo sem manifestação do exequente, começará a correr o prazo de prescrição intercorrente.

Parte da doutrina sustentou compatibilidade do referido art. 921 do CPC ao Processo do Trabalho, considerando-se a omissão da CLT, e que o art. 884, § 1º prevê a possibilidade do reconhecimento da prescrição intercorrente, mas não diz em quais situações. Além disso, pode-se argumentar que a Súmula n. 114 do C. TST é muito antiga e não mais reflete o estágio atual do processo trabalhista, não podendo a execução ficar sobrestada por tempo indeterminado até se aguardar uma futura existência de patrimônio do devedor no processo trabalhista.

De nossa parte, mesmo diante do referido art. 921 do CPC que, praticamente, repete o art. 40 da Lei n. 6.830/90, continuávamos a pensar que a prescrição intercorrente somente pode ser reconhecida no processo trabalhista na hipótese em que o ato a ser praticado dependa exclusivamente do exequente, e não possa ser suprido de ofício pelo juiz.

O Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Instrução Normativa n. 39/16, em seu art. 2º, inciso VIII, pronunciou-se pela inaplicabilidade da prescrição intercorrente prevista no ar. 921 do CPC, por incompatibilidade com o processo trabalhista.

A redação do artigo 11-A da CLT deixa expresso o cabimento da prescrição intercorrente no Processo do Trabalho, quando o exequente não cumpre determinação judicial no curso da execução, como, por exemplo, indicação de bens do devedor, informações necessárias para o registro de penhora, instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica etc.

A alteração configura mudança de rota significativa no Processo do Trabalho, pois, até então, o entendimento era pela não aplicação da prescrição intercorrente na execução trabalhista.

A questão se torna mais agressiva ainda ao exequente, pois o princípio do impulso oficial fora extremamente mitigado com a nova redação do artigo 878 da CLT, que o limitou a hipóteses em que o exequente estiver sem advogado.

Mesmo que a prescrição intercorrente possa ser reconhecida de ofício, considerando-se as principiologias e singularidades do Processo do Trabalho,

e também os direitos fundamentais de acesso à justiça, à tutela executiva (inciso XXXV do artigo 5º da CF) e a cooperação processual (artigo 6º do CPC⁵), pensamos cumprir ao magistrado, antes de reconhecer a prescrição, intimar o exequente, por seu advogado, e, sucessivamente, pessoalmente, para que pratique o ato processual adequado ao prosseguimento da execução, sob consequência de se iniciar o prazo prescricional.

De outro lado, quando o executado não possuir bens penhoráveis, ou não for localizado, pensamos que as providências preliminares do artigo 921 do CPC (suspensão da execução por um ano, sem manifestação do exequente) devem ser aplicadas pela Justiça do Trabalho antes do início da fluência do prazo prescricional.⁶

Por fim, como bem adverte Homero Batista Mateus da Silva⁷,

[...] a sociedade espera que o art. 11-A, § 2º, não seja utilizado irrefletidamente, apenas para cumprimento de metas e apresentação de dados estatísticos, mas por força de uma análise detida sobre eventual comportamento negligente do credor - que, afinal, é a base que os pretores romanos utilizaram para desenvolver o conceito de perda da exigibilidade do direito por inércia injustificada do interessado.

ABSTRACT

The present article analyzes the changes in the institute of labor prescription introduced by Law 13.467/17, and its impacts on the interpretation and application of labor law and procedures.

Keywords: Prescription. Labor Law. Labor Process. Law 13.467/17.

⁵ Como nos traz Cássio Scarpinella Bueno, é comum (e absolutamente pertinente) entre nós a difusão da doutrina de Miguel Teixeira de Sousa, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que ensina que a cooperação toma como base determinados deveres a serem observados, inclusive pelo magistrado. Esses deveres são de esclarecimento (no sentido de o juiz solicitar às partes explicações sobre o alcance de suas postulações e manifestações), de consulta (no sentido de o juiz colher manifestação das partes preparatórias de sua própria manifestação ou decisão), de prevenção (no sentido de as partes serem alertadas do uso inadequado do processo e a inviabilidade de julgamento de mérito) e de auxílio (no sentido de incentivar as partes a superar dificuldades relativas ao cumprimento adequado de seus direitos, faculdades, ônus ou deveres processuais). In: BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 85.

⁶ No mesmo sentido, entendendo que, antes de iniciar o prazo prescricional, deverá o juiz suspender o processo pelo prazo de um ano, defenderam Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima. In: LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Marques de. *Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto*. São Paulo: LTr, 2017. p. 28.

⁷ SILVA, Homero Batista Mateus. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: RT, 2017. p. 34.

REFERÊNCIAS

- BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LIMA, Franciso Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Marques de. *Reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2000. v. 6.
- SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.
- _____. *Manual de direito processual do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- SILVA, Homero Batista Mateus. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: RT, 2017.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista - ou como garantir. O acesso à justiça diante da reforma trabalhista*. Disponível em: <<http://www.jorgesoutomaior.com/blog>>. Acesso em: 28 jul. 2017.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista*. São Paulo: LTr, 2017.

REFORMA TRABALHISTA E A POLÊMICA SOBRE A ULTRATIVIDADE DAS CONDIÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

LABOR REFORM ON THE OVER VALIDITY OF THE COLLECTIVE CONDITIONS OF LABOR

Cláudio Armando Couce de Menezes*

RESUMO

Este artigo estuda as repercussões da Lei n. 13.467/2017 na ultratividade das condições coletivas de trabalho. Inicialmente, são mencionadas as concepções de diversos autores e a historicidade jurisprudencial pertinentes ao tema, que constitui uma velha questão na esfera trabalhista: a manutenção das condições coletivas de trabalho frente às convenções, acordos e sentenças normativas supervenientes. Em seguida, são investigados a nova redação da Súmula 277 do Colendo TST e os impactos da Reforma Trabalhista sobre a questão. Todas as ponderações são feitas, levando-se em consideração os valores estabelecidos na Constituição Federal.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Ultratividade. Condições coletivas de trabalho.

Ultratividade, ultra-atividade, efeitos ultrativos, permanência, incorporação, inserção e aderência das cláusulas coletivas são expressões que tratam de uma velha questão: a manutenção das condições coletivas de trabalho frente às convenções, acordos e sentenças normativas supervenientes. À expressão “ultratividade”, que tenta emprestar roupagens novas a um fenômeno bastante antigo, preferimos a tradicional expressão “permanência” ou “incorporação” das cláusulas coletivas¹ mas, em atenção ao uso corriqueiro dessa expressão, utilizá-la-emos sempre que dela nos lembrarmos...

O tema volta à ordem do dia por conta da alteração da Súmula n. 277 do C. TST, agora com a seguinte redação:

* Desembargador do Trabalho da 17ª Região, Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP, Especialista e Investigador Internacional pela Universidade de Castilla-La Mancha - Espanha.

¹ Sobre essa denominação tratamos do tema nos idos de 1992 (LTr 56 - 04/431/5).

Súmula n. 277 do TST

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14/9/2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27/9/2012.

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho. (destaques acrescidos)

Como mencionado, a matéria não é nova. Para sermos honestos, remonta à segunda metade do século passado... E, para aqueles que se surpreenderam com a nova redação do verbete, talvez valha a pena lembrar os primórdios dessa história.

Recorde-se que já prevaleceu a tese da permanência definitiva ou incondicional das cláusulas coletivas. Os argumentos residiam na inalterabilidade do pactuado em favor do trabalhador e, por consequência, na impossibilidade de mudanças lesivas no contratado (arts. 444² e 468³ da CLT); no respeito ao princípio da condição mais benéfica, que emergiria dos artigos 444, 468, 619⁴ e 622⁵ da CLT e na observância do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e do princípio da irretroatividade; na reciprocidade jurídica entre os efeitos dos contratos individuais e os instrumentos coletivos e normativos, negócios jurídicos que se complementariam, não podendo ser considerados isoladamente no tocante à regência do vínculo de emprego; por fim, na distinção entre duração e projeção das normas e dos efeitos das cláusulas obrigacionais e normativas.

Vejamos algumas lições sobre o tema:

² Artigo 444 da CLT "As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes."

³ Artigo 468 da CLT "Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia."

⁴ Artigo 619 da CLT "Nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito."

⁵ Artigo 622 da CLT "Os empregados e as empresas que celebrarem contratos individuais de trabalho, estabelecendo condições contrárias ao que tiver sido ajustado em Convenção ou Acordo que lhes for aplicável, serão passíveis da multa neles fixada."

1. OTÁVIO BUENO MAGANO

Esta continuará, contudo, regendo os contratos individuais em curso, já que suas cláusulas passaram a integrá-los. A supressão das últimas não seria possível à luz do art. 468 da CLT, que veda qualquer alteração contratual ou prejuízo ao empregado. As cláusulas que perdurarão serão as já integradas nos contratos individuais. Nessa conformidade, se a convenção finda previa, por exemplo, férias de 30 dias e o empregado já fruía desse benefício, não poderia perdê-lo com a extinção da convenção.

(MAGANO, Otávio Bueno. *Convenção coletiva de trabalho*. São Paulo: LTr, 1972. p. 95.)

2. PONTES DE MIRANDA

Se, ao expirar o prazo do contrato normativo, ou ao extinguir-se ele, por outra causa, que não seja desconstitutiva *ex tunc*, já se haveria concluído contrato com observância das normas, não há qualquer repercussão da extinção.

(MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974. v. 47, p. 378.)

3. JOSÉ MARTINS CATHARINO

Em todos os casos de terminação, os efeitos normativos já produzidos perduram na esfera dos contratos de emprego efetuados em curso desde antes da data em que a convenção ou acordo terminou.

As normas convencionadas ou acordadas extintas, “revogadas” ou “denunciadas”, para o futuro, já incorporadas aos contratos de emprego, vigendo, residual e contratualmente, na esfera individual e subjetiva. Assim como a norma criada não tem aplicação retroativa (CF, art. 153, § 3º), e sim imediata, a norma de destruição está na mesma situação temporal: não pode prejudicar o “direito adquirido” e o “ato jurídico perfeito”.

Sendo o contrato de emprego pressuposto de aplicação das normas convencionadas ou acordadas, enquanto permanecer, também estas perduram, máxime se mais favoráveis aos trabalhadores. É o que resulta não apenas da garantia constitucional indicada, mas também dos artigos 444, 468, 619 e 622, todos da CLT.

(CATHARINO, José Martins. *Tratado elementar de direito sindical*. São Paulo: LTr, 1977. p. 235-236.)

4. DÉLIO MARANHÃO

No que se refere aos contratos por ela modificados, automaticamente, ou

celebrados durante o período de vigência da norma, não nos parece que, em nosso direito positivo do trabalho, possa haver outra solução: continuam regidos pelas normas da convenção extinta.

E que elas se incorporam nos contratos individuais e as condições de trabalho nestes incorporadas não podem sofrer alteração, nos termos expressos do art. 468 da Consolidação.

(MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1978. p. 332-333.)

5. AMAURI MASCARO NASCIMENTO

Desse modo, os acordos coletivos funcionam como parte de produção de cláusulas que subsistirão mesmo depois que desaparecerem. Exemplificando: se um acordo coletivo dispuser que os empregados beneficiados terão direito a adicional por tempo de serviço, continuará a existir o mesmo direito para quantos trabalhadores foram, na origem, beneficiados por esta cláusula e enquanto mantiverem a relação de emprego na qual a vantagem nasceu.

Há uma função receptícia do contrato individual e uma função outorgante do contrato coletivo, acasalando-se para a transposição do direito que sai da esfera do acordo coletivo para penetrar no âmbito do contrato individual como norma que por si se manterá não necessitando mais do acordo coletivo para se fundamentar. É esse o efeito ultratemporal dos acordos coletivos, não expresso em nossas leis, mas consubstanciado na fórmula aceita como própria do instituto.

(NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*. São Paulo: LTr, 1982. p. 285.)

6. ORLANDO TEIXEIRA DA COSTA

Orlando Teixeira da Costa, em brilhante artigo publicado na *Revista LTr* n. 54-2, p. 155, segue em igual diapasão:

Em nosso país, a contratação laboral é, em princípio, livre, mas não pode contrariar as disposições de convenções coletivas de trabalho (art. 444 da CLT). Se contrariar, haverá a nulidade da cláusula contratual, prevalecendo a norma convencional obstaculizada (art. 619 da CLT). Finalmente, o contrato de trabalho só pode ser alterado consensualmente e, ainda assim, desde que não resulte, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado (art. 468 da CLT). Ora, como as cláusulas normativas passam a integrar, ainda que momentaneamente, pela teoria da autonomia privada coletiva, os contratos individuais de trabalho, em termos de legislação ordinária brasileira, essa integração resulta, necessariamente, em inalterabilidade, sob pena de nulidade.

7. WASHINGTON DA TRINDADE

É preciso distinguir, todavia, entre duração de Acordo e projeção de suas normas. As obrigações para as partes signatárias e que constituem conteúdo obrigacional de acordo extinguem-se com o término de sua vigência. Já as disposições que são estabelecidas para as relações individuais de trabalho e que constituem o conteúdo normativo do Acordo não desaparecem com o término da duração; projetam-se sobre os contratos de trabalho em curso, neles se inserem, passam a ser, daí por diante, normas de cada um em dois contratos individuais, neles encontrando o fundamento de sua perdurabilidade, mesmo após o termo final do Acordo Coletivo.⁶

8. PINHO PEDREIRA

Cláusulas obrigacionais são as que criam deveres para as próprias partes (por exemplo, os sindicatos, na convenção), como as sanções por seu inadimplemento, a criação de comissões paritárias para dirimirem divergências quanto à sua interpretação, as que impõem o dever de paz ou de influência junto aos membros da categoria, no sentido da observância das obrigações que lhes imponha o acordo ou a sentença, a instituição de processos de recurso e de mecanismos de conciliação e arbitragem à criação de obras sociais, como colônias de férias e creches. É indubitável que as cláusulas dessa natureza não gozam de ultra-atividade. A sua vigência cessa com a do instrumento normativo que as encerre.

Muito diferente é o que se passa com as cláusulas normativas, aquelas que predeterminam o conteúdo dos contratos individuais do trabalho, salvo quando estes estipulam condições mais favoráveis do que as nelas consignadas.⁷

A jurisprudência também era marcante nesse sentido:

5.579 “As vantagens asseguradas em sentença normativa não se extinguem com o decurso do tempo: incorporam-se ao contrato dos trabalhadores por ela beneficiados.” Ac. (unânime) TRT-5ª Região - 1ª T. (RO 847/85), Rel. Juiz Rosalvo Torres, DJ 18/7/86.

1.259 “Condições de trabalho e vantagens conquistadas pela categoria profissional, em sucessivas convenções coletivas, podem ser preservadas, se não demonstrada a ilegalidade ou inconveniência das mesmas.” Ac. TRT-8ª

⁶ TRINDADE, Washington da. *O superdireito nas relações de trabalho*. Salvador: Distribuidora de Livros de Salvador, 1982. p. 87.

⁷ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. Salvador: Contraste, 1996. p. 134.

Reg. (DC. 455/86), Relatora Juíza Semíramis A. Ferreira, proferido em 6/8/86. Dicionário de Decisões Trabalhista, B. Calheiros Bonfim e Silvério dos Santos, 21. ed.

1.105 “Vantagem instituída em Convenção Coletiva, sem limitação temporal, passa a integrar o patrimônio jurídico do empregado, a partir de sua vigência, não podendo ser supressa, mesmo que outra posterior não a contemple”. Ac. TRT 5ª Região - 1ª T. (RO 2.884/82), Rel. Juiz Oliveira Torres, DJ 31/7/83).

1.106 “Cláusula de convenção coletiva de trabalho ajustada em vários anos seguidos. Hierarquia salarial determinada em lei (DL n. 15/66) e presente o critério em sentenças normativas. Manutenção de cláusulas anteriores. A questão é de transferência do plano individual para o coletivo. Se a reiteração da execução de uma condição de trabalho expressa cláusula contratual, com maior razão há de igual entendimento se em apreço o interesse jurídico coletivo. A expressa reiteração, que foi longa, estabeleceu um preceito, inteiramente conforme aos princípios do Direito do Trabalho.” Ac. TRT 1ª Reg. - 2ª T. (RO 5.902/82), Rel. Juiz Florêncio Júnior, proferido em 20/9/83.

Dicionário de Decisões Trabalhistas, 20. ed., autores citados, p. 156.

1.260 “As normas coletivas de trabalho, constantes de convenção ou acordos coletivos de trabalho, como de sentenças normativas, produzirão efeitos posteriores, mesmo após a expiração dos seus prazos de vigência, porque se integraram nos contratos individuais de trabalho, como cláusulas destas, se celebrados dentro do período de vigência da norma coletiva ou já existiam quando esta entrou em vigor.” TRT 8ª Reg. (AP 626/87 - AC. 1.096/87), Juiz Rider Nogueira de Brito.

1. “Pelo mesmo critério jurídico do Enunciado n. 51, do Colendo TST, deve ser ressalvado o direito adquirido do empregado aos triênios instituídos pela norma coletiva. E é irrelevante que a norma posterior seja omissa, eis que já incorporada a vantagem no seu patrimônio jurídico.

2. A supressão dos triênios pela nova norma coletiva não atinge o direito adquirido, do mesmo modo pelo qual a própria lei nova não pode atingi-lo, face à garantia constitucional da irretroatividade (art. 5º, XXXVI). TRT - RO 6.111/89, julgado em 12/12/90, por unanimidade, publicação DO de 10/1/91, Relator Juiz Azulino Joaquim de Andrade Filho, 3ª Turma, Boletim de Jurisprudência do TRT da 1ª Região, ano 11, maio/junho de 1991.)

