



# revista eletrônica

DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA BAHIA

**O DIREITO E O PROCESSO DO TRABALHO  
APÓS 30 ANOS DA CRFB/88**

junho/2019



Ano VIII | nº 11

# REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA BAHIA

Ano VIII, número 11, junho de 2019

**PRESIDENTE:** Desembargadora Maria de Lourdes Linhares Lima de Oliveira

**VICE-PRESIDENTE:** Desembargadora Débora Maria Lima Machado

**CORREGEDORA REGIONAL:** Desembargadora Dalila Nascimento Andrade

**VICE-CORREGEDORA REGIONAL:** Desembargadora Marizete Menezes Corrêa

**DIRETORA DA ESCOLA JUDICIAL:** Desembargadora Margareth Rodrigues Costa

## **CONSELHO EDITORIAL:**

Ministros: Cláudio Mascarenhas Brandão e Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Desembargador: Edilton Meireles de Oliveira Santos

Juizes: José Augusto Rodrigues Pinto (aposentado), Danilo Gonçalves Gaspar, Aloísio Cristovam dos Santos Júnior, Luciano Martinez, Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho, Guilherme Guimarães Ludwig, Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale, Clarissa Nilo de Magaldi, Monique Fernandes Santos Matos e Murilo Carvalho Sampaio Oliveira

**Editor Gerente:** Juiz Danilo Gonçalves Gaspar

**Organização:** Ivana Cléa Gusmão de Oliveira

**Editoração:** Carlos Adroaldo Santiago Lima

**Revisão:** Silvana Costa Moreira e Valdicéa do Val

Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia / Tribunal

Regional do Trabalho da 5ª Região. Escola Judicial. - Ano 1, n. 1

(dez. 2012-).- Salvador, 2012-

Ano 5, n. 7, mar. 2016 (online). Acesso: <http://escolajudicial.trt5.jus.br/revista-eletronica-edicao-atual>

Semestral

Título anterior: Revista Eletrônica da Escola Judicial do TRT5.

ISSN 2317-9155

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

CDU 34:331(81)(05)

**REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO  
DA BAHIA**

Ano VIII, número 11, junho de 2019

**Apresentação**

O Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região apresenta sua mais recente edição da Revista Eletrônica, relacionando temas do Direito e do Processo do Trabalho com princípios constitucionais, no contexto pós-reforma trabalhista.

Os temas trazidos se propõem a uma reflexão crítica, tratando de questões polêmicas, a exemplo do trabalho intermitente, da prevalência do negociado sobre o legislado, da proteção jurídica do trabalhador fronteiro e do refugiado à luz da nova Lei do Migrante, dentre outros temas afetos ao Direito do Trabalho, ao Processo do Trabalho e à Administração Pública. Segue apresentando a Verve literária, com poesias e crônicas que nos levam a outros caminhos de leitura, dilatando os nossos sentidos.

Os textos desta edição são de autoria de magistrados e servidores do TRT5 e de outros Tribunais, além de advogados e estudantes de Direito e foram selecionados pelo Conselho Editorial da Revista.

Com mais esta publicação, o TRT5, por meio da Escola Judicial, consolida o seu papel acadêmico e de difusão de conhecimento.

Desejamos uma ótima leitura!

Maria de Lourdes Linhares  
Desembargadora Presidente do TRT5

**REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO  
DA BAHIA**

Ano VIII, número 11, junho de 2019

**Apresentação da Escola Judicial**

Querido(a) leitor(a),

A Revista Eletrônica do TRT5 chega, com muita alegria, a sua décima primeira edição!!!

Nesta edição, a revista aborda o tema “*O direito e o processo do trabalho após 30 anos da CRFB/88*”.

Os artigos foram avaliados e aprovados pelo Conselho Editorial, nos termos do edital, de modo a permitir ao leitor importantes reflexões sobre os temas.

Seguiremos em frente, prosseguindo na qualificação acadêmica desta revista eletrônica, reforçando sua tradição no âmbito nacional.

Muita luz a todos!!!

Danilo Gaspar  
Editor Gerente da Revista e Coordenador da EJUD5.

# Sumário

## *Artigos*

Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica <i>Amauri Cesar Alves</i> .....	7
A nova estrutura multipiramidal do Direito do Trabalho pós-reforma <i>Andressa Cremens Calheiros Cerqueira</i> .....	36
A proteção jurídica do trabalhador fronteiriço e do refugiado sob a luz da nova lei do migrante (Lei nº 13.445/2017) <i>Bernardo Cunha Farina</i> <i>Enoque Ribeiro Santos</i> .....	59
IRDR, IAC e stare decisis horizontal – sugestões regimentais para evitar a criação de jurisprudência conflitante <i>Cesar Zucatti Pritsch</i> .....	91
A (im)possibilidade do trabalho por mais de dois dias por semana do trabalhador intermitente <i>Danilo Gaspar</i> .....	140
A incorporação de ferramentas virtuais no processo de mediação <i>Fábio Periandro de Almeida Hirsch</i> <i>Téo Luís Freitas da Costa Tourinho</i> .....	152
Caronas em registro de preços e a vulneração ao princípios da administração pública <i>Fábio Periandro de Almeida Hirsch</i> <i>Zulene Barbosa Gomes</i> .....	168
O fim da contribuição sindical na reforma trabalhista: uma aproximação à convenção 87 da OIT ou um sucateamento dos sindicatos? <i>Gabriela Sepúlveda Sobrinho</i> .....	197
Representação preposicional e eticidade judicial <i>Geovane de Assis Batista</i> .....	214

Sob a luz do garantismo: o prazo prescricional para cobrança do fundo de garantia do tempo de serviço. <i>Karoline França Bastos Cunha</i> .....	255
A prevalência do negociado sobre o legislado: demolição da evolução social do direito fundamental ao trabalho digno? <i>Leandro Henrique Costa Bezerra</i> .....	273
Entidade filantrópica e reforma trabalhista: contribuições críticas <i>Leonardo Emrich Sá Rodrigues da Costa</i> .....	289
A irretroatividade da reforma trabalhista: o debate do direito intertemporal um ano depois <i>Guilherme Guimarães Ludwig</i> <i>Murilo Carvalho Sampaio Oliveira</i> .....	309