Essa orientação foi dominante até o início do ano de 1988, quando o C. TST editou, através da Resolução n. 10/1988 (DJ 1º, 2 e 3/3/1988), a Súmula n. 277 que, sem que houvesse referência jurisprudencial anterior, dispôs que as normas fixadas em sentença normativa não se integrariam aos contratos. Conquanto tratasse de sentença normativa, logo serviu de guia à construção da argumentação que estendeu a limitação aos acordos e convenções coletivas, cunhando inclusive a expressão “ultratividade” para tal fenômeno...

Essa construção foi objeto de severas críticas do juslaboralista DÉLIO MARANHÃO:

Ainda com a devida vênia, cumpre observar que nenhum dos artigos da CLT, absolutamente nenhum, citados como “referências” para justificar o Enunciado n. 277, nenhum deles tem a mais remota relação com o próprio enunciado. Ninguém contesta que a lei estabelece prazos de vigência dos instrumentos coletivos. Apenas, não é esta a questão e sim se, cessada a vigência do instrumento, cessam também as vantagens que, por seu intermédio, foram atribuídas aos trabalhadores, não integrando, assim, tais vantagens, definitivamente, os respectivos contratos individuais de trabalho.

Ora, preceitos legais sobre o assunto existem, mas para dizer, justamente, o contrário. Tratando da convenção coletiva, diz, por exemplo, a CLT que:

Nenhuma disposição do contrato individual de trabalho que contrarie norma de convenção ou acordo coletivo de trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito. (art. 619)

Determina, por seu turno, o art. 468 da CLT que as condições de trabalho não podem ser alteradas ou revogadas, mesmo bilateralmente, em prejuízo do trabalhador.

E o art. 872 da CLT, disciplinando a ação de cumprimento de sentença normativa, fala em decisão transitada em julgado. E se esse trânsito ocorrer (o que não é incomum) depois do prazo de vigência a que se subordinava a decisão? Como dar cumprimento ao que não mais existiria?

Afinal, qual a razão de se fixar um prazo de vigência para o instrumento coletivo? E precisamente sua eficácia normativa. Não, porém, no sentido do enunciado. Toda norma, por isso que “norma”, projeta-se para o futuro. Ora, essa projeção pode encontrar seu limite no prazo de vigência da norma. Isso nada tem que ver, entretanto, com a definitiva integração das normas, por força de sua subjetivação, nos contratos individuais de trabalho daqueles em relação aos quais as normas se aplicavam porque ainda vigentes.

Essa subjetivação da norma, sem a qual esta não teria eficácia normativa, nem, portanto, razão de ser, traduz, como é óbvio, uma restrição à autonomia da vontade dos contratantes quanto ao estabelecimento, no contrato individual de trabalho, das condições que por eles possam ser ajustadas.

Note-se, aliás, que o art. 444 da CLT faz expressa alusão aos “contratos coletivos de trabalho” (leiam-se “convenções coletivas”).

Sucedo que alguns meses mais tarde, para ser exato, em 05 de outubro

de 1988, o Brasil incorporou ao seu patrimônio jurídico a “Constituição Cidadã” que, no § 2º do seu artigo 114, impôs à Justiça do Trabalho o acatamento das disposições e normas mínimas de proteção ao trabalhador.⁸

A respeito do novel texto constitucional, Orlando Teixeira da Costa escreveu⁹:

A incorporação definitiva das cláusulas normativas aos contratos individuais consolidou-se, ainda mais, com o texto constitucional de 1988, pelo qual existe a imposição de respeito às “disposições convencionais”, a par das “legais mínimas de proteção ao trabalho”.

No mesmo sentido, JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL, em palestra ministrada no 3º Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho, realizada em São Paulo, sob os auspícios da LTr Editora, reproduzida posteriormente em artigo doutrinário:

A nova Constituição, aliás, reforça tal entendimento quando estabelece o poder normativo da Justiça do Trabalho no art. 114, § 2º, dizendo:

“Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.”

Entendo que tal dispositivo revogou o Enunciado n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho, inserindo nos contratos individuais dos trabalhadores as normas de convenções ou acordos.

Considero, pois, que os direitos decorrentes da convenção coletiva não podem mais ser reduzidos por novo convênio, ou por sentença normativa, sendo também impossível, mediante convenção ou acordo originário, reduzir direitos já existentes.¹⁰

Essa guinada constitucional repercutiu na jurisprudência:

1. Pelo mesmo critério jurídico do Enunciado n. 51, do Colendo TST, deve ser ressaltado o direito adquirido do empregado aos triênios instituídos pela norma coletiva. E é irrelevante que a norma posterior seja omissa, eis que já

⁸ Art. 114 da CF “[...] § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.”

⁹ COSTA, Orlando Teixeira da. Sobrevivência das normas coletivas após a expiração do prazo convencional. *Revista LTr* 02/1990. São Paulo, 155.

¹⁰ *Revista LTr* n. 53-1/89.

incorporada a vantagem no seu patrimônio jurídico.

2. A supressão dos triênios pela nova norma coletiva não atinge o direito adquirido, do mesmo modo pelo qual a própria lei nova não pode atingi-lo, face à garantia constitucional da irretroatividade (art. 5º, XXXVI). (TRT-RO 6111/89, julgado em 12/12/90, por unanimidade, publicação DO de 10/1/91, rel. Juiz Azulino Joaquim de Andrade Filho, 3ª T., Boletim de jurisprudência do TRT da 1ª Reg., ano 11, maio/junho de 1991.)

1. [...]

2. [...]

3. A manutenção de cláusulas de instrumentos normativos anteriores, se mais benéficas, é imperativo decorrente da vontade constitucional (art. 114, 2º, da Carta Magna).

4. [...]

(TRT-17 Reg. - DC n.3334/91, rel. Sérgio Moreira.)

O C. TST, todavia, manteve a redação primitiva da Súmula até 2009. E isso depois da Lei n. 8.542/1992 e dos diplomas posteriores que, expressamente, asseguraram a “ultratividade”; para não mencionar a Emenda Constitucional n. 45, que reafirmou a exigência de proteção das disposições mínimas de trabalho e, mais, acrescentou, com todas as letras, a necessidade de observância das condições convencionadas anteriormente.

Com efeito, o § 1º do artigo 1º da Lei n. 8.542 dispôs claramente acerca do efeito ultrativo das convenções coletivas, ainda que de forma mitigada, ou seja, adotando a “ultratividade relativa ou condicionada”, vinculada a novos instrumentos coletivos:

Art. 1º A política nacional de salários, respeitado o princípio da irredutibilidade, tem por fundamento a livre negociação coletiva e reger-se-á pelas normas estabelecidas nesta lei.

§ 1º As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho.

A Lei n. 8.880/1994, por sua vez, dispôs:

Art. 26. Após a conversão dos salários para URV, de conformidade com os arts. 19 e 27 desta lei, continuam asseguradas a livre negociação e a negociação coletiva dos salários, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 8.542, de 1992.

Já a Emenda Constitucional n. 45 deixou bem claro que a Justiça do Trabalho deve respeitar as condições coletivas existentes (“[...], bem como

as convencionadas anteriormente.”)

Porém, como dito anteriormente, o C. TST somente alterou a Súmula n. 277 em 2009 (Resolução n. 161/2009, DJ e divulgado em 23, 24, 25/11/2009), ressaltando apenas “o período compreendido entre 23/12/1992 e 28/7/1995, em que vigorou a Lei n. 8.542”:

Histórico

Súmula alterada - redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 16/11/2009) - Res. 161/2009, DEJT 23, 24 e 25/11/2009

n. 277 Sentença normativa. Convenção ou acordos coletivos. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho

I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II - Ressalva-se da regra enunciado no item I o período compreendido entre 23/12/1992 e 28/7/1995, em que vigorou a Lei n. 8.542, revogada pela Medida Provisória n. 1.709, convertida na Lei n. 10.192, de 14/2/2001.

Súmula mantida - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21/11/2003

Redação original - Res. 10/1988, DJ 1º, 2 e 3/3/1988

n. 277 Sentença normativa. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho. As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos.

A bem da verdade, é necessário noticiar que o próprio TST já vinha atenuando os rigores de seu entendimento, abrindo brechas aqui e acolá. É o caso da OJ n. 41 da SDI-I.

ESTABILIDADE. INSTRUMENTO NORMATIVO. VIGÊNCIA. EFICÁCIA (inserida em 25/11/1996). Preenchidos todos os pressupostos para a aquisição de estabilidade decorrente de acidente ou doença ocupacional, ainda durante a vigência do instrumento normativo, goza o empregado de estabilidade mesmo após o término da vigência deste.

O Precedente Normativo n. 120 também superou a posição restritiva, ainda que apenas sob a ótica das sentenças normativas:

SENTENÇA NORMATIVA. DURAÇÃO. POSSIBILIDADE E LIMITES (Resol. n. 176, 24/5/11, DJE 27/5/11). A sentença normativa vigora, desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência.

Mais recentemente, a Subseção de Dissídios Individuais, em acórdão da lavra do Ministro Augusto CÉSAR DE BRITO, decidiu:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. INDENIZAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. INCORPORAÇÃO AO CONTRATO DE TRABALHO DE VANTAGEM PREVISTA EM NORMA COLETIVA. ENERSUL. A existência de cláusula normativa criando a indenização por tempo de serviço e incorporação dessa vantagem aos contratos de trabalho em curso no período de vigência do acordo coletivo, mesmo que a rescisão contratual tenha se verificado após a vigência da norma coletiva, impõe a observância do pactuado coletivamente em razão do disposto no art. 7º, XXVI, porquanto as partes decidiram incorporar aos contratos individuais de trabalho de forma definitiva a indenização por tempo de serviço em face de dispensa sem justa causa. Recurso de embargos conhecido e provido. (Ac. SDI-1, RR-4924900-11.2002.5.24.0900.)

1 A NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA N. 277

Na sessão do Tribunal Pleno do C. TST, realizada em 14/9/2012, através da Resolução n. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27/9/2012, a Súmula n. 277 ganhou uma redação mais próxima do texto constitucional e do entendimento sedimentado pela doutrina e jurisprudência anterior à abrupta reviravolta ocorrida em fins da década de 80.

Dúvidas, entretanto, vêm se avolumando em relação à nova redação. Para começar, poder-se-ia observar que o C. TST não poderia alterar a redação da Súmula, pois não haveria precedente. No máximo, a Egrégia Corte deveria cancelar o verbete, deixando em aberto sua orientação sobre o tema. Da forma como agiu, teria atuado como legislador. Ora, tal argumento, se procedente, com licença do trocadilho, já tem “precedentes”...

Como notou DÉLIO MARANHÃO,

[...] a Súmula n. 277 foi artificialmente decretada, pois não havia julgados anteriores que pudessem servir de referência ao seu enunciado, não retratando, desta maneira, um posicionamento jurisprudencial repetido e constante.¹¹

Alguém poderia alegar que um erro não justifica outro. O fato de o enunciado primitivo da Súmula n. 277 não guardar correspondência com julgados anteriores não autorizaria fosse esse equívoco repetido. Porém,

¹¹ Revista LTr n. 52-7/775.

além das ressalvas que o C. TST já vinha procedendo no tocante ao seu entendimento sumulado, o acórdão mencionado atrás demonstra que a mais alta Corte Trabalhista do país já estava se afastando da posição restritiva quanto à incorporação das convenções coletivas. Recentemente, inclusive, o C. TST contrariou a redação anterior da Súmula n. 277, criando, dessa forma, as condições para a atual redação (TST-RODC-175800-07.2003.5.04.000, Min. Kátia Magalhães Arruda, publicado em 20/11/2009; TST-RODC-95100-91.2004.5.01.0000, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, publicado em 26/2/2010; PROC.AIRR6467-74.2010, j. 12.0037, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DEJT 18/5/2012, TST, 8ªT.)

Ademais, tratando-se de relevante matéria de interesse público - diz respeito a milhões de trabalhadores e empregadores, além de tratar de questão de ordem constitucional que exigia um enfoque distinto - a nova redação era um imperativo categórico...

Outra objeção que, talvez, pudesse ser oferecida residiria no aspecto de que a nova Súmula criaria uma descabida proteção pela jurisprudência, que ignoraria ser a Justiça do Trabalho não só voltada ao trabalhador, mas também às relações de trabalho em geral, não tendo mais lugar o princípio da proteção ao obreiro.

Ocorre que a proteção aqui não vem do C. TST, mas de preceito constitucional, dispositivos legais e princípios jurídicos que não eram cumpridos, gerando clara desigualdade em detrimento de quem trabalha. Em suma, a proteção existente em lei e na Constituição em prol dos obreiros não era observada pela jurisprudência sumulada que, inadvertidamente, terminava por proteger a parte mais favorecida na relação de trabalho; ou seja, era a aplicação do “princípio da proteção” às avessas...

Além disso, cumpre lembrar os postulados da progressividade e da irreversibilidade, expressamente agasalhados no *caput* do artigo 7º da CF, com reflexos nos artigos 444, 619 e 622 da CLT (entre outros), além de atuar como caldo de cultura dos princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica.

Aliás, sobre o tema da PROGRESSIVIDADE e da NÃO REVERSIBILIDADE social e jurídica, inclusive no plano coletivo, há hoje no Brasil uma significativa produção científica que merece ser consultada, inclusive para uma reflexão crítica acerca do discurso que procura pôr em xeque o princípio da proteção e os dele consequentes, como os da norma mais favorável e da condição mais benéfica que podem, perfeitamente, participar da construção jurídica da ultratividade.

Outra leitura possível contra a redação atual da Súmula n. 277 poderia argumentar que as negociações coletivas correm o risco de “engessamento”. Empregadores não concederiam mais benefícios e vantagens porque teriam dificuldade em suprimi-los no futuro.

Com a devida vênia, vai nessa argumentação muito exagero, pouca sinceridade e uma leitura apressada do novo verbete do TST acerca da incorporação das cláusulas coletivas.

Com efeito, estudos pontuam que as negociações coletivas no Brasil, nas décadas passadas, não foram exatamente marcadas pelo avanço nas negociações coletivas, menos no tocante à progressão de direitos. Ao contrário, com algumas notáveis exceções, o que se constata é a estagnação ou, pior ainda, tentativas de supressão de vantagens e direitos laborais.¹² Ora, esse foi justamente o período de vigência da redação anterior da Súmula n. 277 que vedava a ultratividade...

Por isso, lideranças sindicais como GRAÇA COSTA, Secretária de Relações do Trabalho da CUT, aplaudem a nova redação do verbete 277:

Todos os anos, ao fazer as negociações, tínhamos que, primeiro, nos preocupar em garantir os avanços da campanha anterior. Com essa alteração, o foco central é avançar nos direitos, um grande alívio para nossas atividades.

JONAS VALENTE, outro líder laboral (Secretário-Geral da SJADE), destaca o novo “poder de fogo” dos trabalhadores advindo da nova formatação jurisprudencial:

Em muitas negociações, há patrões que usam a possibilidade do fim da vigência da convenção coletiva... Há um impasse na negociação da data-base como ameaças para que os sindicatos fechem acordos ruins. Agora, essa arma não poderá mais ser usada.

JOSÉ EYMAR LOGUÉRCIO, jurista e advogado da área sindical, registra a importância dessa nova construção jurisprudencial, salientando sua consonância com os postulados constitucionais:

A Constituição de 1988 determina que as condições mínimas estabelecidas nos acordos e convenções deveriam ser reconhecidas, mas havia resistência do Judiciário. Na condição anterior, os trabalhadores corriam risco, em períodos de inflexão maior, de sofrerem retrocessos porque não havia poder para manter.

Do que se conclui que o “engessamento” vinha justamente da antiga redação da Súmula n. 277, absolutamente desfavorável às categorias profissionais.

¹² Confira-se o alentado estudo de GRILLO, Sayonara. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

Cumprе ressaltar que o novo enfoque do C. TST não consagra a ultratividade em sua plenitude. Para tanto, a cláusula coletiva integraria definitivamente o contrato, como já ocorreu no Brasil em tempos passados e em outros países¹³, conforme a concepção da ultratividade incondicionada, ilimitada ou definitiva.

Na orientação abraçada pelo E. TST, busca-se, segundo alguns dos seus Ministros (CARVALHO, Augusto César Leite de; CORRÊA, Lélіo Bentes; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de, 2016), estimular a negociação coletiva, alcançar contrapartidas reais, além de observar o disposto no referido § 2º do art. 114 da CF.

2 A SÚMULA N. 277 E A REFORMA TRABALHISTA

Recentemente, esclarecedor artigo sobre o tema foi escrito pelos Ministros Augusto César Leite de Carvalho, Lélіo Bentes Corrêa e Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. No texto, esclarecem as razões pelas quais foi modificada a antiga redação e defendem sua pertinência com a situação concreta dos trabalhadores e empregadores e a constitucionalidade do texto.

Relembra os autores que, em setembro de 2012, juntamente com a revisão de outros verbetes, foi proposta a alteração da Súmula n. 277, pois, ao ver da maioria, continha um claro desestímulo à negociação coletiva de trabalho, ancorado no texto da Constituição (revogada) de 1967, já que preconizava a eficácia de convenções e acordos coletivos somente em seu período de vigência, o que provocava uma vantagem injustificável para a categoria patronal, que poderia simplesmente recusar a negociação porque caducavam as conquistas a cada data-base.

A revisão foi proposta para que as cláusulas normativas previstas em convenções ou acordos coletivos tivessem efeito ultrativo, seguindo o que já era jurisprudência majoritária e reiterada da Seção de Dissídios Coletivos.

No entendimento dos autores, o Tribunal Superior do Trabalho tardou para alterar a redação diante da Constituição de 1988 que afirmava, em sua redação original, que as sentenças normativas deveriam respeitar “as disposições legais e convencionais mínimas de proteção ao trabalho”. Além disso, para afastar dúvida quanto a se preservarem não apenas as convenções coletivas alusivas à proteção mínima, a Emenda Constitucional n. 45/2004 explicitou que seriam preservadas “as disposições mínimas legais de proteção

¹³Sobre o tema, consulte-se o nosso artigo Permanência das cláusulas constantes de instrumentos coletivos. *Revista LTr*, São Paulo, n. 04, abril de 1992 e o estudo de Roberto Freitas Pessoa e Rodolfo Pamplona Filho. A nova e velha questão da ultra-atividade das normas coletivas e a Súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho. *Rev. TST*, DF, p. 2, abr./jun. de 2010.

ao trabalho, bem como as convenionadas anteriormente”, mas que seguissem a orientação do Supremo Tribunal Federal afirmando que a ultra-atividade das normas coletivas de trabalho não teria base constitucional.

Contudo, os precedentes do Supremo Tribunal Federal faziam remissão a julgamentos proferidos no AI 150475 e no RE 103.332, com base no § 1º do artigo 142 da Constituição de 1967, e não havia decisão turmária ou do seu Pleno a respeito das disposições convenionadas, o que ensejou a interpretação veiculada pela Súmula n. 277, nos exatos termos preconizados pela Constituição de 1988.

Para evitar que os empregadores fossem surpreendidos pela nova construção jurisprudencial, modulou os efeitos da nova redação para as convenções ou acordos celebrados após setembro de 2012.

Em julho de 2014, o *síde* do Tribunal Superior do Trabalho informou que a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino teria ajuizado no Supremo Tribunal Federal uma ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental), na qual argumentava ser inconstitucional a ultra-atividade por haver lei que a amparasse, sem, entretanto, observar que o § 1º do artigo 1º da Lei n. 8.542 fora revogado em virtude do contrato coletivo de trabalho, e com ele a ultra-atividade que já estaria consagrada na Carta Constitucional.

A Advocacia-Geral da União opinou pelo não cabimento da ADPF e avançou para ponderar que a ultra-atividade das normas coletivas contribuiu para o equilíbrio entre os atores coletivos da relação trabalhista, mesma posição adotada pelo Procurador-Geral da República.

Uma liminar, contudo, foi concedida pelo Supremo Tribunal Federal, impondo a suspensão de todos os processos em curso na Justiça do Trabalho que versassem sobre a ultra-atividade de normas coletivas.

Aqui talvez seja oportuno transcrever as palavras dos referidos Ministros do C. TST que participaram ativamente das discussões que levaram à nova redação da S. 277:

[...] cumpre reiterar que a Súmula 277 foi editada pelo TST com uma única finalidade: dar aplicabilidade prática ao artigo 114, § 2º, da Constituição Federal, ao exigir que a negociação coletiva preserve “as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convenionadas anteriormente”. Não foi sem razão que tanto a AGU como a PGR manifestaram-se no sentido da inexistência de qualquer inconstitucionalidade.

Esses são os fatos. Não nos cabe, como magistrados, emitir juízo de valor acerca das razões que emprestam fundamento e urgência à decisão liminar concedida por ministro da Corte Suprema. Cabe-nos, entretanto, esclarecer que o TST, em sua competência concorrente de esgotamento da instância trabalhista, interpretou a Constituição da maneira que lhe pareceu

correta e em consonância à literalidade do texto para, nos termos do que foi salientado pela AGU, encontrar o indispensável equilíbrio entre os atores coletivos da relação trabalhista, em conformidade à sua jurisprudência consolidada na Seção de Dissídios Coletivos e decantada na doutrina trabalhista” (CARVALHO, Augusto César Leite de; CORRÊA, Lelio Bentes; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de, 2016).

Sem também qualquer pretensão de tecer críticas e juízos de valor sobre a excelsa decisão, certo é que algumas consequências já se fazem sentir. Com efeito, além de dezenas, em breves centenas, de processos paralisados na já assoberbada Justiça do Trabalho, constatamos que empresas e sindicatos patronais estão a usar a sobredita decisão como meio para inviabilizar negociações coletivas, ajuizamento e julgamento de dissídios coletivos e até o desenrolar de demandas individuais.

Ademais, em um contexto onde se esperam os desdobramentos deletérios da chamada “Reforma Trabalhista” (terceirização ampla das atividades empresariais; dilatação dos prazos e hipóteses de utilização de contratos temporários e derrogação do legislado em prol do trabalhador hipossuficiente por acordos e negociações coletivas etc.), supostamente dirigida à modernização das relações laborais, é com apreensão que muitos, como os juristas e ilustres magistrados acima citados, refletem sobre os percalços que podem ser gerados à progressividade dos direitos e ao não retrocesso jurídico e social no plano coletivo.

3 CONCLUSÕES

Ultratividade, ultra-atividade, ultraatividade, efeitos ultrativos, permanência, incorporação, inserção e aderência das cláusulas coletivas são expressões que tratam de uma velha questão: a manutenção das condições coletivas de trabalho frente às convenções, acordos e sentenças normativas supervenientes.

A nova redação da Súmula n. 277 do C. TST está em consonância com as regras e princípios constitucionais além de guardar também compatibilidade com os postulados do Direito do Trabalho

Na defesa da nova redação da Súmula n. 277, vale aqui questionar a assertiva de que o verbete desestimularia a negociação coletiva. Ao contrário, constitui um importante incentivo, pois garante conquistas anteriores em um momento em que as entidades sindicais obreiras não estão lá muito fortalecidas... É o que aponta a realidade quando constatamos um sem número de acordos e convenções daninhos aos trabalhadores, tentando derrogar inclusive o que estabelecido na Constituição e na lei como o mínimo indispensável. Registre-se que a negociação *in pejus* - além de fatores como a pulverização sindical, sindicalismo amarelo e peleguismo - tem como

principal razão de ser o enfraquecimento contínuo das organizações sindicais devido à terceirização, deslocamento de empresas, “reengenharia do trabalho”, instabilidade no emprego e medidas repressivas patronais. Também não melhoram esse quadro as decisões do Judiciário do Trabalho contrárias ao Direito Fundamental de Greve, tais como liminares (em possessórias, dissídio coletivo, cautelares etc.) para coibir paralisações, manifestações, piquetes, assembleias, carros de som, ou, sob pena de multas vultosas, impor a manutenção da atividade empresarial em percentuais que tornam inviável o exercício do movimento paredista.

Modernizar a legislação trabalhista não pode se constituir em um biombo para precarizar, desregulamentar, fragilizar o trabalho e quem o presta. Ao contrário, a modernização deve ser dirigida à progressividade de direitos (*caput do artigo 7º da Constituição Federal*), ou seja, à inclusão daqueles que estão desprotegidos, à elaboração de normas inclusivas para as novas ocupações surgidas e à criação de mais direitos para os trabalhadores em geral; ao fortalecimento das entidades sindicais dos trabalhadores e ao estímulo das negociações coletivas benéficas com a coibição das derogatórias de direitos (ao menos nos moldes da Súmula n. 277, com a redação dada pelo Tribunal Superior do Trabalho em 2012) e a ampliação do direito de greve, com o fim das restrições impostas pela lei e pela jurisprudência.

ABSTRACT

This article studies the consequences of Law n. 13.467/2017 on the over validity of labour collective conditions. First we mentioned many author's concepts and jurisprudential historicity concerning the issue, which is and old discussion in labour area: the maintenance of labour colletive conditions related to subsequent conventions, deals and normative judgements. Later we investigated the new wording of Precedent 277 of the Venerable TST and Labour Reform impacts on the issue. All the weightings are made considering Federal Constitution values.

Keywords: *Labour Reform. Over Validity. Colletive Conditions of Labour*

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO, Luis Enrique. *La crisis de la ciudadanía laboral*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2007.
- ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, 2000.

- BARBAGELATA, Héctor. Os princípios do direito do trabalho de segunda geração. *In Cadernos da AMATRA*, IV, 7, abr./jun. ano III, Porto Alegre: HS, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BONFIM, Benedito Calheiros; SANTOS, Silvério dos. *Dicionário de decisões trabalhistas*. 20. e 21. ed. Niterói: Impetus.
- CALVET, Otávio Amaral *et al.* *In*: Direitos humanos e fundamentais. Os princípios da progressividade, da irreversibilidade e da não regressividade social em um contexto de crise. *Revista IOB (Trabalhista e Previdenciária)*, n. 244, São Paulo: IOB, out. 2009.
- CARVALHO, Augusto César Leite de; CORRÊA, Lelio Bentes; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de. A caminho de um novo e desnecessário direito do trabalho - A triste sina de Sísifo. Publicado 18 de outubro, 2016. Disponível em: <<http://jota.info/caminho-de-um-novo-e-desnecessario-direito-trabalho-triste-sina-de-sisifo>>.
- CATHARINO, José Martins. *Tratado elementar de direito sindical*. São Paulo: LTr, 1977.
- COSTA, Orlando Teixeira da. Sobrevivência das normas coletivas após a expiração do prazo convencional. *Rev. LTr*, fevereiro de 1990.
- DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Org.). *A perda da razão social do trabalho, terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- GORZ, André. *Misères du présent richesse du possible*. Paris: Editions Galilée, 1997.
- MACIEL, José Alberto Couto. A nova constituição e a possibilidade de redução de direitos na convenção e no acordo coletivo. *Rev. LTr*, n. 1, janeiro/89, v. 53.
- MAGANO, Otavio Bueno. *Convenção coletiva de trabalho*. São Paulo: LTr, 1972. p. 95.
- MARANHÃO, Délio: A propósito do enunciado n. 277 do Egrégio TST. *Rev. LTr*, n. 7, julho de 1988, v. 52, p. 75-76.
- _____. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1978.
- MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Interpretação e aplicação das normas de direito do trabalho. Princípios de direito do trabalho. Renúncia e transação. *LTr* n. 6, junho de 1991, ADT (COAD), n. 23, ano 1990, 10/6/90, p. 187-192.
- _____. Permanência das cláusulas constantes de instrumentos coletivos. *Revista LTr* n. 56, n. 04, São Paulo, abril de 1992.
- MURADAS, Daniela. O princípio da vedação do retrocesso jurídico e social no direito coletivo do trabalho. *In*: MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de (Org.). *Termos de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*. São Paulo: LTr, 1982.

- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PESSOA, Roberto Freitas. A nova velha questão da ultra-atividade das normas coletivas e a súmula n. 277 do tribunal superior do trabalho. *Rev. TST*. Brasília, n. 2, abr./jun. 2010. v. 76.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1964. v. 47.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner Giglio, São Paulo: LTr, 1989.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1.
- SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: as consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- _____. *A cultura do novo capitalismo*. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. Salvador: Contraste, 1996.
- SILVA, Sayonara Grillo; COUTINHO, Leonardo da. *Relações coletivas de trabalho* (Configurações institucionais no Brasil contemporâneo). São Paulo: LTr, 2008.
- TRINDADE, Washington da. *O superdireito nas relações de trabalho*. Salvador: Distribuidora de Livros de Salvador, 1982.

REFORMA TRABALHISTA E JUSTIÇA DO TRABALHO: OLHOS VENDADOS E MÃOS ATADAS?

LABOR REFORM AND JUSTICE OF WORK: EYES SHUTTED AND HANDS TIED?

Florença Dumont Oliveira*

RESUMO

O presente artigo objetiva comentar, brevemente, a nova redação dada ao art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pela Lei n. 13.467/2017, à luz das fontes de integração do Direito do Trabalho e da interpretação jurisprudencial. A norma em comento deve ser interpretada à luz dos princípios inerentes ao Direito do Trabalho, além dos princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

Palavras-chave: Art. 8º da CLT. Hermenêutica jurídica. Integração e interpretação do Direito do Trabalho. Interpretação e exame dos acordos e convenções coletivas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo objetiva comentar, brevemente, a nova redação dada ao art. 8º da CLT, pela Lei n. 13.467/2017, que assim dispõe:

Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

§ 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.

§3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça

* Mestra em Direito do Trabalho. Procuradora do Trabalho.

do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

A redação original do *caput* do art. 8º, que trata das fontes e integração jurídica, foi mantida integralmente. Contudo, a lei altera o texto do então parágrafo único¹, substituindo-o pela novel redação dada ao § 1º do art. 8º, que se limita a dispor que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, excluindo o texto anterior que complementava a norma, ao determinar a aplicação subsidiária nos casos de ausência de incompatibilidade com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho. Ademais, foram adicionados outros dois parágrafos ao artigo em comento.

O que, concreta e efetivamente, mudará com a reforma trabalhista no aspecto? Teria o juiz perdido espaço para interpretar a lei? Não haveria norma para além do texto legal? Significaria a aplicação única e literal do brocardo *in claris cessat interpretatio*? Não haveria mais diferença entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho? Como interpretar o texto que parece restringir a interpretação, inclusive à luz da Constituição da República? Sem a pretensão de responder às questões propostas, buscar-se-á uma breve reflexão acerca das recentes alterações mencionadas.

2 FONTES E INTEGRAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

O juiz não poderá se abster de decidir diante de lacuna, ambiguidade ou omissão na lei, até mesmo para que se garanta certa pacificação social. A obrigação de julgar é imanente à natureza do Poder Judiciário e ao ofício do magistrado.²

Por isso mesmo, na falta de disposições legais ou contratuais, o juiz (intérprete) poderá se valer de analogia, equidade, jurisprudência, normas gerais de direito, costumes e direito comparado, devendo prevalecer o interesse público.³ E, aplicando a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.⁴

O problema das lacunas jurídicas é inerente ao sistema, considerando o caráter dinâmico do direito. Conforme ensina Diniz:

¹ Eis a redação anterior: "Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste."

² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

³ *Caput* do art. 8º da CLT e art. 4º do Decreto-Lei n. 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Código Civil).

⁴ Art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

O direito apresenta lacunas, porém é, concomitantemente, sem lacunas [...] porque seu próprio dinamismo apresenta solução para qualquer caso *sub judice*, dada pelo Poder Judiciário ou Legislativo. O próprio direito supre seus espaços vazios, mediante a aplicação e criação de normas. De modo que o sistema jurídico não é completo, mas completável.⁵

Quanto às lacunas, estas costumam ser classificadas em três principais espécies, a saber: normativa (ausência de norma sobre o caso), ontológica (existência de norma que não mais corresponde aos fatos sociais) e axiológica (existência de preceito normativo que, se aplicado, conduzirá à solução injusta ou insatisfatória).⁶

E para preencher lacunas o intérprete se valerá das fontes do Direito e das técnicas de interpretação e integração jurídica, considerando a existência de um sistema aberto e os mecanismos disponíveis para sua justa aplicação.

No âmbito do Direito do Trabalho, cita-se a hipótese prevista na Orientação Jurisprudencial n. 355 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho (TST), como exemplo de analogia, que trata da aplicação dos efeitos da não-concessão do intervalo intrajornada aos casos de não-concessão do intervalo interjornada. Trata-se de hipótese em que o e. TST reputou adequado o preceito existente em uma situação específica a outras situações semelhantes.

Podem-se citar, ainda, as Súmulas n. 229 e 428 do e. TST, que tratam da aplicação analógica do § 2º do art. 244 da CLT ao eletricitário e ao empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando chamado para o serviço durante o período de descanso. No caso, tendo em vista a existência de similitude factual entre tais empregados e os ferroviários e, ainda, os princípios da razoabilidade, igualdade e enriquecimento sem causa⁷, entendeu a jurisprudência majoritária que a norma celetista especificamente prevista para os últimos deveria também ser aplicada aos primeiros.

Trata-se de exemplos de concretização de técnicas de integração do direito, em que a jurisprudência optou por aplicar uma regra expressa e específica para outros casos com circunstâncias laborais parecidas. Os mesmos casos concretos poderiam ter dado ensejo a interpretações diferentes. Por exemplo, seria razoável também entender que o § 2º do art. 244 da CLT restringe as horas de sobreaviso à razão de 1/3 do salário

⁵ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 306.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 95.

⁷ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

normal, e, portanto, a interpretação restritiva aplicada aos ferroviários não poderia ser estendida aos demais trabalhadores. Nessa esteira, seria plausível o entendimento no sentido de que todos aqueles que tivessem sua liberdade pessoal tolhida (ainda que parcialmente), ficando em constante estado de alerta, deveriam ter seu tempo computado como à disposição, remunerando-se normalmente as horas em que o trabalhador não tivesse plena disponibilidade de seu tempo, e não apenas à razão de 1/3. Ou, ao reverso, poder-se-ia pensar que a restrição apenas parcial da liberdade do empregado não ensejaria o pagamento de salário algum.

A existência de, pelo menos, três interpretações (anteriormente expostas) para uma mesma situação demonstra ser falha a pretensão de que a regra contenha, em si, todo o substrato inerente à norma a ser aplicada ao caso concreto, não se podendo usurpar do juiz seu poder-dever de dizer o direito e entender a lei dentro do sistema jurídico como um todo.

Não há como se pretender, portanto, a existência de uma única verdade incontestável, geradora de segurança jurídica, ou de uma única resposta para o caso concreto.

Assim como o intérprete poderá se valer da analogia como método de integração do direito, também poderá se valer da jurisprudência, costumes, direito comparado, princípios e normas gerais de direito e equidade.

A equidade (no sentido aristotélico, de retificação das distorções que uma lei genérica poderá ocasionar) e os princípios gerais de Direito e do Direito do Trabalho também deverão ser utilizados como forma de interpretar a lei.