### ***Verves Literárias***

Uma história real com intuito motivador aos colegas de trabalho <i>Alessandro Batista dos Santos</i> .....	332
Diretoria Algoz <i>Lariane Conceição dos Santos</i> .....	333
No âmbito trabalhista ela sou eu <i>Lariane Conceição dos Santos</i> .....	334

# TRABALHO INTERMITENTE E OS DESAFIOS DA CONCEITUAÇÃO JURÍDICA

*Amauri Cesar Alves<sup>1</sup>*

**RESUMO:** A análise da aplicação das regras de trabalho intermitente no Brasil é tarefa relativamente simples. Não é difícil perceber quais foram as intenções do legislador da “Reforma Trabalhista” ao fixar as novas regras celetistas sobre o tema. Empregadores já aplicam as novas regras celetistas do trabalho intermitente e empregados já sentem no bolso as consequências da inovação. Em sentido contrário é bastante complexa a tarefa de estabelecer um conceito técnico-jurídico claro sobre o que seja, no direito brasileiro, contrato de trabalho intermitente. O presente estudo se dedicará à tarefa da conceituação jurídica, que em síntese considera que contrato de trabalho intermitente é modalidade contratual trabalhista bilateral e celetista, com prestação de serviço não eventual e em razão da necessidade de trabalho descontínua, mas comum e corriqueira para o empregador que não pode antever, na admissão do empregado, quando se dará e por quanto tempo demandará a prestação laborativa, que é *sui generis* em relação à previsão de sua duração, marcada pela incerteza do momento exato da necessidade do trabalho e das interrupções e não pelo número reduzido de horas trabalhadas em um dia, semana ou mês.

**PALAVRAS-CHAVE:** Intermitente. Contrato. Emprego. Reforma Trabalhista.

---

<sup>1</sup> Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela PUC.Minas.  
Professor da Universidade Federal de Ouro Preto.  
Coordenador do Grupo de Estudos de Direito do Trabalho da UFOP.

## 1. Introdução

A análise da aplicação das regras de trabalho intermitente no Brasil é tarefa relativamente simples. Perceptíveis e imagináveis as consequências do novo contrato, visto que o debate é amplamente presente na imprensa. É simples perceber quais foram as intenções do legislador da “Reforma Trabalhista” ao fixar as novas regras celetistas sobre o tema. Empregadores já aplicam as novas regras celetistas do trabalho intermitente e empregados já sentem no bolso as consequências da inovação. Em sentido contrário é complexa a tarefa de estabelecer um conceito técnico-jurídico claro sobre o que seja, no direito brasileiro, contrato de trabalho intermitente. O presente estudo se dedicará à tarefa da conceituação jurídica.

Antes de estabelecer um conceito técnico de contrato de trabalho intermitente será necessário compreender em que contexto sociopolítico se insere a nova legislação trabalhista, que é fruto da ruptura democrática havida no Brasil em 2016 e que mais impactos nocivos ainda trará ao povo brasileiro. Em seguida haverá a análise do trabalho intermitente na doutrina estrangeira e brasileira, ainda que não haja por aqui, exatamente e por enquanto, uma conceituação clara do instituto. Não há como buscar uma conceituação para o contrato de trabalho intermitente no Brasil sem tentar compreender seus contornos normativos fixados pela Lei 13.467/2017, muito embora não tenha o legislador ajudado muito na tarefa que aqui será desenvolvida. Antes de estabelecer conceitos, diante do cenário normativo atual será imprescindível compreender os contornos jurídicos de contratos outros, que se aproximam da ideia de intermitência, até para que se possa definir aquilo que o novo instituto não é. Também relevante explicitar quais foram, para a prática contratual cotidiana, as pretensões dos detentores do poder econômico no Brasil e de seus prepostos ao regulamentar o trabalho intermitente, até mesmo para que seja possível, pela via da interpretação, apresentar caminhos de resistência. Somente depois de implementadas as condições preliminares aqui sinalizadas será possível sugerir um conceito técnico-jurídico do que seja trabalho intermitente no Brasil após a “Reforma Trabalhista”.



## 2. Trabalho intermitente na doutrina

Antes de tentar estabelecer o conceito jurídico de contrato de trabalho intermitente no Brasil, sobretudo pós-“Reforma Trabalhista”, é importante compreender como a doutrina aborda o tema. De início serão trazidos conceitos de direito estrangeiro, pois mais uma vez o Brasil “importou”, por encomenda patronal, inovações legislativas de outros países. Em seguida as primeiras análises doutrinárias sobre o trabalho intermitente em decorrência do disposto na Lei 13.467/2017.

Na Espanha o contrato intermitente é previsto e definido no artigo 16 do Estatuto dos Trabalhadores como “fixo-descontínuo”. Estabelece o item 1 da regra citada que se trata de contrato por tempo indeterminado que se estabelece para a realização de trabalhos que tenham a característica de serem fixos e descontínuos e que não se repetem em datas certas, dentro do volume normal de atividade da empresa. Segue o dispositivo ao fixar que no caso de trabalho descontínuo que se repete em datas certas, é aplicável o regulamento do contrato a tempo parcial, celebrado por tempo indeterminado.<sup>2</sup> O contrato, formal e escrito, deverá indicar a duração estimada da atividade, bem como, de modo também indicativo, a jornada estimada e os horários de trabalho. A lei remete a regulamentação dos contratos intermitentes à negociação coletiva, que deverá fixar a forma de chamada ao trabalho.<sup>3</sup> O trabalho “fixo descontínuo” é aquele que é reiterado de forma cíclica e intermitente, não devendo ser confundido com o trabalho eventual ou por obra ou por tempo determinado.<sup>4</sup>

Em Portugal o contrato intermitente é previsto e definido nos artigos 157º a 160º do Código do Trabalho. Importante destacar, de início, que a primeira definição, do artigo 157º do Código do Trabalho, concentra a intermitência na atividade exercida pela empresa: “Em empresa que exerça atividade com descontinuidade ou intensidade variável, as partes podem

---

<sup>2</sup> <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11430>. Acesso em 29/11/2017.

<sup>3</sup> <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-11430>. Acesso em 29/11/2017.

<sup>4</sup> MONTROYA, Alfredo Melgar. **Derecho del Trabajo**. 34. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

acordar que a prestação de trabalho seja intercalada por um ou mais períodos de inatividade.”<sup>5</sup> O trabalhador tem direito a receber pelo menos 20% da retribuição base em razão do período de inatividade, conforme regra do artigo 160º do Código do Trabalho: “Durante o período de inatividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho ou, na sua falta, de 20% da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição.”<sup>6</sup> Pedro Romano Martinez define o trabalho intermitente:

Sempre que a atividade na empresa tenha desconformidades temporais ou variação de intensidade, pode acordar-se que a prestação de trabalho seja intercalada por períodos de inatividade. No fundo, em vez do paradigma do trabalho de cinco dias por semana e oito horas por dia com intervalo de descanso, pode ajustar-se que os períodos de atividade são interrompidos por períodos de inatividade. Os períodos de inatividade podem ser prolongados, de dias, semana, etc., muito comum em atividades sazonais, ou curtos de horas, caso em que a prestação de trabalho é interpolada em cada dia.<sup>7</sup>

André Almeida Martins destaca a distinção legal, no direito português, entre duas submodalidades de trabalho intermitente: o trabalho alternado e o trabalho a chamadas:

A flexibilidade proporcionada por este novo instrumento do ordenamento jurídico-laboral resulta em grande medida daquilo que se pode caracterizar como as duas espécies ou submodalidades que o trabalho intermitente assume no CT 2009. Com efeito, resulta do regime dos artigos 158.º a 160.º do CT 2009 que o modelo de contrato de trabalho intermitente introduzido pelo legislador comporta quer o designado trabalho alternado, quer o trabalho à chamada, duas espécies de um mesmo género que apresentam diferenças significativas quer a nível do específico regime jurídico, quer sobretudo a nível da dinâmica entre flexibilidade e repercussão das relações laboral na esfera da vida privada do trabalhador.

---

<sup>5</sup> <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=64>

<sup>6</sup> <http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=64>

<sup>7</sup> MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 520.

No n.º 1 do artigo 159.º do CT 2009 é delineada a distinção entre estas duas submodalidades do trabalho intermitente, na medida em que, por um lado, se permite que as partes estabeleçam no contrato “a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado”, definindo também “o início e termo de cada período de trabalho”, assim optando pela submodalidade do trabalho alternado, ou então, por outro lado, e num registo de maior flexibilidade e incerteza, escolham antes a “antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele”, o que caracteriza o núcleo essencial do chamado trabalho à chamada.<sup>8</sup>

No primeiro caso (trabalho intermitente alternado) há maior previsibilidade, pois a atividade empresarial permite antever a necessidade da prestação laborativa, o que comparativamente mais se assemelha, no Brasil, à contratação a termo prevista na alínea “a” do parágrafo 2º do artigo 443 da CLT. No segundo caso (trabalho intermitente a chamada) há maior imprevisibilidade, havendo o chamado ao trabalho de acordo com a necessidade do empregador.

O Reino Unido, consoante juristas brasileiros, parece ser o modelo para o trabalho intermitente escolhido pela “Reforma Trabalhista”. Lá é reconhecido como “contrato zero hora”, e está previsto no artigo “27ª do Employment Rights Act 1996”, “com características de inexistência de garantia de prestação de serviços e de recebimento de salário”.<sup>9</sup> Lorena de Mello Rezende Colnago informa que a maior parte do trabalho intermitente no Reino Unido é desenvolvido por jovens com menos de 25 anos e por idosos acima dos 65. A imensa maioria dos trabalhadores, segundo a autora, tem no trabalho intermitente uma forma de complementação de renda e não a sua única contratação de trabalho.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/772/1/artigo2.pdf>

<sup>9</sup> COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho Intermitente – Trabalho “Zero Hora” – Trabalho Fixo Descontínuo”. **Revista LTr.** 81-09, p. 1087.

<sup>10</sup> COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho Intermitente – Trabalho “Zero Hora” – Trabalho Fixo Descontínuo”. **Revista LTr.** 81-09, p. 1087.

No Brasil, anteriormente ao PL 6787/2016, que deu origem à Lei nº 13.467/2017, há poucos estudos sobre o trabalho intermitente. Sendo assim, segue desde já a análise doutrinária decorrente da “Reforma Trabalhista”, para que se construa, posteriormente, conceituação própria para fins do presente estudo e, principalmente, para que se estabeleçam características e distinções entre o contrato de trabalho intermitente e outras formas de pactuação laborativa empregatícia.

Dos diversos estudos publicados em livros e revistas científicas sobre a “Reforma Trabalhista”, em poucos casos houve conceituação sobre o que é juridicamente trabalho intermitente. Na maior parte das publicações verifica-se uma análise de consequências práticas, ou seja, restrita à explicação de como é que se dará a contratação de trabalho intermitente, pois, conforme será visto adiante, as regras trazidas inicialmente pelo legislador em 13/07/2017 dificultam, e muito, uma tarefa conceitual.

De início a compreensão de Homero Batista Mateus da Silva sobre o contrato de trabalho intermitente como um cadastro de empregados: “A ideia do art. 452-B nada mais é do que a elaboração de um cadastro com os dados do empregado para, se houver trabalho, ele ser acionado, mas sem o compromisso de ser chamado e sem o compromisso de atender ao chamado.”<sup>11</sup> Tal ideia inicial mostra a face precarizante do contrato que, de fato, não garante nem trabalho nem salário.

Luciano Dalvi Norbim entende que o trabalho intermitente “é aquele em que o empregado fica à disposição do empregador e realiza os serviços contratados sempre que for necessário. O trabalho intermitente é assim chamado porque a prestação dos serviços é descontínua.”<sup>12</sup>

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado compreendem o trabalho intermitente, em interpretação “lógico-racional, sistemática e teleológica do art. 443, *caput* e

---

<sup>11</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 73.

<sup>12</sup> NORBIM, Luciano Dalvi. **Reforma Trabalhista ao seu alcance**. Belo Horizonte: Líder, 2017. p. 41.

parágrafo 3º, combinado com o art. 452-A da CLT, *caput*, e seus parágrafos e incisos”<sup>13</sup> não como uma nova modalidade contratual celetista, mas, sim, como uma nova modalidade de salário por unidade de obra ou salário-tarefa, o que, por representar resistência à interpretação gramatical da regra legal, merecerá análise em item específico.