Quanto à modificação do parágrafo único do art. 8º, embora não haja previsão expressa na lei de que a aplicação subsidiária do direito comum apenas poderá ocorrer se houver compatibilidade com os princípios próprios do Direito do Trabalho, tal compatibilidade é inferida do sistema jurídico, sendo desnecessário que a lei diga o óbvio. Portanto, conquanto não haja previsão expressa na lei, entende-se que o sentido da norma não fora alterado, haja vista que o processo hermenêutico levará à exegese de que a aplicação subsidiária do Direito Civil apenas poderá ocorrer se não for incompatível com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho. Inclusive, nessa linha, não houve alteração em relação ao art. 769 da CLT, que prevê expressamente a necessária compatibilidade do Direito Processual Civil com as normas de Direito Processual do Trabalho.

Cumprido releva que, a teor do método lógico ou racional, também utilizado na operação interpretativa, a lei, após produzida, encarna uma vontade própria, não podendo ser interpretada à luz de simples exteriorização da vontade do legislador.⁸

⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

Portanto, não cumpre perquirir o motivo pelo qual o legislador teria excluído parte da redação do antigo parágrafo único do art. 8º, inferindo-se, pelos métodos lógico, sistemático e teleológico, a necessária compatibilidade entre as normas do Direito do Trabalho e as do Direito Civil para a aplicação deste, até mesmo para que não se perca o sentido da realidade que penetra o Direito do Trabalho.

3 JURISPRUDÊNCIA E INTERPRETAÇÃO

A jurisprudência, em essência, tem por fim estratificar o sentido de determinada norma para o caso concreto. Portanto, em regra, as súmulas e outros enunciados objetivam interpretar a lei, por meio do Direito existente, assim visto como sistema aberto.

Por um lado, pode-se dizer que não há, necessariamente, criação de obrigações não previstas no ordenamento jurídico, porquanto, ainda que não haja lei específica para o caso sumulado, tais obrigações poderão ser extraídas do sistema como um todo pelas técnicas de integração e pelas fontes do Direito. Significa dizer que a inexistência de regra específica não representa a inexistência do direito, porque “[...] ao preencher lacunas o órgão judicante não cria direito novo; nada mais faz senão desvendar normas que, implicitamente, estão contidas no sistema jurídico.”⁹

Nesse sentido, o juiz, ao elaborar normas individuais para cumprir sua missão integradora, não o faz em criação autônoma, mas em conformidade ao sistema.¹⁰ E tal deve ser a interpretação do § 2º do art. 8º, vale dizer, no sentido de que o Poder Judiciário não pode se imiscuir em funções que não lhe são próprias (como legislar), mas pode e deve interpretar a lei e integrar o Direito.

Por outro, a própria lei reconhece certo poder jurígeno à jurisprudência, ao prever que esta será fonte do Direito do Trabalho (*caput* do art. 8º).¹¹ Portanto, o poder-dever de preencher lacunas concedido pela lei confere ao julgador, em certa medida, a faculdade de elaborar regras (não arbitrárias e imparciais). Dessa forma, ainda que o juiz não possa alterar ou substituir o direito, ele tem o poder-dever de interpretá-lo e aperfeiçoá-lo diante do caso concreto, analisando-o à luz do sistema jurídico como um todo, pautado por seus princípios e regras.¹²

⁹ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 307.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹¹ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

¹² GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Lacunas no direito. In: *Âmbito jurídico*. Rio Grande, XIII, n. 75, abr. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7291>. Acesso em: 10 ago. 2017.

E, embora mantidas as normas relativas à integração no Direito do Trabalho, permitindo-se o uso da jurisprudência como fonte do Direito do Trabalho, o § 2º acrescentado ao art. 8º informa que as súmulas e enunciados editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos nem criar obrigações.

Consoante o já registrado, em tese não há propriamente criação de obrigações novas, mas normas desvendadas no sistema jurídico, ainda que com explicitação de regras específicas.

E ainda que uma leitura apressada possa sugerir que o juiz esteja vinculado ao texto gramatical da lei, não há espaço para tal entendimento. O processo hermenêutico não poderá desconsiderar o diálogo entre o texto e o intérprete, suas experiências e as condições socioculturais existentes quando da leitura, interpretação e aplicação da norma:

[...] leis, tratados, convenções, decretos e regulamentos devem ser conhecidos pelo jurista não apenas em sua literalidade, mas sob uma hermenêutica aprofundada, funcionalizada e aplicativa, guiada pelo axioma da promoção da dignidade da pessoa humana na permanente dialética entre a norma e o fato, entre o formal e o social, cujo resultado, ainda que imprevisível, resulta na constante reinvenção e renovação do direito.¹³

O Direito, portanto, não se limita à fonte legislativa, sendo dever do intérprete reconhecer as questões sociais e culturais que o rodeiam, ao aplicar a lei ao caso concreto. A utilização isolada do antigo brocardo no sentido de que disposições claras não comportam interpretação não é aplicada na atualidade, mormente considerando-se que qualquer texto carece de interpretação.

Nessa esteira, o próprio art. 5º do Decreto-Lei n. 4.657/1942 dispõe que, “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Há tempos, pois, o próprio Direito Civil rompeu com a exegese tradicional das escolas de estrito legalismo ou dogmatismo, em que o intérprete era escravo da lei.

Ensina Alice Monteiro de Barros:

[...] a jurisprudência, como expressão do direito, deverá proporcionar a solução mais eficaz para os conflitos entre capital e trabalho. E essa eficácia é a sua adequação aos novos fatos da vida social, que o Direito visa a regular, em

¹³FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro - elementos constitucionais para uma reflexão. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *10 anos do código civil*. Edição Comemorativa. Brasília: ESMPU, 2014. p. 92.

determinado momento [...]. Esses fatos, por sua vez, estão em constante mutação, a qual o direito codificado não consegue acompanhar [...]. [...] à luz da observação da realidade jurídica, é necessário que as decisões, sem desrespeitar o ordenamento jurídico vigente, resolvam a sua trajetória, indicando-se o caminho justo.¹⁴

Portanto, a lei existe para ser compreendida de forma justa e eficaz. Vejamos, por exemplo, os arts. 62, III, e 442-B da CLT, também incluídos pela Lei n. 13.467/2017, que deverão ser interpretados diante do caso concreto. O art. 62, III, exclui da abrangência do regime da jornada os empregados em regime de teletrabalho. Já o art. 442-B determina que “A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.”

Tais (e outros) dispositivos deverão ser interpretados de acordo com os princípios que regem o Direito do Trabalho, especialmente o princípio do contrato-realidade (também chamado de princípio da primazia da realidade sobre a forma). Aliás, até mesmo o Direito Civil, aplicável subsidiariamente, informa que, “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” (art. 112 do Código Civil brasileiro). Mais ainda no Direito do Trabalho o que importa é a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade manifestada pelas partes.¹⁵

Portanto, ainda que sejam cumpridas as formalidades inerentes à contratação do autônomo, se estiverem presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, especialmente a subordinação, não ficará afastada a sua qualidade de empregado. Por óbvio, para que se afaste a qualidade de empregado, deve haver efetiva autonomia, no sentido material da palavra. A hipótese assemelha-se ao já conhecido art. 442, parágrafo único, introduzido pela Lei n. 8.949/1994, que dispõe não haver vínculo de emprego entre a cooperativa e seus associados. A jurisprudência trabalhista vem decidindo, acertadamente, que o vínculo de emprego apenas não existe se não estiverem presentes os elementos da relação de emprego e se houver real cooperativismo, porquanto, havendo fraude, será configurado o vínculo de emprego.¹⁶

¹⁴BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 109.

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

¹⁶Nesse sentido, há farta jurisprudência, citando-se exemplificadamente: 1) Número único Proc. RR-299000-26.2005.5.04.0018. Publicação: DEJT 10/10/2012. Acórdão da 2ª Turma - Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta. 2) Número único Proc. RR 16562320105020046. Publicação: DEJT 13/11/2015. Acórdão da 3ª Turma - Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado.

Da mesma forma, apenas é razoável conceber que o trabalhador em teletrabalho não se submeterá ao capítulo de jornada se, efetivamente, seu trabalho não for compatível com o controle de jornada, porquanto, uma vez submetido, na prática, ao controle de jornada pelo empregador, o que poderá ocorrer por meios telemáticos, haverá aplicação das normas pertinentes. Mais uma vez, a jurisprudência já possui tal entendimento em relação aos empregados que exercem atividades externas.¹⁷ E não poderia deixar de ser assim, até porque, sendo a jornada controlável, seria inconstitucional o não-pagamento de horas extras (incisos XIII e XVI do art. 7º da CR/88).

E, de fato, não se pode conceber que a lei venha para, pura e simplesmente, retirar direitos dos empregados e institucionalizar a fraude, até porque os preceitos constitucionais pertinentes ao Direito do Trabalho não foram revogados, a exemplo do valor social do trabalho e do conceito da relação de emprego, acolhido pelo inciso I do art. 7º da CR/88.

Também corrobora tal interpretação o teor do art. 9º da CLT, que dispõe serem “[...] nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.” Dessa forma, por exemplo, o contrato firmado formalmente com um “autônomo” que é subordinado, assim como a submissão de um trabalhador ao teletrabalho com efetivo controle de jornada, objetivando simplesmente fraudar direitos, torna o ato nulo, não podendo o empregador se valer de determinada formalidade para se esquivar de garantir direitos trabalhistas decorrentes do reconhecimento do vínculo empregatício ou não pagar horas extras.

Finalmente, registre-se que, ainda que a jurisprudência não crie, a rigor, direitos e obrigações, ela tem como função específica interpretar, vivificar, humanizar, suplementar e rejuvenescer a lei.¹⁸

4 EXAME DAS CONVENÇÕES COLETIVAS E INTERVENÇÃO MÍNIMA

Segundo o § 3º incluído ao art. 8º, no exame de convenções e acordos coletivos de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico (art. 104 do Código Civil), balizando sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

¹⁷Número único Proc. AIRR 105749720145140092. Publicação: DEJT 13/11/2015. Acórdão da 4ª Turma - Relator Ministro João Oreste Dalazen; Número único Proc. RR 7808820105090041. Publicação: DEJT 12/6/2015. Acórdão da 3ª Turma - Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado.

¹⁸FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.

A leitura do parágrafo em comento deverá ser feita à luz dos princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade do Poder Judiciário, insculpidos nos arts. 2º e 5º da Constituição da República, de modo que nenhuma interpretação da regra em comento poderá afrontar tais normas constitucionais.

Nos termos do art. 104 do Código Civil, a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Quanto aos agentes, seriam eles, no caso, empresa e sindicato (empresarial ou profissional). Nos termos do inciso III do art. 4º do Código Civil, são relativamente incapazes aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. No caso do sindicato profissional, para além das questões meramente formais quanto à sua capacidade, vem à tona o seguinte questionamento: teria ele real liberdade para exprimir sua vontade?

Infelizmente, o sindicato tem caminhado para a hipossuficiência ao lado do trabalhador, como pondera Márcio Túlio Viana ao tratar da prevalência do negociado sobre o legislado:

[...]

É que nem sempre basta o sindicato para que as forças se igualem. Realmente, o sindicato pode equilibrar as forças - pelo menos em termos relativos - num contexto de pleno emprego, com produção centralizada, empresas verticalizadas, trabalhadores homogêneos e relações estáveis de emprego.

[...]

Em vários países - inclusive no nosso - grande parte dos direitos trabalhistas veio sob a forma de normas de ordem pública, impondo patamares mínimos à própria negociação coletiva.[...] Com isso, o sindicato profissional se sentava sem medo à mesa de negociações. [...] E era exatamente essa restrição à convenção coletiva que a libertava para cumprir o seu verdadeiro papel enquanto fonte do Direito do Trabalho, reduzindo em grau crescente as taxas de mais-valia.

A propósito, nunca é demais lembrar que o Direito do Trabalho só tem sentido enquanto instrumento de proteção do trabalhador. Sua estratégia - contrária à do Direito Civil - é a de incorporar desigualdades para reduzir desigualdades. Sem ela, ele próprio se torna Direito Civil.

[...]

Hoje, as peças já não se encaixam como antes. O novo modo de produzir não corresponde ao sindicato. A moderna empresa já não abriga multidões uniformes, trabalhando anos a fio, em jornada plena, sofrendo os mesmos dramas e sonhando sonhos iguais. Como dizíamos, ela se fragmenta e se diversifica, e com isso despedaça o movimento sindical. Com a diferença que ela controla - e ele não - cada um de seus pedaços.

Além disso, a crescente mobilidade da empresa viabiliza ameaças do tipo: “ou vocês cedem, ou nos mudamos daqui”. A greve dá lugar a um fenômeno que se assemelha ao *lockout*, e que é tão ou mais eficaz do que ela própria já foi. Não é preciso que a promessa se realize: bastam as ameaças.

E como já não vivemos o pleno emprego, mas o desemprego e o subemprego, não é só o coletivo operário, mas o próprio trabalhador que se parte ao meio, perdendo a sua face coletiva. A solidariedade cede passo ao individualismo. A nova empresa consegue externalizar a própria concorrência, jogando-a por sobre os ombros dos empregados e de suas contratadas. E salve-se quem puder.

Paradoxalmente, é nesse contexto de fragilização estrutural do sindicato que surge a ideia de se eliminar os patamares mínimos.

[...]

Na verdade, a ideia de se eliminar um dos poucos mecanismos que apoiam o nosso sindicalismo é resultado não só da ideologia, mas da própria fragilização do movimento sindical. E, seguramente, vai servir para fragilizá-lo ainda mais.

[...] ainda que não surjam perdas diretas, a simples possibilidade jurídica de que elas aconteçam pode alterar profundamente o jogo de forças [...].

Ou seja: as convenções coletivas terão um papel cada vez menor do ponto de vista de construção do Direito do Trabalho, embora possam assumir grande importância na criação progressiva de um Direito Civil do Trabalho.

[...]

Na verdade, falar em “livre negociação” num contexto de desemprego, terceirizações e fraudes é quase como falar em “livre contrato de trabalho”. A igualdade de regras traz a desigualdade de resultados; a liberdade formal leva à opressão real. Embora em dose menor, o que se passa no plano individual se reproduz na esfera coletiva.¹⁹

Não bastasse o caminho tortuoso sofrido pelo sindicato ao longo dos anos, a possível perda de sua fonte de custeio (contribuição sindical obrigatória), em razão da reforma trabalhista, poderá aumentar mais ainda seu grau de hipossuficiência e perda do poder de barganha.

Quanto ao objeto lícito, a CLT, no art. 611-B, prevê hipóteses em que o objeto de convenção coletiva ou acordo coletivo serão ilícitos. Além de tais hipóteses deverá o juiz analisar as normas constitucionais, inclusive princípios constitucionalizados, que não poderão ser revogados pela legislação ou por convenção coletiva. No aspecto, mister ponderar que o princípio da norma mais favorável, por exemplo, está previsto no *caput* do art. 7º da CR/88.

¹⁹VIANA, Márcio Túlio. Quando a livre negociação pode ser um mau negócio (crítica ao projeto que altera o art. 618 da CLT). *Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.* - Belo Horizonte, 34(64): 155-159, jul./dez. 2001. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/73135/2001_viana_marcio_quando_livre.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 ago. 2017.

Considerando que a própria lei celetista faz remissão ao Código Civil para a análise da validade das convenções e acordos coletivos, permitindo o uso subsidiário do direito comum, o magistrado também poderá avaliar, no caso concreto, eventuais defeitos do negócio jurídico que poderão invalidar, total ou parcialmente, o acordado coletivamente, citando-se, por exemplo, a lesão, o dolo, o estado de perigo e a coação.

Despiciendo relembrar, ademais, que o instrumento coletivo deverá ser fruto de efetiva negociação, mediante a concessão de vantagens recíprocas, e não mera renúncia unilateral de direitos, sob pena de invalidação do instrumento.

Também deverá o magistrado ter em mente, quando do exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, vale dizer, a necessária incidência dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, com ênfase para a ponderação dos valores envolvidos.

5 CONCLUSÃO

O momento político em que vivemos leva ao inexorável questionamento: há justiça e democracia na lei? A reforma trabalhista foi aprovada sem a devida discussão e amadurecimento. O mesmo erro não deverá ser cometido pelos intérpretes e aplicadores da lei, incluído o Poder Judiciário.

Toda a legislação trabalhista deve ser interpretada de forma sistemática e em consonância com os princípios que regem o Direito do Trabalho. A hermenêutica jurídica atrela-se à existência de um sistema aberto, onde as regras estão submetidas a preceitos constitucionais, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, e à contraprova da realidade²⁰:

[...] como a constituição do Direito se dá gradativa e dialeticamente, abarcando leis elaboradas em momentos histórico-ideológicos bastante distintos, busca-se uma hermenêutica crítica, que conceba no Direito a complexidade da vida, interpretando-o com base em seus princípios e valores fundamentais; uma hermenêutica não adstrita à formalidade, mas alargada pela substancialidade do ser humano e de sua dignidade.²¹

²⁰FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro - elementos constitucionais para uma reflexão. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *10 anos do código civil*. Edição Comemorativa. Brasília: ESMPU, 2014. p. 78-99.

²¹FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro - elementos constitucionais para uma reflexão. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *10 anos do código civil*. Edição Comemorativa. Brasília: ESMPU, 2014. p. 94.

A equidade, no sentido de suavização do rigor da norma abstrata, “[...] sempre tenderá a auxiliar o operador jurídico a concluir com sensatez e equilíbrio sua atuação específica.”²²

Dessa forma, o Direito do Trabalho deverá ser interpretado considerando a equidade, a Constituição da República e os princípios gerais de Direito e do Trabalho.