De fato ainda é cedo para se perquirir acerca de uma doutrina justrabalhista brasileira sobre o trabalho intermitente. O que se espera é que tal construção doutrinária contemple sempre os direitos fundamentais do trabalhador, os princípios de Direito do Trabalho e as regras de proteção social construídas no país ao longo das últimas décadas.

### **3. A Lei nº 13.467/2017 e o trabalho intermitente**

Conforme o anteriormente exposto, o trabalho intermitente é fruto da “Reforma Trabalhista” estabelecida pela Lei nº 13.467/2017. Imediatamente após a entrada em vigor da citada lei e visto o trabalho açodado, mal feito e incompleto, resolveu o presidente da república editar Medida Provisória para acrescentar dispositivos às regras celetistas do trabalho intermitente, com os seguintes argumentos:

#### Contrato de trabalho intermitente

10.10 Para melhor definir os elementos que caracterizam o regime de contratação de trabalho intermitente, propõe-se alterar o art. 452-A e incluir os arts. 452-B a 452-H ao Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, para não restar dúvida quanto às diferenças desta forma de contratação das demais já previstas na legislação, como o contrato por prazo indeterminado, o contrato com jornada parcial e o contrato temporário.

10.11 O art. 452-A estabelece que o contrato de trabalho intermitente deverá ser celebrado por escrito e registrado em carteira de trabalho, ainda que previsto em acordo ou convenção coletiva, e estabelece também integrantes básicos deste contrato de trabalho, como identificação, valor da hora ou do dia de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, as parcelas integrantes do pagamento imediato (remuneração, férias proporcionais com acréscimo de um terço,

---

<sup>13</sup> DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTr., 2017. p. 155.

décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais), dentre outros dispositivos.

De qualquer modo, a MPV 808/2017 não foi convertida em lei pelo Congresso Nacional, sendo agora apenas referência histórica sobre o trabalho mal feito pelos legisladores ordinários da Reforma Trabalhista.

### 3.1. Os desafios da conceituação jurídica a partir das regras da “Reforma Trabalhista”.

A conceituação técnico-jurídica do contrato de trabalho intermitente é ainda um desafio. Tanto é que o legislador ordinário precisou contar com a “ajuda” do legislador presidencial para tentar ajustar sua conformação, o que ao final não se deu em razão de não terem sido as regras da MPV 808/2017 convertidas em legislação ordinária celetista. Ocorre que ambos os legisladores, ordinário e presidencial, não sabem exatamente o que fazem, competindo aos intérpretes do Direito do Trabalho tentar dizer o direito.

A primeira aproximação do intérprete com a norma se dá pelo texto.<sup>14</sup> *Intermitente*, para HOUAISS, é situação “em que ocorrem interrupções; que cessa e recomeça por intervalos; intervalado, descontínuo.”<sup>15</sup> Assim, em uma primeira ideia, caso seja visto como constitucional a nova regra, deve-se compreender que intermitente é o trabalho que cessa e recomeça diversas vezes, alterando períodos de prestação de serviços e de inatividade.

O problema é que o conceito do legislador, fixado no parágrafo 3º do artigo 443 da CLT é ininteligível do ponto de vista justralhista. Dizer que intermitente é o contrato que alterna períodos de prestação de serviços e períodos de inatividade é não dizer absolutamente nada.

---

<sup>14</sup> Análise inicialmente empreendida por ALVES, Amauri Cesar; BASTOS, Angélica Júlia Araújo; CARNEIRO, Jacksely. Definição de Trabalho Intermitente. In. ALVES, Amauri Cesar; LEITE, Rafaela Fernandes (org) **REFORMA TRABALHISTA: comentários à Lei 13.467/2017**. Belo Horizonte: Conhecimento Jurídica, 2017. p. 100.

<sup>15</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. In HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1434.

Em tese todo e qualquer trabalho empregatício, nos termos até aqui expostos, é intermitente. Em regra há labor por 8 horas e inatividade nas próximas 16 horas, aproximadamente, já que os períodos de atividade e inatividade podem ser “determinados em horas”. Da mesma forma há labor em 5 ou 6 dias, seguidos de intervalo de 24 horas por semana, já que os períodos de atividade e inatividade podem ser “determinados em semanas”. Há labor em 11 meses com 1 mês de intervalo (férias), já que os períodos de atividade e inatividade podem ser “determinados em meses”. Ora, sendo assim não é possível fixar um conceito técnico-jurídico claro, lógico, novo e coerente com o sistema justrabalhista brasileiro se o parâmetro for somente a alternância entre períodos de trabalho e de inatividade.

Na busca por melhor definir o que seja trabalho intermitente o legislador presidencial, em Medida Provisória em que se abandonou toda e qualquer técnica, trouxe conceituação de períodos de inatividade que é pura tautologia: “considera-se período de inatividade o intervalo temporal distinto daquele para o qual o empregado intermitente haja sido convocado e tenha prestado serviços”. A regra do “caput” do artigo 452-C da CLT fixava, então, que o período de inatividade é o período em que não há atividade! Feliz ou infelizmente os termos da MPV 808/2017 não mais vigoram.

O conceito apresentado no parágrafo 3º do artigo 443 da CLT, como visto, apresenta problemas. O primeiro deles é o termo “continuidade”. O conceito de continuidade que há historicamente no direito do trabalho brasileiro se refere ao vínculo empregatício doméstico. É critério objetivo ligado à quantidade de dias trabalhados na semana. A ideia de continuidade trazida pelo legislador reformador é diferente da continuidade no âmbito doméstico e também é diferente do critério da não eventualidade celetista, vez que o trabalho intermitente se dá no âmbito do emprego celetista.

A difícil fixação de um conceito é que se trata de um contrato de emprego celetista, que é não eventual por definição, ou seja, é comum, corriqueiro, esperado e ordinário que haja necessidade do trabalho. Mas a prestação laborativa depende de um prévio chamado do empregador para que se dê, havendo alternância de períodos de prestação de serviços com

períodos de inatividade, sendo desconhecido o lapso de inatividade suficiente para a caracterização da intermitência, como já foi dito e adiante será revisto.

Se constitucional se entenderem as regras celetistas sobre tal nova modalidade contratual, o que aqui não se defende, deve-se reconhecer, de início, que o trabalho intermitente é aquele em que não há previsibilidade do momento exato da necessidade do trabalho, embora seja esta algo comum, corriqueiro, ordinário, ou seja, não eventual. É necessário, então, compatibilizar não eventualidade com intermitência.

Há aqui, então, de início, dificuldade quase intransponível de se estabelecer conceito técnico-jurídico claro para o trabalho intermitente tendo por base somente a letra da lei. Será necessário, em um panorama de pouca lógica inaugurado pela “reforma”, inverter a ordem da análise. Haverá, adiante e de início, tentativa de identificar o que o trabalho intermitente não é, para depois se estabelecer quais são as pretensões do legislador na aplicação prática do instituto e, em contrapartida, quais são as respostas de resistência, para somente por último buscar estabelecer um conceito.

3.2. Trabalho em tempo parcial, trabalho temporário e contrato por tempo determinado.

Na tentativa de se sugerir um conceito juridicamente claro sobre o que é trabalho intermitente no Brasil é necessário, antes, estabelecer distinções entre outras formas de pactuação de trabalho que lhe são próximas. Assim, é necessário estabelecer o que o trabalho intermitente não é, sob pena de se imaginar que o legislador foi redundante na construção do novo instituto. Assim, no presente estudo são relevantes o trabalho em tempo parcial, o trabalho temporário e o contrato por tempo determinado.



De início o trabalho em tempo parcial. Conforme estabelecido inicialmente na Década Neoliberal<sup>16</sup> o contrato em tempo parcial pressupõe necessidade de trabalho em patamares reduzidos, o que permitiria, nos termos da CLT, o pagamento de salário proporcional à jornada ou disponibilidade semanal de trabalho. Atualmente a regra do artigo 58-A da CLT permite absurdas 32 horas semanais de trabalho “parcial”. É possível ao empregador contratar, depois da “Reforma Trabalhista”, trabalho em tempo parcial de 30 horas por semana sem exigência de horas extras ou de até 26 horas, oportunidade em que poderá exigir até 06 horas extraordinárias semanais.<sup>17</sup> Aqui, diferentemente do que acontece com o trabalho intermitente, o empregador tem necessidade regular de trabalho, havendo fixação de jornadas e horários fixos, sem alternâncias significativas durante a prestação laborativa. Não há incertezas quanto ao momento da necessidade da presença do empregado. Sendo assim, o contrato de trabalho intermitente tem que ser estrutural e conceitualmente diferente do contrato de trabalho em tempo parcial, sob pena de se concluir pela redundância da lei brasileira.

O trabalho temporário, que pressupõe terceirização, tem previsão legal na Lei 6.019/1974, com redação fixada pelas Leis 13.429/2017 e 13.467/2017, ambas no contexto da “Reforma Trabalhista”. Percebe-se facilmente da regra do “caput” do artigo 2º da Lei 6.019/1974 quais são os contornos jurídicos do instituto: “Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços”. Importante destacar que cuidou o legislador reformador de especificar o que é “demanda complementar de serviços”, trazendo expressão que exigirá análise mais detida. A regra é a do novo parágrafo

---

<sup>16</sup> Sobre a Década Neoliberal no Brasil, que guarda relação direta com o atual momento político e econômico, veja exemplificativamente CARDOSO, Adalberto Moreira. **A Década Neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2003.

<sup>17</sup> Nova redação dada pela Lei 13.467/2017. A regra celetista anterior previa limite de 25 horas semanais.

2º do artigo 2º da Lei 6.019/1974: “Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.” Há, portanto, duas possibilidades de caracterização da demanda complementar de serviços: fatores imprevisíveis e fatores previsíveis. Os fatores imprevisíveis são aqueles que o contratante (tomador dos serviços) não poderia esperar ou prever. São extraordinários e para responder à demanda complementar poderá o contratante se valer de mão-de-obra terceirizada. Os fatores previsíveis são aqueles em que há necessidade de um número maior de trabalhadores do que o ordinário, mas dentro de uma previsão já feita pelo contratante. Em tal situação fixou o legislador a possibilidade de ser a demanda complementar previsível, porém intermitente<sup>18</sup>, ou seja, durante um dado lapso temporal (um ano, exemplificativamente) há épocas em que, de modo esperado na atividade econômica, há demanda complementar de serviços, podendo o contratante terceirizar a prestação laborativa. Assim, o que justifica a terceirização de trabalho temporário é a necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou uma demanda complementar de serviços. Há aqui também, excetuada a situação de demanda complementar por fator imprevisível, previsibilidade quanto ao início e término da necessidade da mão-de-obra temporária, não havendo também incertezas. Sendo assim, o contrato de trabalho intermitente tem que ser estrutural e conceitualmente diferente do trabalho temporário para substituição de pessoal e para demanda complementar previsível. A diferenciação não deve ficar somente na dualidade relação trilateral x relação bilateral, mas, sim, ter por referência o motivo ensejador da contratação.

O contrato por tempo determinado celetista tem também motivações claras e específicas previstas nas regras das alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo 2º do artigo 443 da CLT. Trata-se, histórica e indubitavelmente, de modalidade contratual trabalhista excepcional, em que as partes conseguem, já no momento da contratação, antever seu marco final. As

---

<sup>18</sup> Não parecem ser coincidentes os contornos jurídicos da *intermitência* fixados na Lei 6.019/1974 e na CLT.

possibilidades celetistas de contratação a termo são três, portanto: serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo, atividades empresariais de caráter transitório e contrato de experiência. Sendo assim, o contrato de trabalho intermitente tem que ser estrutural e conceitualmente diferente do contrato celetista de trabalho por tempo determinado, sob pena de se concluir pela redundância da lei brasileira.

A conceituação técnico-jurídica de trabalho intermitente deverá considerar o que há de correlato na legislação brasileira, para que não haja redundâncias, repetições e inconsistências, com o cuidado de se estabelecer uma ideia que se mostre em conformidade com o sistema justralhista, não só por suas regras, mas, também e talvez principalmente, por seus princípios.

### 3.3. Trabalho intermitente e aplicação prática: a pretensão dos detentores do capital.

Muito embora seja difícil extrair das regras legais celetistas sobre o trabalho intermitente uma conceituação clara e objetiva em perspectiva técnico-jurídica, é muito simples compreender como espera o legislador a sua implementação prática nos contratos de emprego. Tal facilidade decorre do cenário sociopolítico em torno da Lei 13.467/2017, que indica a precarização das condições de trabalho, de emprego e de vida do trabalhador brasileiro.