Deve-se, portanto, buscar o pensamento contido no Direito enquanto sistema. Por isso mesmo é que, havendo lacunas (sejam elas normativas, ontológicas ou axiológicas), serão buscados elementos para a integração do direito, conforme estabelece o *caput* do art. 8º da CLT. Da mesma forma, §3º do art. 8º deverá ser lido em consonância com o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, e o seu §2º deverá ser interpretado em consonância com o próprio *caput* do artigo e também tendo em vista que o Poder Judiciário, na realidade, desvenda normas já existentes, ainda que implicitamente, no sistema.

Conclui-se também que o Direito Civil será fonte supletiva do Direito do Trabalho, desde que não haja incompatibilidade, sendo que a alteração que deu origem ao § 1º teve por escopo, simplesmente, evitar a redundância. Nesse ponto cumpre destacar que o próprio Direito Civil vem fazendo uma releitura de seus institutos, com base nos princípios e valores constitucionais e objetivando os fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

Nenhuma norma pertinente ao Direito do Trabalho poderá ser interpretada de forma incompatível com postulados elementares, como a dignidade da pessoa humana, a cidadania e o valor social do trabalho, além dos princípios da proteção, primazia da realidade, irrenunciabilidade, continuidade, boa-fé, isonomia e função social da propriedade, entre outros, sob pena de esvaziamento do sentido dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

Não se pode descuidar, ainda, do princípio do não retrocesso social e dos princípios gerais da atividade econômica, a saber: valorização do trabalho humano, justiça social, função social da propriedade e busca do pleno emprego (entendendo-se a palavra pleno não apenas no sentido de quantidade, mas também de qualidade e dignidade).

O Poder Judiciário deverá ter assegurada sua independência em relação aos demais Poderes e ter resguardado seu poder-dever de dizer o direito, com imparcialidade. Seus olhos estarão fechados, mas suas mãos não poderão estar acorrentadas.

²² DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016. p. 179.

Na análise das convenções e acordos coletivos, o Juiz deverá preservar a autonomia coletiva até onde esta realmente existir, velando pela efetividade de preceitos sociais elementares e pela garantia da eficácia dos direitos fundamentais. Deverá também analisar a efetiva liberdade do sindicato para contratar, inclusive no sentido material da palavra.

E não poderá se eximir de resolver o caso concreto, dizendo qual é o direito aplicável, considerando as fontes e técnicas de interpretação, atentando-se às lacunas, inclusive ontológicas e axiológicas.

Apesar do argumento falacioso no sentido de que o Direito do Trabalho estaria velho, não muito se alterou quanto à antiga exploração por meio do trabalho alheio, com níveis de concentração de renda cada vez mais alarmantes. A antiga mais-valia continua atual, ainda que sob roupagens diferentes.

Será mesmo necessário repensar o Direito do Trabalho ou bastaria que se repensasse a forma de pensar o Direito? Poderá o magistrado, ao aplicar rígida e literalmente o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, permitir a destruição negociada do Direito do Trabalho? Não há espaço para o retrocesso a um Direito Civil superado desde a Lei de Introdução ao Código Civil, que determina a aplicação da lei tendo em vista os seus fins sociais. E o § 2º do art. 8º não pode ser lido de forma dissociada de seu *caput*, que confere à jurisprudência o *status* de fonte do Direito, além de conferir poder-dever ao Juiz para decidir por analogia, equidade, princípios gerais de Direito e do Direito do Trabalho, e, inclusive, de acordo com os costumes e com o direito comparado, sempre objetivando o interesse público.

Parafraseando Fernando Pessoa, o Direito, assim como viver, não é preciso. Respeitar o primado do trabalho é preciso.

ABSTRACT

The present article aims to comment the new wording given to CLT Article 8, by Law 13.467/17, in light of the sources of integration of the Labor Law and the jurisprudential interpretation. The norm in question must be interpreted in the light of the inherent principles in Labor law, in addition to the principles of the impossibility to remove of the Judiciary the dignity of the human person and the social value of work.

Keywords: *CLT Article 8. Legal hermeneutics. Integration and interpretation os Labor Law. Interpretation and examination af collective deals and conventions.*

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existência*. Belo Horizonte: Forum, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.
- DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FACHIN, Luiz Edson. Aspectos de alguns pressupostos histórico-filosóficos hermenêuticos para o contemporâneo direito civil brasileiro - elementos constitucionais para uma reflexão. *In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). 10 anos do código civil*. Edição Comemorativa. Brasília: ESMPU, 2014.
- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Lacunas no direito. *In: Âmbito jurídico*. Rio Grande, XIII, n. 75, abr. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7291>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- VIANA, Márcio Túlio. Quando a livre negociação pode ser um mau negócio (crítica ao projeto que altera o art. 618 da CLT). *Rev. Trib. Reg. Trab.* 3ª Reg. - Belo Horizonte, 34(64): 155-159, jul./dez. 2001. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/73135/2001_viana_marcio_quando_livre.pdf?sequence=1>. Acesso em: 09 ago. 2017.

“REFORMA TRABALHISTA” E TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXÕES CRÍTICAS

“LABOR REFORM” AND OUTSOURCING IN PUBLIC ADMINISTRATION: CRITICAL REFLECTIONS

Bárbara Natália Lages Lobo*
Regiane Pereira da Silva**

RESUMO

O presente artigo versa sobre os contratos mantidos entre a Administração Pública para a prestação de serviços públicos, utilizando-se da terceirização trabalhista. Além de reflexões críticas sobre o instituto e a possibilidade de sua utilização para desvios de verbas públicas, serão analisadas as normas que dispõem sobre o tema e as alterações introduzidas pela Lei n. 13.467/2017, a denominada “Reforma Trabalhista”.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Corrupção.

1 INTRODUÇÃO

Em 13 de julho de 2017, foi sancionada a Lei n. 13.467, a denominada “Reforma Trabalhista”. A despeito das inúmeras inconstitucionalidades formais e materiais da norma, bem como do discurso falacioso governamental e midiático a respeito dos benefícios advindos com a sua promulgação, dentre eles o restabelecimento da estabilidade econômica e o aumento do número de empregos, os quais, sabemos, não se resolvem com medidas flexibilizatórias, ressaltamos que não se trata a aludida lei de elemento único da “reforma trabalhista”, somando-se a ela outras políticas e normas justrabalhistas, destacando-se a Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017.

As referidas leis alteraram a redação da Lei n. 6.019/1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas, sendo a principal norma

* Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Autora do livro *O direito à igualdade na constituição brasileira* (2013). 2. ed. (2016). Servidora pública da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Professora Assistente nas Pós-Graduações de Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Processual do Instituto de Educação Continuada - IEC - PUC-Minas.

** Especialista em Direito Processual pela PUC-Minas. Advogada.

que rege a terceirização trabalhista no ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito da Administração Pública, aplica-se, ainda, para a finalidade de terceirização de atividades, a Lei n. 8.666/1993, que institui normas para licitação e contratos. Todas as leis referidas serão objeto de análise no presente artigo, assim como serão feitas reflexões críticas sobre os efeitos de sua aplicação.

2 TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição da República de 1988 estabelece, no artigo 37, II e § 2º, que as entidades da Administração Pública direta e indireta devem realizar concurso público prévio, de provas ou de provas e títulos, para admissão de pessoal; sendo, portanto, um requisito obrigatório para investidura em emprego ou cargo público, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

[...]

§ 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei. (BRASIL, 1998).

Apesar da imperatividade da norma constitucional, subsistiu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de se contratar trabalhadores, no âmbito da Administração Pública, sem a prestação de concursos públicos, dentre outras formas, pela terceirização, em virtude do permissivo constante no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República (“XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, que somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”), o qual se entendeu ter recepcionado as normas em vigor sobre o tema, quais sejam, Lei n. 6.019/74 (alterada pela Lei n. 13.429, de

31 de março de 2017¹), que dispõe sobre o Trabalho Temporário nas empresas urbanas, e a Lei n. 7.102/83, que dispõe sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estipulando normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores.

Além da recepção das referidas normas, o advento da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, possibilitou a contratação pela Administração Pública de empresas de terceirização para a prestação de serviços, conforme artigos 1º, 2º e 6º, II.²

A Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) versa sobre a legalidade do contrato de prestação de serviços, reconhecendo a ilegalidade da contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, exceto no caso de trabalho temporário.

Assim, no item I da Súmula, temos a limitação temporal que possibilita a terceirização, qual seja, o trabalho temporário, o qual é caracterizado, nos termos do artigo 2º da Lei n. 6.019, como aquele trabalho prestado para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

Conclusão lógica do referido item é a seguinte: se o trabalho prestado não visa à substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços, o trabalhador não poderá prestar serviços mediante a interposição de empresa prestadora de serviços e a real empregadora, a tomadora dos serviços.

Contudo, no item III da referida Súmula, o TST estabeleceu outras exceções à formação do vínculo empregatício com o tomador, quais sejam,

¹ A constitucionalidade da Lei n. 13.429/2017 está sendo questionada pelas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 5.686 e 5.687, em tramitação no Supremo Tribunal Federal.

² Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: [...] II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais; [...]. (BRASIL, 1993).

“[...] a contratação de serviços de vigilância e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.”

Dessa forma, admitir a possibilidade excepcional de a terceirização de serviços ser a regra para determinadas categorias de trabalhadores somente endossa as desigualdades já observadas na esfera social, precarizando as relações de trabalho das pessoas de classes sociais mais baixas.

Em virtude das inúmeras contendas visando à declaração da ilicitude de terceirizações perpetradas pelo Estado e pleiteando a declaração do vínculo empregatício diretamente com a Administração Pública, o TST editou a Súmula 331, II, segundo a qual “A contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da Constituição da República).”

Apesar de o reconhecimento de vínculo com a Administração Pública ser inviável, o Judiciário entendeu que o princípio da isonomia previsto nos artigos 5º, *caput*, e inciso I, e 7º, XXXII, CF/88, deve ser respeitado. Nesse sentido, em 2011, a Seção de Dissídios Individuais I do TST editou a Orientação Jurisprudencial n. 383, com o seguinte teor:

383. TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N. 6.019, DE 3/1/1974. (mantida) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/5/2011.

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 3/1/1974. (BRASIL, 2011).

Assim, caso se reconheça a ilicitude da terceirização, ao trabalhador terceirizado asseguram-se todas as verbas trabalhistas devidas ao empregado público que desenvolva as mesmas funções, porém sem a formação do vínculo empregatício com a Administração Pública, que responderá subsidiariamente, comprovada a conduta culposa, pelo adimplemento das verbas reconhecidas (itens IV e V da Súmula n. 331 do TST, em conformidade com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC - n. 16)³; nesse sentido foi acrescido à Súmula n. 331 do TST o item V e modificado o item IV, *in verbis*:

³ ADC n. 16: EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente

[...]

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

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21/6/1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

Portanto, deve a Administração Pública fiscalizar a empresa intermediadora, no intuito de verificar se esta cumpre com as obrigações trabalhistas, sob pena de ser responsabilizada subsidiariamente pelo não adimplemento por parte da empresa. E é esse o ponto sensível que relaciona a terceirização na Administração Pública à prática de corrupção no Brasil, como noticia Julpiano Cortez:

É comum no setor público a utilização da terceirização para atender interesses políticos, burlando a Constituição Federal quando determina que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

[...]

A terceirização se faz presente no setor público, mediante processo de licitação, por meio das empresas prestadoras de serviços nas atividades-meio, como transporte público, serviços de conservação e limpeza, coleta de lixo, saúde, segurança, vigilância, informática, construção e manutenção de estradas, medição de consumo (água, energia elétrica e gás) etc. (CORTEZ, 2015).

e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 1995. (BRASIL, 2010). Mauricio Godinho Delgado elucida o teor da decisão: “[...] o STF, ao julgar a ADC 16, em sessão de 24/11/2010, declarando constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/93, considerou incabível fixar-se a automática responsabilidade das entidades estatais em face do simples inadimplemento trabalhista da empresa prestadora de serviços terceirizados. Nesse contexto, torna-se necessária a presença da culpa *in vigilando*, da entidade estatal, ou seja, sua inadimplência fiscalizatória quanto ao preciso cumprimento das obrigações trabalhistas da empresa terceirizante (responsabilidade subjetiva, derivada de culpa). (DELGADO, 2015).

Vem de longa data, na Administração Pública brasileira, a utilização da máquina pública pela classe política para obtenção de benefícios pessoais, para familiares e amigos, valendo-se da terceirização trabalhista, instrumentalizada pela realização de licitações para contratação de empresas inidôneas, inadimplentes e fraudulentas para o fornecimento de mão de obra, possuindo as empresas vencedoras algum vínculo com membros da classe política (ou os beneficiando financeiramente); tornando-se, desse modo, meio de enriquecimento ilícito em detrimento da qualidade e isenção dos serviços prestados, bem como dos direitos dos trabalhadores contratados.

Dessa forma, além de todos os problemas relacionados à terceirização trabalhista analisada de forma genérica, quais sejam, precarização dos direitos trabalhistas, insegurança dos trabalhadores em desrespeito ao princípio da continuidade de emprego, exposição da saúde e integridade dos trabalhadores, desmantelamento das categorias para pleitear direitos etc., no âmbito da Administração Pública, a terceirização facilita a prática de corrupção pelos desvios de verbas públicas na realização de licitações e contratações das empresas encarregadas pelo fornecimento da mão de obra a órgãos públicos, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.⁴

A conduta supra onera duplamente o erário (consequentemente, os contribuintes e a sociedade), inicialmente, pelos dispêndios com a contratação da empresa fornecedora de mão de obra e, posteriormente, em virtude da inadimplência das verbas trabalhistas, e previdenciárias pela contratada (constituída para atuação fraudulenta). Reconhecida a conduta culposa da Administração Pública, surge a necessidade de novo pagamento em decorrência da responsabilidade estatal subsidiária.

Inúmeras decisões no âmbito da Justiça do Trabalho, em todas as instâncias, são proferidas diariamente nesse sentido, reconhecendo o Supremo Tribunal Federal igualmente essa possibilidade, como dito acima, resolvendo-se de forma paliativa e individual a questão, sem, contudo, aprofundar-se o Judiciário na raiz do problema, de matriz legislativa. Cabe a utilização, como exemplo, de recente decisão proferida pelo STF, publicada em 12/9/2017, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, no Recurso Extraordinário n. 760.931, fixando tese para aplicação a casos semelhantes.

⁴ O próprio relator da "Reforma Trabalhista", deputado Rogério Marinho, é investigado em Inquérito que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, sob o número 3.386, por relação com terceirizada fraudulenta (Preserve Recursos Humanos, a qual teria se apropriado de quase meio milhão de reais, devidos aos trabalhadores), bem como por suspeita de favorecimento da referida empresa em licitações realizadas pelo Município de Natal, como noticiado por André Campos e Piero Locatelli, em 26/04/2017, no seguinte link: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/04/26/stf-investiga-relator-da-reforma-por-relacao-com-terceirizada-fraudulenta.htm>>.

Na referida decisão, o magistrado cita inúmeros benefícios gerados pelo instituto da terceirização, bem como a essencialidade da terceirização para a preservação de postos de trabalho e atendimento das demandas dos cidadãos, além de ser instrumento que possibilita à Administração Pública atender ao seu dever de eficiência.⁵ Em que pese a robusta fundamentação

⁵ Recurso Extraordinário n. 760.931: Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI N. 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. 1. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. É que a doutrina no campo econômico é uníssona no sentido de que as “Firmas mudaram o escopo de suas atividades, tipicamente reconcentrando em seus negócios principais e terceirizando muitas das atividades que previamente consideravam como centrais” (ROBERTS, John. *The Modern Firm: Organizational Design for Performance and Growth*. Oxford: Oxford University Press, 2007). 2. A cisão de atividades entre pessoas jurídicas distintas não revela qualquer intuito fraudulento, consubstanciando estratégia, garantida pelos artigos 1º, IV, e 170 da Constituição brasileira, de configuração das empresas, incorporada à Administração Pública por imperativo de eficiência (art. 37, *caput*, CRFB), para fazer frente às exigências dos consumidores e cidadãos em geral, justamente porque a perda de eficiência representa ameaça à sobrevivência da empresa e ao emprego dos trabalhadores. 3. Histórico científico: Ronald H. Coase, “*The Nature of The Firm*”, *Economica (new series)*, Vol. 4, Issue 16, p. 386-405, 1937. O objetivo de uma organização empresarial é o de reproduzir a distribuição de fatores sob competição atomística dentro da firma, apenas fazendo sentido a produção de um bem ou serviço internamente em sua estrutura quando os custos disso não ultrapassarem os custos de obtenção perante terceiros no mercado, estes denominados “custos de transação”, método segundo o qual firma e sociedade desfrutam de maior produção e menor desperdício. 4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (*outsourcing*) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”. 5. A terceirização apresenta os seguintes benefícios: (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no

do magistrado, *d.m.v.*, discordamos das inúmeras qualidades conferidas pelo ministro ao instituto, em virtude da realidade exploratória e precarizadora de direitos trabalhistas possibilitada pela terceirização e entendemos pela prejudicialidade ao conjunto de direitos sociais consagrados na Constituição, bem como desvalorização do trabalho pela desigualdade fática existente entre os trabalhadores que mantêm vínculo direto com a empresa para a qual prestam serviços em detrimento do relacionamento indireto relegado aos empregados terceirizados.

3 “REFORMA TRABALHISTA” E TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: REFLEXÕES CRÍTICAS

O Legislativo, em franco atendimento aos comandos mercadológicos do capitalismo financeiro, consolidou normas flexibilizadoras, ocultando sob o título “Reforma Trabalhista” o desmonte dos direitos dos trabalhadores.