O problema do contrato de trabalho intermitente, ao contrário do seu conceito, é muito claro: há relação de emprego, formalmente registrada em CTPS, mas sem garantia do pagamento de nenhum valor ao final de um mês. É o contrato de salário zero ou contrato zero hora. O empregador poderá ficar horas, dias, semanas, meses sem demandar trabalho, ficando o empregado, no mesmo período, aguardando um chamado sem receber salário. Trata-se claramente de se dividir os riscos do empreendimento com o empregado, sem que ele participe, obviamente, dos lucros.

A pretensão dos detentores do capital no Brasil, bem como de seus prepostos alojados nos três poderes da República, é reduzir o custo do trabalho em detrimento da classe trabalhadora e da Constituição da República. A ideia é pagar salário apenas e especificamente

por trabalho efetivamente entregue, sem preocupação em remunerar qualquer período de inatividade. Trata-se de uma tentativa grave de ruptura dos paradigmas protetivos do trabalho contra os abusos do capital, o que certamente ensejará o empobrecimento da classe trabalhadora e, conseqüentemente, de todo o país.

Conforme visto, a pretensão do legislador é criar um contrato de trabalho em que, muito embora haja emprego celetista formal (artigo 452-A, CLT), há como regra geral a ruptura com características historicamente consagradas, conteúdos básicos e elementos constitutivos presentes nos contratos de emprego até então.

De início a pretensão de descaracterização do contrato de emprego. Maurício Godinho Delgado, dentre outros autores<sup>19</sup>, define como características do contrato de emprego, dentre outras, ser sinalagmático, consensual, de trato sucessivo e dotado de alteridade.<sup>20</sup> A Lei 13.467/2017, no que concerne ao trabalho intermitente, pretende descaracterizar o contrato de emprego ou pelo menos atenuar todas as características acima citadas.

O caráter sinalagmático do contrato pressupõe reciprocidade nas obrigações contratuais das partes, o que resulta em um “equilíbrio formal entre as prestações onerosas”<sup>21</sup>. Ora, ao estabelecer o legislador que somente haverá trabalho e salário se houver chamado do empregador, as obrigações contratuais recíprocas praticamente desaparecem durante os períodos de inatividade, visto até mesmo que pode o empregado recusar a oferta de trabalho.

O caráter de contrato consensual, no sentido de que a avença de emprego pode ser tácita, informal e sem solenidades ou manifestações expressas de vontades, se atenua no trabalho intermitente, que será celebrado por escrito e registrado na CTPS.

O trato sucessivo como característica dos contratos de emprego em geral não se verifica plenamente no trabalho intermitente, até mesmo por definição literal do texto da lei. Nos contratos de emprego em geral “as prestações centrais desse contrato (trabalho e verbas

---

<sup>19</sup> Sobre o tema veja ALVES, Amauri Cesar. **Direito do Trabalho Essencial**. São Paulo: LTr., 2013.

<sup>20</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo, LTr., 2017.

<sup>21</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo, LTr., 2016. p. 563.

salariais) sucedem-se continuamente no tempo, cumprindo-se e vencendo-se, seguidamente, ao longo do prazo contratual.”<sup>22</sup> O trabalho intermitente pressupõe exatamente o contrário, pois a CLT determina que os períodos de indisponibilidade não serão considerados tempo à disposição e não serão, conseqüentemente, remunerados. Há, então, ausência de sucessividade nas prestações centrais do contrato.

Nos termos anteriormente expostos o trabalho intermitente também rompe com a característica da alteridade, que é comum nos contratos de emprego em geral. Aqui a pretensão do legislador é que a prestação laboral não se dê mais por conta exclusiva do empregador, que somente se vale da força de trabalho quando quer, sem se preocupar com o trabalhador ou com o contrato quando isso não lhe interessar. O contrato, nos termos pretendidos pelo capital, reduz o trabalhador a coisa, objeto, instrumento que será utilizado pelo patrão de modo intermitente, quando este bem entender. Quando não estiver sendo usado, ficará o empregado recolhido à sua insignificância. Nada mais antitético à ideia de alteridade.

A Lei 13.467/2017, naquilo que pretendem os detentores do poder e no que diz respeito ao trabalho intermitente, pretende até mesmo alterar a morfologia do contrato de emprego, ao desconstruir elementos constitutivos do pacto celetista. Quatro elementos naturais do contrato estão comprometidos. Maurício Godinho Delgado leciona que os elementos naturais do contrato são “aqueles que, embora não se caracterizando como imprescindíveis à própria formação do tipo contratual examinado, tendem a comparecer recorrentemente em sua estrutura e dinâmica concretas.”<sup>23</sup> Possível identificar, a partir da conceituação trazida, quatro elementos naturais dos contratos de emprego em geral: jornada, local, tarefas e contraprestação.

---

<sup>22</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo, LTr., 2016. p. 564.

<sup>23</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo, LTr., 2016. p. 575.

A previsão de jornada ou disponibilidade semanal de trabalho não é mais elemento natural do contrato, pois nem o empregador nem o empregado necessariamente sabem, de antemão, qual será a necessidade de trabalho em um dia, semana, quinzena ou mês.

O mesmo se dá com o local de trabalho. Era natural que o empregado, até a “Reforma Trabalhista”, desempenhasse sua prestação laborativa cotidianamente em um mesmo local ou, pelo menos, tivesse um local-base como referência de sua prestação laborativa. Agora não sabe o empregado, necessariamente, nem quando nem onde terá seu trabalho utilizado pelo empregador.

Pode haver situação de intermitência em que o empregado não sabe sequer exatamente quais tarefas terá que cumprir. A imprevisibilidade e a inconstância poderão ensejar a contratação de trabalhadores intermitentes multitarefas, ou sem tarefas previamente definidas, já que o que moveu boa parte do empresariado no caminho da nova forma de contratação foi a necessidade de regularização do “bico”, o que também precariza a contratação de emprego, ainda que formalmente.

Conforme anteriormente exposto a cláusula contratual de contraprestação pelo trabalho, ainda que contratada por produção ou por tarefa, sempre permitiu ao empregado prever razoavelmente a expressão final de sua remuneração mensal. Daí se dizer que contraprestação é elemento natural dos contratos de emprego em geral. Ocorre que o trabalhador intermitente não poderá sequer prever qual será a expressão final da sua remuneração mensal, dada a imprevisibilidade que deve ser a marca da intermitência.