No que tange à terceirização, como dito *supra*, inicialmente, pela Lei n. 13.429, de 31 de março de 2017, aumentou as possibilidades de sua utilização. No dia 13 de julho de 2017, foi sancionada a Lei n. 13.467, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, n. 8.036, de 11 de maio de 1990, e n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

Esta última alterou alguns tópicos atinentes à terceirização trabalhista conforme veremos a seguir.

mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) (*sic*) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xvi) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, *know-how* e estrutura, para setores e atividades distintas. 6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores. 7. O art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei n. 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas. 8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter *erga omnes* e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010. 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93.” (BRASIL, 2017).

No tocante às “atividades-fim” e “atividades-meio”, ficções jurídicas referendadas por teorias⁶ e pelo Judiciário, anteriormente não era possível a terceirização das primeiras, em detrimento das segundas. A partir da vigência da modificação da Lei n. 6.019/1974, em 14/11/2017, as “atividades-fim”, denominadas pela lei “atividade principal” da empresa, poderão ser desenvolvidas por terceirizados, conforme alterações nos artigos 4º-A e 5º, respectivamente incluído e alterado pela Lei n. 13.429/2017, e já modificados pela Lei n. 13.467/2017, conforme destaque abaixo:

Art. 2º A Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. [...]” (NR).

“Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.” (BRASIL, 2017)

A referida norma representa um retrocesso na legislação trabalhista, que deveria voltar-se para a completa erradicação do instituto, não se admitindo em nenhuma hipótese a terceirização, por precarizar direitos fundamentais trabalhistas. Ao contrário, a Lei n. 13.467/2017 sedimenta o instituto prejudicial, elastecendo sobremaneira as possibilidades de sua utilização e, no âmbito da Administração Pública, amplia a necessidade de realização de licitações para contratação de terceirizados, conseqüentemente, novas oportunidades para desvios de dinheiro público.⁷

⁶ A atividade-fim ou atividade principal pode ser definida como aquelas atividades “nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador dos serviços.” (DELGADO, 2015, p. 489). Já a atividade-meio se refere a “atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços” (DELGADO, 2015, p. 489). Julpiano Chaves Cortez apresenta a seguinte diferenciação entre a atividade-fim e atividade-meio: “Em que pese as controvérsias, são consideradas como atividades-meio as atividades acessórias ou intermediárias necessárias para que a empresa alcance seu objetivo essencial ou principal. [...] Considera-se atividade-fim a atividade principal, essencial ou preponderante (CLT, art. 581, § 2º), justificadora da constituição da empresa. A empresa poderá desenvolver mais de uma atividade-fim. A distinção entre atividade-fim e atividade-meio de uma empresa nem sempre se constitui em tarefa fácil”. (CORTEZ, 2015).

⁷ Após a publicação da Lei n. 13.429/2017, a Caixa Econômica Federal expediu norma interna RH 037, permitindo a contratação de terceirizados para realização das atividades dos bancários, em flagrante desatendimento à norma constitucional inscrita no inciso II do artigo 37 da CR/1988.

A Lei n. 13.467/2017 acresce à Lei n. 6.019/74 o artigo 4º-C, que garante aos trabalhadores terceirizados as mesmas condições de alimentação, serviços de transporte, ambulatórios e sanitários dos funcionários contratados da empresa tomadora de serviços, o que já era garantido pela jurisprudência sedimentada, como visto:

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

I - relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
 - b) direito de utilizar os serviços de transporte;
 - c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
 - d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.
- II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes. (BRASIL, 2017).

Destaca-se ainda que a Reforma prevê que a empresa tomadora de serviços não pode contratar como prestadora de serviço uma empresa que tenha como sócio uma pessoa que foi seu empregado nos últimos 18 meses.⁸ Tal proibição visa a evitar a “pejotização”, prática comum, cuja ocorrência se verifica pela determinação empresarial de que o empregado constitua uma pessoa jurídica para lhe prestar serviços, sem o dever de arcar com as verbas trabalhistas, fiscais e previdenciárias.

⁸ “Art. 5º-C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.” (BRASIL, 2017).

Embora a justificativa seja “nobre”, seus efeitos práticos no que tange à prevenção da “pejotização” são inócuos, tendo em vista a inclusão na CLT, pela Lei n. 13.467/2017, do artigo que permite a “contratação” de trabalhador “autônomo”, sem o reconhecimento do vínculo empregatício, *in verbis*: “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.”

Dessa maneira não se evita a “pejotização”, pois a sua implementação foi facilitada pelo bizarro instituto trabalhista de contratação de trabalhador autônomo sem contrato de trabalho, desonerando o trabalhador do dever de instituição de pessoa jurídica, mas precarizando sua relação de trabalho da mesma forma.

Destaca-se ainda que o empregado que for demitido não poderá ser contratado imediatamente por empresa prestadora de serviços e atuar como terceirizado da sua antiga empregadora. A lei prevê um prazo de carência para a contratação de 18 meses.

Art. 5º-D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado. (BRASIL, 2017).

Somente se conforma com o teor do artigo supra quem não conhece a realidade administrativa brasileira, não convivendo de perto com a realidade da terceirização, sobretudo no âmbito da Administração Pública, em que as empresas prestadoras de serviços rescindem os contratos de trabalho, ao final do prazo do contrato administrativo, e esses trabalhadores, em sua maioria, são recontratados pela nova prestadora e, assim, sucessivamente, permanecendo esses trabalhadores, durante anos, registrados por empresas distintas, mas vinculados à tomadora de serviços, não se beneficiando, contudo, do tempo de dedicação e prestação de serviços, tampouco do *status* que detêm os servidores ou empregados públicos, bem como das vantagens constitucionais, estatutárias e legais inerentes aos referidos cargos e empregos.

CONCLUSÃO

Nesse sentido, reafirmamos que todo e qualquer tipo de terceirização, nos âmbitos privado e público, deveria ser tido por inconstitucional, por afronta ao direito à igualdade, devendo tais agentes públicos (nomenclatura dada pela Lei n. 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa) ingressarem na Administração Pública somente mediante a realização de concursos

públicos, como preceitua o inciso II do artigo 37 da Constituição da República.

Entretanto, com a denominada “Reforma Trabalhista”, essa diretriz se apresenta cada vez mais distante, podendo ser suprida pelo acionamento do Supremo Tribunal Federal para reconhecimento da inconstitucionalidade das Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017.

Assim, é necessário que se repense, urgentemente, a licitude da terceirização trabalhista, levando-se em consideração todos os seus reveses no âmbito privado, mas, sobretudo, na Administração Pública, pois, além de se mostrar contrária aos princípios justralhistas e aos direitos fundamentais, apresenta-se como extremamente danosa ao patrimônio público, o que compromete o fundamento republicano do Estado brasileiro.

ABSTRACT

This article deals with the contracts maintained between the Public Administration for the provision of public services, using outsourcing. In addition to critical reflections on the institute and the possibility of its use for misappropriation of public funds, the rules on the subject and the changes introduced by Law n. 13.467 / 2017, the so-called “Labor Reform”, will be analyzed.

Keywords: *Outsourcing. Public administration. Law n. 13.467/2017 (Labor Reform). Corruption.*

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4.330 de 20 de outubro de 2004. Dispõe sobre o contrato de prestação de serviço a terceiros e as relações de trabalho dele decorrentes. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=267841>>. Acesso em: 09 jul. 2015.
- _____. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. Controladoria Geral da União. Ministério da Transparência apura desvios na Secretaria de Estado de Saúde do Maranhão. Ações investigativas, 02 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/06/ministerio-da-transparencia-apura-desvios-na-secretaria-de-estado-de-saude-do-maranhao>>. Acesso em: 20 set. 2017.
- _____. Lei n. 13.429, de 21 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. *Diário Oficial da*

- União*, Brasília, 22 março. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm#art1>. Acesso em: 19 set. 2017.
- _____. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 julho. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.
 - _____. Lei n. 4.594, de 29 de dezembro de 1964. Regula a profissão de corretor de seguros. *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 de janeiro de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L4594.htm>. Acesso em: 09 jul. 2015.
 - _____. Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º maio. 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 08 jul. 2015.
 - _____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 junho. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 19 set. 2017.
 - _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 760.931. Relator Ministro Luiz Fux. Publicação em 12 set. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13589144>>. Acesso em: 21 set. 2017.
 - _____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. 383. Seção de Dissídios Individuais I- SDI I. Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31/5/2011. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 07 jul. 2015.
 - _____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula de jurisprudência, enunciado n. 256 (Contrato de prestação de serviços. Legalidade (cancelada). Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21/11/2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 07 jul. 2015.
 - _____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula de jurisprudência, enunciado n. 331 (Contrato de prestação de serviços. Legalidade). DEJT 27, 30 e 31/5/2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 07 jul. 2015.
 - CORTEZ, Julpiano Chaves. *Terceirização trabalhista*. São Paulo: LTr, 2015.
 - DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

REFORMA TRABALHISTA: RISCOS E INSEGURANÇAS DE APLICAÇÃO

LABOR REFORM: RISKS AND INSECURITIES OF APPLICATION

Rodrigo Trindade*

RESUMO

Este artigo analisa, de forma crítica e reflexiva, os diversos aspectos da Lei n. 13.467/2017, sobretudo no que tange ao emprego de conceitos indeterminados, às suas (in)constitucionalidades e ao controle de convencionalidade. Conclui-se que são grandes as inseguranças geradas pela reforma trabalhista, cabendo, mais uma vez, ao Poder Judiciário arrefecer as dúvidas decorrentes da nova legislação.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Conceitos indeterminados. (In)Constitucionalidade. Controle de Convencionalidade. Riscos e inseguranças de aplicação.

INTRODUÇÃO

Zygmunt Bauman identificou que a vida insegura é uma das características mais marcantes da pós-modernidade. Segundo o filósofo polonês recentemente falecido, vivemos a existência de riscos que dificilmente podem ser calculados. Nesse mundo líquido, as inseguranças são espalhadas e fluidas, a maior parte oriunda de desconhecimento do porvir em diversos campos da vida.

Quem não se sente receoso com a nova centena de regras da CLT só pode estar mal informado. Também estudioso do mundo do trabalho, Bauman poderia ter identificado a reforma trabalhista como nova fonte de insegurança. Não líquida, mas tão sólida como as velhas culpas.

Projetos legislativos com tantos dispositivos, e tamanha penetração na sociedade, costumam ser discutidos por muito mais tempo e por especialistas. Assim ocorreu com a Lei de Diretrizes da Educação, Lei de Recuperação Judicial e os Códigos Civil e de Processo Civil. A Lei n. 13.467/2017 teve poucas semanas de tramitação na Câmara dos Deputados, praticamente nula discussão pela sociedade civil e não recebeu qualquer aperfeiçoamento no Senado. Para encerrar a trajetória, restou promulgada pelo Executivo sem qualquer veto.

* Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Especialista em Direito do Trabalho pela Udelar (Uruguai). Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 4ª Região - AMATRA IV. Vice-Presidente da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho.

Como meio de evitar que o Parlamento produza leis assim viciadas, espera-se que se realizem discussões amplas, haja reflexões serenas sobre sua extensão, e especialistas sejam consultados. Entidades representativas da Magistratura, Ministério Público e Advocacia estudaram e produziram documentos alertando sobre as incompatibilidades do então projeto para com a Carta Magna. Nada foi acolhido no Parlamento e, agora, não é de surpreender que a lei chegue recheada de conceitos largamente indeterminados, possíveis inconstitucionalidades, inconveniências e ampla insegurança sobre sua efetividade.

As imperfeições da lei não surpreendem. Mas precisam ser enfrentadas.

1 CONCEITOS INDETERMINADOS

Há dezenas de novas figuras trazidas na Lei n. 13.467 e que não apresentam mínima conformação com o que hoje se conhece e aplica.

A reforma trabalhista estabelece a perda do caráter salarial de importâncias pagas pelo empregador. Os §§ 2º e 4º do art. 457 da CLT buscam fixar valor absoluto para a semântica, fazendo com que as palavras prêmio, ajuda de custo, vale-refeição, diária e abono sejam suficientes para excluir o caráter de salário e conseqüente integração no complexo salarial. Em tese, empregados podem receber “salário” muito pequeno, mas que se soma com parcelas “não salariais”. Além de fazer com que verbas reflexas (férias, 13º, aviso prévio etc.) sejam muito pequenas, é medida catastrófica para a Previdência, reduzindo arrecadação e valores de benefícios. Se, em Direito, os elementos de formação dos conceitos são jurídicos, e não meramente semânticos, quais serão os limites para reconhecer as verbas como efetivamente salariais ou meramente indenizatórias? Ou inauguramos novo momento hermenêutico em que significações de dicionários se sobrepõem a conceitos jurídicos colhidos dos fatos?

De forma absoluta, e sem nenhum esforço para conceituação, cria-se a figura do “trabalhador autônomo exclusivo” (art. 442-B), afastando-se “a qualidade de empregado”. Também aqui se aparenta vontade de estabelecer caráter absoluto à semântica. Toda a orientação constitucional é de proteção de direitos fundamentais dos trabalhadores, essencialmente de reconhecer a condição de empregado. Além de possível inconstitucionalidade, trata-se de figura de difícil conceituação para se diferenciar de empregado, em suas conformações universais.

O art. 456-A permite que o empregador imponha padrões de vestimenta a seus funcionários, havendo licitude na colocação de logomarcas. A dignidade humana é elemento fundamental da República e projeta-se para todas as relações da vida, incluindo o modo de vestir-se e apresentar-se.

Espera-se que haja limites para possível transformação de pessoas em agentes de propagandas passivas e que não se imponham vestimentas atentatórias ao pudor individual. A lei, todavia, nada dispõe sobre orientação de restrições.

Toda a fundamentação da reforma trabalhista apresentou a nova figura do contrato de trabalho intermitente (arts. 443 e 452-A) como necessário para atividades empresariais sazonais ou que demandam mão de obra apenas em poucos dias do mês. O texto legal, todavia, não apresenta qualquer limitação ao tipo de atividade profissional ou empreendimentos, como hotéis e restaurantes. Caberá ao intérprete acolher a aparente intenção do legislador em seus discursos, reconhecendo validade desse tipo contratual somente em atividades que ordinariamente demandem? Ou está liberada, em qualquer ramo, a contratação de trabalhadores para ficarem permanentemente à disposição e somente receberem pelas horas de acionamento?

2 INCONSTITUCIONALIDADES

Em todo o planeta, leis precisam guardar submissão à Constituição, pois este é o mais importante documento de convivência de uma comunidade. Leis que não observam as orientações constitucionais são reconhecidas pelo Judiciário como inconstitucionais e, portanto, não podem ser aplicadas.

Praticamente toda a Lei n. 13.467 estabelece restrições de direitos trabalhistas, apesar de a Constituição Federal estar assim redigida:

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

[...]

A orientação constitucional é de que a Carta elenca direitos mínimos e cabe à legislação ordinária efetuar ampliações, cumprindo a orientação - também constitucional - de fundamentar a República na dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV). Na doutrina de Direito do Trabalho a isso se dá o nome de "Progressividade" e "Vedação de Retrocesso". O estabelecimento de uma nova lei que fixa restrições variadas de direitos, sem nem mesmo elencar benefícios compensatórios, relativiza sobremaneira a orientação constitucional.

Mas as possíveis inconstitucionalidades ficam ainda mais evidentes na análise atomizada dos novos dispositivos.

Nossa Carta Magna indica, nos incisos de seu art. 7º, diversos direitos trabalhistas, incluindo o reconhecimento do estabelecido em acordos e convenções coletivas de trabalho. E, em apenas três desses incisos, há referência à possível flexibilização, via negociação coletiva, de redução

salarial em momento de crise econômica (VI), compensação de jornada de trabalho (XIII) e trabalho em regime de turno ininterrupto de revezamento (XIV). Até hoje, a interpretação foi a de que, portanto, apenas esses podem ser diminuídos por negociação coletiva. O primeiro, e mais evidente exemplo de possível inconstitucionalidade, refere-se à fórmula proposta de negociado sobre legislado. Em suma, busca-se permitir que acordos e convenções coletivas de trabalho possam estabelecer condições inferiores ao fixado pela lei, e não apenas em relação às três hipóteses autorizadas pela Constituição. O art. 611-A elenca 15 situações expressas e ainda se utiliza da expressão “entre outros”.

Como em praticamente todo o mundo civilizado, e bem assentado na Constituição Brasileira, nenhum empregado pode receber menos de um salário mínimo (art. 7º, IV). A Lei de 2017 cria o contrato de trabalho intermitente (art. 443, *caput* e § 3º; e art. 452-A), pelo qual o funcionário se mantém à disposição, aguardando chamado, mas só ganha salário calculado pelas horas efetivamente trabalhadas. Também há alargamento do trabalho a tempo parcial (art. 58-A) e ampliação do ambiente de trabalho autônomo (art. 442-B). Todos esses abrem largas portas para o trabalho com salário muito inferior ao mínimo.

Orientando princípio de moralidade administrativa, os arts. 37, II, e 236, § 3º, da Constituição estabelecem obrigatoriedade de concurso público para investidura em cargo ou emprego público. A Lei n. 13.467, todavia, permite, sem qualquer limitação para empresas públicas e de economia mista, terceirização em todas as áreas (nova redação para o art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974). Além de abrir novo espaço para apadrinhamentos e favorecimentos escusos, a regra gera dúvidas sinceras sobre sua constitucionalidade.

O inciso VI do art. 7º da Constituição consagra o princípio da estabilidade financeira, impedindo diminuição de salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo. O conceito jurídico de salário abrange todas as verbas do complexo salarial. A nova redação do § 2º do art. 468 da CLT permite que o empregador, a qualquer tempo, e por qualquer motivo, extinga pagamento de gratificações. Na prática a lei extermina a utilidade prática do dispositivo constitucional, permitindo amplos rebaixamentos salariais.

As factíveis inconstitucionalidades também alcançam as novas regras de direito processual.

Um dos mais importantes aportes civilizatórios dos últimos séculos foi o monopólio estatal de jurisdição. Conforme estabelece o inciso XXXV do art. 5º da Constituição, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A nova lei, no entanto, expressamente possibilita exclusão de conhecimento por parte do Judiciário de lides trabalhistas

daqueles que ganham salário um pouco mais elevado (art. 507-A). Também impede que a magistratura analise litígios, caso formalidades inseridas na CLT tiverem sido cumpridas, tais como distrato (art. 484-A), plano de demissão voluntária (art. 477-B) e quitação periódica (art. 507-B). Por fim, acordos e convenções coletivas de trabalho têm praticamente todo seu conteúdo esterilizado de possível controle judicial (art. 611-A, § 1º). As dúvidas sobre se todos esses dispositivos observam a Constituição são acompanhadas de certeza do risco social ao deixar tantas demandas descobertas da responsabilidade do Estado.

A nova redação do parágrafo único do art. 878 da CLT exclui atuação do juiz do trabalho no impulso inicial à execução. A isso somam-se diversos novos dispositivos tendentes a reduzir a efetividade da jurisdição trabalhista e satisfação de dívidas. Assim ocorre com a limitação de conceituação de grupo econômico (art. 2º, §§ 2º e 3º), restrições de responsabilidade de sócios (art. 10-A) e contenções a protestos de devedor (art. 883-A). A regra constitucional vigente é de razoável duração do processo como direito fundamental (art. 5º, LXXVIII) e que dificilmente guarda coerência com as inovações legais.

3 INCONVENCIONALIDADES

Leis nacionais são sujeitas a dois tipos de controle vertical: de constitucionalidade e de convencionalidade.

Inserido que está o Brasil na comunidade de nações, reconhece obrigatoriedade de cumprimento aos instrumentos normativos internacionais de que participa. A legislação produzida internamente, portanto, deve se sujeitar ao estabelecido em acordos e convenções internacionais. Desse modo, uma lei pode ser constitucional, mas, inconveniente.

A reforma trabalhista foi pouquíssimo discutida no Parlamento, não foi precedida de consulta séria pelas centrais sindicais e praticamente não recebeu aperfeiçoamentos parlamentares. Toda a orientação do art. 611-A da CLT passa a ser de possibilidade de estabelecimento de condições contratuais em patamares inferiores ao fixado na lei. Por conta disso, a Organização Internacional do Trabalho - OIT -, em resposta a consulta de centrais sindicais brasileiras, afirmou que o então projeto de lei violava convenções internacionais ratificadas pelo Brasil.

A Convenção n. 154 da OIT, art. 7º, determina que:

As medidas adotadas pelas autoridades públicas para estimular o desenvolvimento da negociação coletiva deverão ser objeto de consultas prévias e, quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações patronais e as de trabalhadores.

As ausências de consultas prévias e de mínimos acordos entre organizações representativas de capital e trabalho tornam a lei de difícil submissão à norma convencional.

Além da Convenção n. 154, também as de números 98 e 151 estabelecem que o objetivo da negociação coletiva deve ser a fixação de “[...] condições de trabalho que sejam mais favoráveis do que as previstas na legislação.” Esse está longe de ser o pretendido no novo texto da CLT.

4 INSEGURANÇA DE RESULTADOS

Além da vulnerabilidade acerca de conteúdo dos institutos, bem como possíveis inconstitucionalidades e inconveniências, soma-se insegurança no atingimento de resultados de interesse da nação. Dos diversos argumentos colhidos no Congresso Nacional para reformular a organização jurídica do trabalho no Brasil, os mais repetidos foram necessidade de combater desemprego e diminuição de processos judiciais.

Os mesmos fundamentos foram manejados em outra reforma trabalhista. No início de 2012, a Espanha aprovou e implementou ampla alteração em sua legislação laboral, bastante semelhante à obtida pelo atual governo brasileiro. Nesse país europeu, o principal resultado foi a baixa do desemprego de 22,5% para 18,6%. O aumento de postos de trabalho, no entanto, ocorreu a partir do crescimento das contratações de temporários, chegando ao total de 26,5% dos trabalhadores espanhóis.

Na Espanha, o resultado também foi de redução geral de salários. Entre 2011 e 2015, a renda média das famílias baixou, em média, 800 euros por ano. Em grande parte, a perda ocorreu em razão de recontrações a partir de pactos precários, ao ponto de os trabalhadores espanhóis terem atualmente o salário mais baixo entre os grandes da União Europeia. A proporção de condição de pobreza extrema vem aumentando desde 2012, ao ponto de 34,4% dos trabalhadores na Espanha receberem menos de um salário mínimo.

Atualmente, o desemprego brasileiro é de cerca de 13%, mas aproximadamente 40% dos trabalhadores estão na informalidade. A reforma trabalhista nacional aposta em pactos de emprego precarizados e contratação de autônomos. Se for seguida a regra espanhola, eventual pequena queda de desemprego deve ser acompanhada de substituição de força de trabalho com plenos direitos trabalhistas por recontrações a partir de trabalho autônomo (aprofundando a informalidade) e relações de emprego com direitos reduzidos (temporários, intermitentes e terceirizados).

O grande problema dessa substituição está na segunda tendência indicada pela experiência espanhola: a diminuição geral da renda dos trabalhadores. Os salários no Brasil já são tremendamente baixos, inferiores

mesmo aos de vizinhos da América do Sul. Até a China, que acumula acusações de *dumping* social, tem custo de trabalho industrial 16% superior ao brasileiro.

Mesmo com todas as deficiências, cerca de metade da renda brasileira é formada por rendimentos individuais (remunerações e benefícios previdenciários). A retração de salários tende a aprofundar a miséria, arruinar a Previdência Pública e aniquilar o mercado consumidor interno. Eventual redução de custos de produção gerados pela diminuição de despesas com trabalho projetará maior dificuldade empresarial de vender seus produtos.

O segundo grande fundamento verbalizado para a reforma trabalhista não parece guardar melhor sorte. Nesse ambiente de fundadas dúvidas sobre o conteúdo de institutos, inconstitucionalidades, inconveniências e movimentações do mercado de trabalho, não se há de esperar redução de processos judiciais. A Lei n. 13.467 não surge com habilitação para pacificação nas relações de trabalho. Há dois grandes motivos.

Primeiro, em razão de criar novas zonas de dúvidas sobre conteúdo e validade de diversos dispositivos. Todas as divergências devem fazer longa e incerta jornada pelas instâncias do Poder Judiciário, passando por Varas do Trabalho e encerrando-se no Supremo Tribunal Federal. Há dezenas de questões com largas divergências e que haverão de ser enfrentadas nas dezenas de recursos que o ordenamento garante a cada processo.

Nos últimos anos, como resultado da intrínseca dinamicidade do Direito do Trabalho e dificuldades de acompanhamento pelo Parlamento com produção de legislações contemporâneas, um milhar de súmulas e orientações jurisprudenciais foram produzidas. Mas não se pode esperar que súmulas de jurisprudência sigam auxiliando nos esclarecimentos, agora a respeito do conteúdo aplicativo da nova lei. A reforma trabalhista também tratou de criar mecanismo para frear a atividade de produção de súmulas. O artigo 702 da CLT criou três estágios de atravancamento para produção de verbetes sumulares: a) quórum de, pelo menos, 2/3 dos membros do tribunal; b) matéria já deve ter sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, pelo menos, 2/3 das turmas; c) as decisões orientadoras da súmula devem ter ocorrido em, pelo menos, dez sessões diferentes em cada uma delas.

Com todo esse cenário, em previsão otimista, em uma década os primeiros esclarecimentos definitivos deverão estar assentados.

O segundo motivo de inabilitação da nova lei para diminuição de tensão social está nos diversos dispositivos que impedem a atuação do Poder Judiciário no conhecimento e solução de conflitos. Com a reforma trabalhista, permitem-se ampla quitação privada, cláusula compromissória para arbitragem individual e impedimento de análise da maior parte do conteúdo de acordos e convenções coletivas. A exclusão do Estado do trato de divergências graves tem efeito de potencializar atritos individuais e coletivos.

Historicamente, o Direito do Trabalho, unido ao monopólio da jurisdição serve para evitar que os naturais choques entre interesses obreiros e empresariais descambem para a violência. Abandonar essa conquista pode significar graves convulsões sociais. Especialmente em país já tão conturbado por crises políticas e econômicas continuadas e com instituições oficiais desacreditadas.

CONCLUSÃO

São grandes as inseguranças geradas pela reforma trabalhista, e tudo indica que arrefecimentos de dúvidas, mais uma vez, serão efetuados pelo Poder Judiciário. E isso deve ocorrer essencialmente a partir do controle difuso de constitucionalidade. Até que decisões e entendimentos minimamente se assentem, a aplicação descuidada de grande parte dos dispositivos gera imenso passivo potencial a empresários.

Adiante, teremos desafios gigantescos, especialmente de estabelecer novos conceitos, definir inconstitucionalidades e inconveniências e extrair esforço para buscar compatibilidade de uma nova principiologia com uma Carta Magna cada vez mais relativizada em sua essência.

A tarefa que resta é de assimilar riscos e medos trazidos com a reforma trabalhista e conseguir compreendê-la no contexto em que foi gerada. Mas jamais deixando que se esvaíam as esperanças de progresso e primado de direitos fundamentais, valores que sempre caracterizaram os operadores do Direito do Trabalho.

ABSTRACT

This article analyses, in a critical and reflexive way, many aspects of Law 13.467/2017, particularly those concerning employment of indefinite concepts, (un)constitutionality and conventionality control. We came to conclusion that labor reform generates many insecurities, Judiciary Branch being responsible, once more, to cool down the doubts emerging from new legislation.

Keywords: *Labour Reform. Indefinite Concepts. (Un)Constitutionality. Conventionality Control. Risks and insecurities of application.*

UM CONVITE AO LITÍGIO RESPONSÁVEL: GRATUIDADE DE JUSTIÇA, HONORÁRIOS PERICIAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NO PROCESSO DO TRABALHO, SEGUNDO A LEI N. 13.467/2017

AN INVITATION TO RESPONSIBLE DISPUTE: GRATUITOUS LITIGATION, EXPERT CONSULTANT FEES AND ATTORNEY FEES ON THE LABOR PROCEDURE UNDER THE LAW N. 13.467/2017

Ana Luiza Fischer Teixeira de Souza Mendonça*

O homem tem condições de agir porque tem a capacidade de descobrir relações causais que determinam mudanças e transformações no universo. Ação requer e pressupõe a existência da causalidade. (VON MISES, Ludwig. *Ação humana*.)

RESUMO

Este artigo apresenta as alterações trazidas pela Lei n. 13.467/2017, a assim denominada reforma trabalhista, quanto à gratuidade de justiça, aos honorários periciais e aos honorários advocatícios no processo do trabalho. O texto descreve o cenário jurídico atual acerca das matérias, aponta um cotejo entre o processo do trabalho e o processo civil comum e expõe as motivações sociais e jurídicas que circundaram a construção do novo marco legal.

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Gratuidade de justiça. Honorários periciais. Honorários advocatícios.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a apresentar os aspectos gerais das alterações trazidas pela Lei n. 13.467/2017, a assim denominada reforma trabalhista, quanto à gratuidade de justiça, aos honorários periciais e aos honorários advocatícios no processo do trabalho.

* Juíza do Trabalho do TRT da 3ª Região desde 2009. Integrou a Comissão de Redação Final da Lei 13.467 de 2017, no âmbito da Câmara dos Deputados, e integra o Grupo de Trabalho instituído no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, que visa a implementar a nova lei. analuizafmendonca@gmail.com.

Para tanto, inicialmente se descreve o cenário jurídico atual do tema, a partir das normas que o edificaram, cotejando-se o processo civil comum com o processo do trabalho. A partir dessa descrição, busca-se explicitar, sob a perspectiva do incentivo às ações humanas, as motivações que envolveram a redação dos novos dispositivos e os anseios sociais a que eles buscaram responder.

Em seguida, abordam-se as alterações em si, separadas por tema de acordo com a ordem em que aparecem na norma, buscando-se jogar luzes sobre o espírito da lei - *mens legis* - em relação a cada modificação.

2 A QUESTÃO

A sociedade brasileira gasta 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) para custear o seu sistema de justiça.¹ Em 2016, a despesa ultrapassou o valor absoluto de 80 bilhões de reais.² É legítimo que a coletividade que custeie tal expensa busque erigir mecanismos que estimulem a litigância judicial responsável.

Dois desses mecanismos interessam ao propósito desta exposição: o princípio da sucumbência e os limites à concessão da gratuidade de justiça. São duas faces de um sistema construído sobre os pressupostos básicos de que litigar custa e de que os custos devem recair, via de regra, sobre quem lhes deu causa.

2.1

No processo comum, o tema é regido pelos arts. 82 a 102 da Lei n. 13.105/2015, Código de Processo Civil (CPC), de onde se extraem, pelo menos, três pontos interessantes que inspiraram as alterações legislativas tratadas neste artigo:

a) a concessão de gratuidade de justiça não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (art. 98, § 2º);

¹ O número está disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 25 jul. 2017. Para comparação, segundo o estudo de Luciano da Ros, da UFRGS, "O Custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória", em doze nações da Europa, América Latina e América do Norte, o custo do Poder Judiciário costuma variar entre 0,3% e 0,5% do PIB. O estudo está disponível em: <<http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

² Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias.html?view=noticia&id=1&idnoticia=3384&busca=1&t=pib-recua-3-6-2016-fecha-ano-r-trilhoes>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

b) a gratuidade de justiça poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar (art. 98, § 5º); e

c) o Juiz pode indeferir o pedido se houver, nos autos, elementos que evidenciem a falta de pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos (art. 99, § 2º).

No processo comum, a regra é que a parte que sucumbe, seja ela autora ou ré, pague as despesas de sua litigância.

2.2

Para o processo do trabalho, todavia, estabeleceu-se realidade diversa.

Na Justiça do Trabalho, ainda que a presunção de miserabilidade tivesse sido prevista em lei somente aos que percebessem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, devendo os demais comprovarem a circunstância (§ 1º do art. 14 da Lei n. 5.584/70), acabou-se por instituir que:

a) para a concessão da assistência judiciária gratuita, basta a simples declaração de hipossuficiência econômica - § 3º do art. 790 do Decreto-Lei n. 5.452/43, Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e Súmula n. 463³ do Tribunal Superior do Trabalho (TST);

b) o beneficiário da gratuidade de justiça não é responsável pelo pagamento de honorários periciais quando sucumbente no objeto da perícia - Súmula n. 457⁴ do TST; e

³ Súmula n. 463 do TST. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO. I - A partir de 26/6/2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015); II - No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

⁴ Súmula n. 457 do TST. HONORÁRIOS PERICIAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO PELO PAGAMENTO. RESOLUÇÃO N. 66/2010 DO CSJT. OBSERVÂNCIA. A União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução n. 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT.

c) o pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, sendo devido apenas em causas em que a parte estiver assistida por seu sindicato ou nas lides que não derivem da relação de emprego - Súmula n. 219⁵ do TST.⁶

No processo do trabalho, a regra é que a parte autora que sucumbe não pague as despesas de sua litigância.⁷

2.3

Incentivos têm consequências. O cenário, algo particular existente na Justiça do Trabalho, descrito acima, constitui um óbvio convite ao litígio, que é corriqueiramente apontado como uma das razões para o superlativo (e crescente) número de ações trabalhistas em curso.

Com efeito, em 2016 foram ajuizadas cerca de três milhões de novas ações trabalhistas no Brasil, um aumento de 4,5% em relação ao ano anterior, dando continuidade a uma série de expansão numérica contínua que já

⁵ Súmula n. 219 do TST. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art. 14, § 1º, da Lei n. 5.584/1970). II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego. IV - Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90). V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º). VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.

⁶ Não se ignora, ou se confunde, a diferença conceitual entre assistência judiciária gratuita e gratuidade de justiça. Opta-se, todavia, por transcrever os vocábulos especificamente utilizados na norma e nos verbetes jurisprudenciais citados, em atenção à fidelidade da referência. De todo modo, trata-se de conceituações intrinsecamente conectadas, e a sua diferenciação no presente caso é irrelevante para o argumento que se pretende desenvolver.

⁷ Mesmo que possa fazê-lo, ao fim do processo ou depois dele. Não é incomum, como sabem todos que atuam na Justiça do Trabalho, que pessoas que tenham renda razoável para os padrões nacionais requeiram - e obtenham - os benefícios da gratuidade de justiça, que as isentarão não só de custas mas de todas as despesas do processo, inclusive honorários periciais, mesmo que venham a obter em juízo valores mais que suficientes para fazer face a tais despesas.

dura quase duas décadas.⁸ Parecia natural que a sociedade viesse a se questionar se parte de tal expressivo número, antes de representar reais conflitos em busca do necessário provimento jurisdicional, não constituía simples tentativas de ir obter em juízo algum proveito econômico, não necessariamente lastreado em lesões de direitos. Justiça?

Recursos materiais são limitados. Parece, de igual sorte, compreensível a indagação se os postulados constitucionais de efetividade e celeridade processuais (inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República) não adquirem, nesse cenário, um caráter precário, quase ficcional: um processo em que se discutem, via de regra, direitos de natureza alimentar estende-se por vários anos, em razão do altíssimo número de demandas e da óbvia limitação de capital humano e estrutural. Acesso à justiça?