### 3.4. Trabalho intermitente e resistências na aplicação contratual.

Desde a edição do PL 6787/2016, posteriormente PLC 38/2017, os estudiosos do Direito do Trabalho tentam compreender a “Reforma Trabalhista”, agora nos termos da Lei 13.467/2017 e anteriormente também em conformidade com a MPV 808/2017, com o objetivo de apresentar resistências interpretativas aos desmandos e desmanches pretendidos pelos detentores do poder econômico no Brasil. Muitos e louváveis foram os esforços empreendidos

até aqui, com destaque para a Academia, para a Ordem dos Advogados do Brasil, para o Ministério Público do Trabalho e para parte considerável da Magistratura.

A análise aqui empreendida sobre a resistência será restrita ao tema do trabalho intermitente e poderia ser perfeitamente resumida em um único ponto: a necessidade de pagamento de salário mínimo mensal ao trabalhador intermitente independentemente de ser ou não chamado ao trabalho e de quantas horas dispõe ao contrato, respeitado o limite constitucional. Tal medida tem respaldo constitucional na melhor interpretação do disposto no artigo 7º, incisos IV e VII, que deve ser feita à luz de princípios também constitucionais como valorização social do trabalho e dignidade da pessoa humana. A compreensão é simples: se o trabalhador intermitente for remunerado conforme preceitua a Constituição da República (e não conforme historicamente decidia o TST) não haverá precarização na contratação, pois o patamar civilizatório mínimo estará preservado, visto o efeito expansionista circular do salário, que se irradiará para outros direitos (férias, 13º salário, INSS, FGTS, etc.).

Infelizmente o TST tem responsabilidade, ainda que indireta, na construção normativa do trabalho intermitente realizada pela “Reforma Trabalhista”. O TST firmou o entendimento de que o salário mínimo legalmente fixado leva em conta o padrão ordinário de disponibilidade de trabalho, de modo que, em jornadas (e disponibilidades semanais) menores, possível é a contraprestação mínima proporcional.<sup>24</sup>

Bem verdade que os diplomas normativos que fixam o salário mínimo o fazem tomando em conta não só o parâmetro mensal, mas também o diário e o horário. Não se ignora ser razoável a contratação em regime de tempo parcial, que consubstanciou o entendimento jurisprudencial até então, ou mesmo, em última análise, a contratação de trabalho intermitente. O que não se pode entender razoável é servir a contratação de trabalho intermitente como forma de precarização da contratação de emprego. Em síntese, é possível contratação em tempo

---

<sup>24</sup> Sobre o tema veja: ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma Trabalhista e o Novo “Direito do Capital”. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. Ano XXIX, n. 338, ago./2017. p. 47-74.

parcial ou intermitente, com disponibilidade de trabalho reduzida, mas não pode ser constitucional pagamento de salário inferior ao mínimo mensal.

Salário mínimo mensal, sem a proporcionalidade da regra infraconstitucional, “fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às necessidades vitais básicas” do trabalhador “e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”<sup>25</sup> é conteúdo essencial do patamar mínimo e expressão básica do princípio da proteção. Permitir ao empregador contratar emprego com remuneração (ainda que proporcional ao salário mínimo hora) inferior ao fixado como mínimo mensal não respeita os fundamentos da República.<sup>26</sup>

Diante de tal compreensão é possível afirmar que é forma de resistência às normas precarizantes da CLT reformada, no que concerne ao trabalho intermitente, a aplicação plena do disposto nos incisos IV e VII do artigo 7º da Constituição da República, que obviamente se sobrepõem à regra legal celetista. É imperiosa a efetivação do direito de todo e qualquer trabalhador receber pelo menos um salário mínimo mensal em razão do contrato, e não em razão do efetivo trabalho.

Quando da tramitação do Projeto de Lei da “Reforma Trabalhista” no Congresso Nacional o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil advertiu expressamente os responsáveis pela produção legislativa nacional sobre as inconstitucionalidades havidas na regulamentação do trabalho intermitente:

[...] trata-se de instrumento de precarização relativamente ao paradigma empregatício vigente, pois, notoriamente, o que se visa é a satisfação da demanda empresarial, ficando clara a chamada coisificação da pessoa humana [...]. Assim a inconstitucionalidade mostra-se na afetação de direitos previstos na Constituição

---

<sup>25</sup> Constituição da República, artigo 7º, inciso IV. É preciso reconhecer que o conteúdo citado ainda está longe de ser integralmente efetivado, mas nos últimos anos (2003-2016) houve, de modo inequívoco, políticas públicas que privilegiam uma aproximação da promessa constitucional com a realidade do cidadão trabalhador. Tal iniciativa governamental, entretanto, resulta menos efetiva nos contratos a tempo parcial.

<sup>26</sup> As ideias aqui reafirmadas foram publicadas em 2013, em ALVES, Amauri Cesar. Função Capitalista do Direito do Trabalho no Brasil. **Revista LTr.** ano 77, setembro de 2013. São Paulo: LTr., 2013, págs. 1067 a 1082.



Federal, pois somente serão fruíveis a partir de determinada carga laboral, como, por exemplo, as férias e o décimo terceiro salário, os quais só serão devidas a partir de 15 dias trabalhados no mês. Sendo assim, em razão da possibilidade de limitação ao exercício de tais direitos e garantias mínimas, entende-se a afronta ao texto constitucional, previsto no art. 7º, IV e VIII. De outro modo, ainda existe evidente precarização das relações de trabalho, ferindo assim o caput do art. 7º da Constituição Federal – princípio do não retrocesso social. Por outro lado, os profissionais submetidos a essa modalidade contratual não terão a garantia de receber os valores referentes ao salário mínimo legal nacional, tendo em vista sua jornada totalmente fragmentada, podendo este empregado trabalhar meio período, integral ou algumas horas semanais, conforme a boa vontade e necessidade do empregador<sup>27</sup>.

Assim, outra estratégia interpretativa de resistência é do reconhecimento da inconstitucionalidade das novas regras celetistas que regulamentaram o trabalho intermitente no Brasil, seja por agressão direta ao disposto no artigo 7º, incisos IV e VIII da Constituição da República, seja por inobservarem os princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e valorização social do trabalho (artigo 1º, incisos III e IV).