Tais relevantes questões, até então latentes, desnudaram-se com incomum intensidade ao longo do trâmite legislativo da Lei n. 13.467/2017, a assim denominada reforma trabalhista, quando o então Projeto de Lei n. 6.787/2016 tornou-se o segundo projeto que mais recebeu emendas na história do Congresso Nacional. Nada menos que 852 (oitocentas e cinquenta e duas) emendas foram apresentadas ao projeto originário, sendo que, destas, mais de 30 (trinta) tratavam dos temas gratuidade de justiça, honorários periciais e honorários de sucumbência.⁹ (Registre-se que não se faz referência às emendas posteriormente oferecidas ao relatório substitutivo apresentado pelo relator do Projeto, Deputado Rogério Marinho (PSDB/RN), que somaram outras 488 emendas, totalizando 1.340 emendas parlamentares apresentadas pela sociedade, por meio de seus legítimos representantes).

Como se vê, impôs-se ali a reflexão que resultou na demanda social pela revisão dos mecanismos de incentivo da litigância responsável na Justiça do Trabalho, de sorte a coibir abusos - e apenas estes - no exercício do direito de ação.

⁸ Em 2016, as Varas do Trabalho receberam, na fase de conhecimento, 2.756.159 processos. Desses, 2.686.711 foram processados e julgados. Foram iniciadas 743.410 execuções e encerradas 660.860 em 2016, estando pendentes, em 31 de dezembro de 2016, o expressivo número de 2.501.722 execuções. Além disso, foram remetidos aos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) 760.877 processos, um aumento de 11,9% em relação ao ano anterior. Por fim, o TST recebeu, no mesmo período, 239.765 processos. Os dados estão disponíveis em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/21fca4b3-524b-4bc0-bdc3-b7641d7c83a8>>. Acesso em: 29 jul. 2017. A série histórica está disponível em: <<http://www.tst.jus.br/justica-do-trabalho2>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

⁹ São os números das emendas referidas os seguintes: n. 72, 94, 118, 175, 268, 368, 459, 519, 623 e 814 (honorários periciais); n. 564, 609, 621, 629, 641, 654, 681 e 832 (honorários advocatícios por sucumbência); n. 71, 93, 117, 174, 193, 267, 367, 422, 458, 520, 671, 744 e 815 (gratuidade de justiça). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas.jsessionid=E76FB5E7AFA5EFAD18D6EFF7189384CF.proposicoesWebExterno?2?idProposicao=2122076&subst=0>. Acesso em: 14 ago. 2017.

Com esse pano de fundo e, partindo-se da premissa constitucional de que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal), foram construídas as alterações legislativas relativas à gratuidade de justiça, ao custeio de honorários periciais e ao sistema de honorários de sucumbência no processo do trabalho, respectivamente, os artigos 790, 790-B e 791-A da CLT.

3 A RESPOSTA

3.1 Gratuidade de justiça

Gratuidade de justiça não existe. Litigar custa, e o custo sempre recairá sobre alguém, muitas vezes sobre os contribuintes que nenhuma relação têm com o litígio. Muito deles, na realidade socioeconômica brasileira, também pobres. A justiça gratuita estabelecida normativamente constitui, portanto, uma ficção jurídica que se faz necessária quando é indispensável a transferência artificial de custos advindos do uso do sistema de justiça.

A nova redação do art. 790 da CLT¹⁰ pretende tornar mais justa e razoável essa transferência.

Para isso, retoma-se a sistemática anteriormente vigente no processo do trabalho, que havia sido modificada pela Lei n. 10.537, de 27 de agosto de 2002. Referido sistema é bem explicado por José Augusto Rodrigues Pinto (2005, p. 307), que faz referência ao primitivo art. 789 da CLT para esclarecer que:

Portanto, desde sua origem remota, na CLT, o legislador reconheceu duas situações:

1. de presunção absoluta de pobreza àqueles assalariados com até o dobro do mínimo legal, que autorizava a concessão do benefício sem necessidade de qualquer comprovação de miserabilidade jurídica;
2. de presunção relativa de pobreza, portanto impugnável pelo empregador, àqueles assalariados com mais do dobro do mínimo legal, mediante prova do estado de miserabilidade.

¹⁰É a nova redação do art. 790 da CLT: “Art. 790. [...] § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. § 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.” (NR)

Ressurge, pois, o mecanismo em que se presume a miserabilidade jurídica para os que percebam salário até o teto fixado por lei e possibilita-se à parte que tiver renda superior que comprove a condição que a impeça de arcar com as despesas do processo sem prejuízo de seu sustento ou de sua família.

Isto é, contrariamente ao que estabelecia a redação do § 3º do mesmo dispositivo, torna-se agora indispensável, para as partes que auferirem salário superior ao teto fixado, a comprovação da insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. Pretende-se coibir, com isso, abusos que naturalmente se apresentam no sistema da simples autodeclaração.

O novo teto para a presunção de miserabilidade da parte que litiga é fixado em 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Em valores absolutos atuais (agosto de 2017), esse teto representa R\$ 2.212,52 (dois mil, duzentos e doze reais e cinquenta e dois centavos).¹¹

O que poucos sabem é que cerca de 80% (oitenta por cento) dos trabalhadores brasileiros permanecerão sob o pálio da assistência judiciária gratuita “automática”, isto é, sem necessidade de comprovar sua situação de miserabilidade, uma vez que esta será presumida.¹²

A parte que estiver fora do limite legal, mas que, ainda assim, for verdadeiramente incapaz de arcar com os custos do processo deverá comprovar essa condição, o que, diga-se, revela-se assaz simples. A renda e as despesas pessoais são, por suas próprias naturezas, fatos comprováveis por documentos, os quais poderão ser levados aos autos processuais sem maiores dificuldades.

Antes de representar, portanto, qualquer restrição ao exercício do direito de ação, o novo mecanismo, ao contrário, torna efetivo o postulado de acesso à justiça, na medida em que se verá a depuração das discussões judiciais, o desestímulo às lides temerárias e o incremento, por consequência, da capacidade do Estado-Juiz em dar um retorno célere e zeloso aos reais conflitos oriundos do mundo do trabalho.

Em harmonia com esse sistema, o benefício da gratuidade de justiça pode ser concedido às pessoas jurídicas que comprovem insuficiência de recursos, o que de resto já era defendido por boa parte da doutrina mesmo antes das alterações legislativas de que se trata (MARTINS, 2007, p. 189)

¹¹ Art. 2º da Portaria n. 8, de 13 de janeiro de 2017, do Ministério da Fazenda.

¹² Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (PNAD Contínua/IBGE), no 1º trimestre do ano de 2017, no universo de 86,7 milhões de trabalhadores com remuneração no país, 67,3 milhões auferem valores até o limite legal fixado, ou seja, continuarão a poder obter, presumidamente, o benefício da gratuidade de justiça na Justiça do Trabalho, o que representa o percentual de 77,6% do total de trabalhadores. Os dados estão disponíveis em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/>. Acesso em: 14 ago. 2017.

(PINTO, 2005, p. 309), sendo esse tema também já pacificado pelo TST por meio da Súmula n. 463.

3.2. Honorários periciais

Há muitos anos, Manoel Antonio Teixeira Filho (2009, p. 636) fazia interessante advertência acerca da despesa em questão:

Uma pesquisa na jurisprudência produzida há trinta anos, ou mais, revela que, naquela altura, o entendimento assente era de que os honorários do perito seriam sempre devidos pelo empregador, desde que ficasse vencido na causa, ainda que sua sucumbência não fosse quanto ao objeto do exame pericial. Essa manifestação jurisprudencial, no entanto, produziu um efeito colateral, não previsto e indesejável, consistente em estimular os autores (“reclamantes”) a incluir, sistematicamente, no rol de seus pedidos, por exemplo, adicional de periculosidade ou de insalubridade, mesmo sabendo não fazer jus a esses adicionais; faziam-no, apenas, motivados pela certeza de que não seriam condenados a pagar os honorários periciais, mesmo que não obtivessem sucesso nessa parte da demanda.

Atualmente, como já se teve oportunidade de referir, o beneficiário da gratuidade de justiça não é responsável pelo pagamento de honorários periciais quando sucumbente no objeto da perícia (Súmula n. 457 do TST). Na verdade, o incentivo pernicioso sobre o qual se chamou atenção naquela altura não só permanece atual como se intensificou sobremaneira desde que o nobre doutrinador escreveu as linhas transcritas.

No Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região - apenas um dos vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho do país - são pagos em média R\$ 18.000.000,00 (dezoito milhões de reais) por ano aos peritos que atuaram em ações em que o autor veio postular em juízo o que não era devido.¹³

Para enfrentar o problema, optou-se por tratar da questão na nova lei estabelecendo que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.¹⁴

¹³ Os valores exatos estão disponíveis em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/informe-se/transparencia/orcamento-e-financas/honorarios-periciais>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

¹⁴ É a nova redação do art. 790-B da CLT: “Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. § 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho. § 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais. § 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias. § 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no *caput*, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo. (NR)

A ideia de que o beneficiário da gratuidade de justiça tem de arcar com os honorários de perito pode causar estranheza a muitos, razão por que é oportuno lembrar dois fundamentos que foram considerados para o estabelecimento legal de tal responsabilidade - um fático e outro de natureza jurídica.

O fundamento fático consiste na circunstância de que tal despesa vem sendo sistematicamente fixada entre R\$ 500,00 (quinhentos reais) e R\$ 2.000,00 (dois mil reais), raramente se afastando de tais patamares.¹⁵ Note-se que, de todo modo, a fixação submeter-se-á, doravante, ao limite máximo estabelecido pelo CSJT¹⁶ (art. 790-B, § 1º), podendo o valor ser parcelado segundo livre arbítrio do juízo (art. 790-B, § 2º).

O argumento de natureza jurídica assenta-se no processo civil comum, onde, como referenciado supra, a gratuidade de justiça pode ser estendida a uma ou a todas as despesas do processo.

Parece razoável que o beneficiário da gratuidade de justiça que veio buscar em juízo direito inexistente - assim reconhecido por tribunais especializados e atentos à natureza alimentar da parcela pleiteada, após amplo acesso a todos os graus de jurisdição - arque ao cabo com a despesa, utilizando-se para isso, note-se bem, de apenas créditos reconhecidos em juízo (§ 4º do novo art. 790-B).

Espera-se com isso neutralizar o incentivo funesto à litigância irresponsável que muitas vezes empresta à Justiça a face de loteria, em matérias que demandam a realização de prova técnica. A parte postulará em juízo com maior responsabilidade e, ainda que se admita hipoteticamente que seja vítima de *error in iudicando* mesmo após o acesso a todos os graus de jurisdição, poderá arcar com a despesa oriunda de sua sucumbência de forma limitada e parcelada, desde que tenha, para tanto, outro crédito reconhecido em juízo.

Por fim, quanto ao tema, diga-se ainda que o § 3º do art. 790-B representa tão só a recepção normativa do entendimento jurisprudencial pacífico acerca da impossibilidade de se exigir adiantamento de valores para realização de perícias (OJ n. 98 da SDI-2 do TST).¹⁷

¹⁵Vejam-se, a propósito, os relatórios, já citados, dos quais constam os valores arbitrados, disponíveis em: <<https://portal.trt3.jus.br/internet/informe-se/transparencia/orcamento-e-financas/honorarios-periciais>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

¹⁶Atualmente o limite está em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), conforme art. 3º da Resolução n. 66/2010 do CSJT. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/7231/2010_res0066_csjt_rep01.pdf?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 10 ago. 2017.

¹⁷Orientação Jurisprudencial n. 98 da Seção de Dissídios Individuais II do TST. MANDADO DE SEGURANÇA. CABÍVEL PARA ATACAR EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. É ilegal a exigência de depósito prévio para custeio dos honorários periciais, dada a incompatibilidade com o processo do trabalho, sendo cabível o mandado de segurança visando à realização da perícia, independentemente do depósito.

3.3. Honorários de sucumbência¹⁸

Inaugurado no direito romano sob a Constituição de Zenon (SANTOS, 2011, p. 343), o princípio clássico da sucumbência é sintônico com o valor de justiça: ao fim do processo judicial, imputa-se ao vencido a responsabilidade pelo custeio das despesas do processo e dos honorários advocatícios, ou seja, dos valores despendidos por todos, incluídos o Estado e a parte contrária a quem foi dada a razão.

Trata-se de sistema que não é somente justo: é virtuoso também porque estabelece, como consequência adicional, um natural freio ao abuso do direito de ação. Por isso, a adoção de tal sistemática também no processo do trabalho foi tida como essencial para enfrentar a questão da banalização das ações trabalhistas, assim percebida pela sociedade, conforme exposto em tópico supra.

Inseriu-se, portanto, novo dispositivo na CLT, art. 791-A, para disciplinar o pagamento de honorários advocatícios. O advogado, ainda que atue em causa própria, fará jus a honorários de sucumbência, que serão fixados sobre o valor que resultar da liquidação de sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Não se fechou os olhos para a fragilidade financeira que normalmente ostenta uma das partes no processo do trabalho, e é por isso que se resgataram os percentuais de honorários sucumbenciais anteriormente previstos na Lei n. 1.060/50 e historicamente praticados no processo trabalhista, nas hipóteses excetivas admitidas jurisprudencialmente¹⁹: limite mínimo de 5% (cinco por cento) e máximo de 15% (quinze por cento). O juízo poderá fixar o patamar que julgue mais consentâneo com as

¹⁸ É a nova redação do art. 791-A da CLT: "Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. § 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria. § 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará: I - o grau de zelo do profissional; II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. § 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários. § 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. § 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção."

¹⁹ Aqui se refere à redação anterior da Súmula n. 219 do TST.

circunstâncias do caso, observados os critérios estabelecidos pela nova lei, entre eles, o grau de zelo do profissional e a importância e natureza da causa (respectivamente, incisos I e III do § 2º do art. 791-A).

Em caso de cumulação de pedidos, tão comum nas ações trabalhistas, e tratando-se de sucumbência parcial, o percentual fixado pelo juízo incidirá sobre cada um dos pedidos, conforme o resultado do provimento jurisprudencial. Isso porque a proporcionalidade dos honorários na procedência parcial se mostra essencial para se preservar o efeito de justiça e responsabilidade pretendido pelo legislador.

E é essa mesma teleologia da norma, ou seja, o princípio da causalidade, que justifica que, em caso de sentença proferida com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu. Trata-se de aplicação supletiva do art. 90 do CPC, não só porque este, como já se teve oportunidade de referir, foi o marco legal inspirador das alterações de que se trata, mas também em razão de expressos comandos legais, especificamente, o art. 15 do CPC²⁰ e o art. 769 da CLT.²¹

Ainda na sucumbência recíproca, fica vedada a compensação entre honorários, tal qual se verifica no processo comum. É incabível a compensação da verba porque esta constitui direito de terceiro, do advogado, e tem natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho (§ 14 do art. 85 do CPC).

O beneficiário da justiça gratuita também pagará honorários de sucumbência da parte contrária. Para isso, utilizará créditos obtidos em juízo, ainda que em outro processo. Se não tiver obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário (§ 4º do art. 791-A).

A adoção do sistema de sucumbência harmoniza-se com o princípio da boa-fé processual. Ele busca afastar o processo do trabalho de sua anacrônica posição administrativista, para aproximá-lo dos demais ramos processuais, em sintonia com o cumprimento dos propósitos do legislador reformista, acima expostos.

²⁰ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

²¹ Art. 769 Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A entrega da tutela jurisdicional é dever do Estado, de onde se origina o direito de ação. Trata-se, contudo, de dever que deve ser equilibrado contra o impulso da demanda temerária. Em um cenário de litigância sem risco, como é o cenário processual trabalhista, o sistema judicial tende a ser mal e sobreutilizado. A morosidade se impõe e, com ela, a incerteza e a insegurança jurídicas - antíteses dos postulados constitucionais de acesso à justiça, efetividade e celeridade.

O prejuízo não é, portanto, somente dos pagadores de impostos que custeiam um sistema caro e sobrecarregado, mas também de todos os jurisdicionados que se sujeitam, quando indispensável, a uma justiça lenta e precária.

A sociedade, por meio de seus legítimos representantes, enfrentou a questão. Para ela, construiu democraticamente uma resposta. Se ela será eficaz, dirão o tempo e a seriedade de nossas instituições.

ABSTRACT

This article presents the amendments brought within the Law n. 13.467/2017, labor reform, regarding to gratuitous litigation, expert consultant fees and attorney fees on the labor procedure. The text portrays the present day legal scenery regarding the subjects, points to a comparison between the labor procedure and civil procedure and exposes the social and legal motivation that surrounded the elaboration of the new legal landmark.

Keywords: *Labor reform. Gratuitous litigation. Expert consultant fees. Attorney fees.*

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988).
- _____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.
- _____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Aprova o Código de Processo Civil.
- _____. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. Livro de Súmulas, OJs e PNs. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/livro-de-sumulas-ojs-e-pns>>. Acesso em: 10 ago. 2017.
- DA ROS, Luciano (2015). *O custo da justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória*. Newsletter. Observatório de elites políticas e sociais

- do Brasil. NUSP/UFPR, v. 2, n. 9, julho. p. 1-15. ISSN 2359-2826.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
 - NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
 - RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Processo trabalhista de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2005.
 - SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 3 v.
 - TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. 3 v.
 - VON MISES, Ludwig. *Ação humana*. 3. ed. São Paulo: Instituto Von Mises Brasil, 2010.

Agosto de 2017.