Após a publicação da Lei 13.467/2017 e anteriormente à edição da Medida Provisória 808/2017 sugeriu a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA) possibilidades de interpretação das regras celetistas sobre o trabalho intermitente.

De início o Enunciado n. 74 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA:

74. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: SALÁRIO MÍNIMO. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO SALÁRIO MÍNIMO, CONSAGRADA NO ART. 7º, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ALCANÇA OS TRABALHADORES EM REGIME DE TRABALHO INTERMITENTE, PREVISTO NOS ARTS. 443, § 3º, E 452-A DA CLT, AOS QUAIS É TAMBÉM ASSEGURADO O DIREITO À RETRIBUIÇÃO MÍNIMA MENSAL, INDEPENDENTEMENTE DA QUANTIDADE DE DIAS EM QUE FOR CONVOCADO PARA TRABALHAR,

---

<sup>27</sup> Nota Técnica - Reforma Trabalhista. Alteração da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Relações de Trabalho. Projeto de Lei n. 6787, de 2016 (Câmara dos Deputados). Projeto de Lei da Câmara n. 38, de 2017 (Senado Federal) enviada pela Presidência do Conselho Federal da OAB. Memorando n. 059/2017-GPR a Comissão Relatora do Projeto de Lei da Reforma Trabalhista.

RESPEITADO O SALÁRIO MÍNIMO PROFISSIONAL, O SALÁRIO  
NORMATIVO, O SALÁRIO CONVENCIONAL OU O PISO REGIONAL.<sup>28</sup>

As conclusões da Anamatra coincidem, naturalmente, com o anteriormente exposto acerca da prevalência da norma constitucional do salário mínimo (artigo 7º, inciso IV), com a salutar inclusão do necessário respeito ao salário profissional, normativo, convencional ou piso regional.

O Enunciado 73 traz tese de inconstitucionalidade das regras celetistas sobre o trabalho intermitente:

73. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: INCONSTITUCIONALIDADE. É INCONSTITUCIONAL O REGIME DE TRABALHO INTERMITENTE PREVISTO NO ART. 443, § 3º, E ART. 452-A DA CLT, POR VIOLAÇÃO DO ART. 7º, I E VII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E POR AFRONTAR O DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR AOS LIMITES DE DURAÇÃO DO TRABALHO, AO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO E ÀS FÉRIAS REMUNERADAS.<sup>29</sup>

Aqui a associação dos magistrados do trabalho afirma a inconstitucionalidade não só nos termos anteriormente expostos, mas, também, por permitir o contrato de trabalho intermitente a supressão, na prática, do pagamento de 13º salário e da concessão e pagamento das férias, o que também contraria normas constitucionais sociais trabalhistas.

Por fim, os Professores Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado também apresentam tese interpretativa de resistência, conforme anteriormente sinalizado, no sentido de que o legislador não estabeleceu uma nova modalidade de contrato de trabalho, mas, sim, mais uma modalidade de salário por unidade de obra. Estrategicamente a tese dos professores mineiros poderá ser mais exitosa do que as demais, pois contempla as ideias anteriormente aqui destacadas sem romper drasticamente com a jurisprudência já consolidada:

---

<sup>28</sup> Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. Enunciados aprovados na 2ª Jornada. Disponível em <http://www.jornadanacional.com.br/>

<sup>29</sup> Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. Enunciados aprovados na 2ª Jornada. Disponível em <http://www.jornadanacional.com.br/>

A interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do art. 443, *caput* e parágrafo 3º, combinado com o art. 452-A da CLT, *caput* e seus parágrafos e incisos diversos, conduz, naturalmente, a resultado interpretativo diverso.

O que os preceitos legais fazem é, nada mais nada menos, do que criar mais uma modalidade de salário por unidade de obra ou, pelo menos, de salário-tarefa: o salário contratual será calculado em função da produção do trabalhador no respectivo mês, produção a ser estimada pelo número de horas em que se colocou, efetivamente, à disposição do empregador no ambiente de trabalho, segundo a convocação feita por esse empregador.

Tratando-se, pois, de salário por unidade de obra ou de salário-tarefa, tem o empregado garantido, sem dúvida, o mínimo fixado em lei (salário mínimo legal), em periodicidade mensal. É o que assegura a Consolidação das Leis do Trabalho (art. 78, *caput* e parágrafo único, CLT); com mais clareza, a propósito, é o que assegura também a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 7º, VII.

(...)

Ou seja: em conformidade com o Direito do Trabalho, quer por preceitos da CLT (art. 78, *caput* e parágrafo único), quer por preceito constitucional (art. 7º, VII), é assegurado aos empregados que percebam remuneração variável, a garantia de salário nunca inferior ao mínimo legal – ou seja, o salário mínimo imperativo vigente no País durante a existência do respectivo contrato de trabalho.

Essa garantia constitucional, aliás, é reconhecida por diversos julgados do Supremo Tribunal Federal com respeito aos servidores celetistas da Administração Pública direta, autárquica e fundacional – ou seja, empregados estatais, naturalmente regidos pela CLT (OJ 358, II, do TST).<sup>30</sup>

Ao fixar a natureza jurídica do trabalho intermitente como sendo modalidade de salário por unidade de obra os Professores Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado atraem, diretamente, doutrina e jurisprudência já consolidadas sobre o tema, em estratégia acertada para conseguir o mesmo resultado sugerido por outros autores.

Não obstante o ineditismo, o costumeiro acerto e a possibilidade de êxito da caracterização do trabalho intermitente como modalidade de salário por unidade de obra, para que se possa cumprir o objetivo do presente estudo segue finalmente a proposta de um conceito para o instituto em análise, que estrategicamente não é coincidente com a proposta dos ilustres Professores Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado.

---

<sup>30</sup> DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTr., 2017. p. 155.

#### **4. Contrato de trabalho intermitente: conceituação jurídica.**

Diante de todo o exposto é possível esboçar um conceito técnico-jurídico do que seja trabalho intermitente, ou, ainda, contrato de trabalho intermitente. Estrategicamente o presente estudo partirá da distinção entre o trabalho intermitente e as demais possibilidades contratuais correlatas, já analisadas. Posteriormente seguirá análise do léxico e da lei, para que se possa ao final buscar a as características do trabalho intermitente, que possibilitarão a elaboração de um conceito.

De início, então, as distinções mais relevantes em relação à figura analisada frente às possibilidades contratuais que lhe são correlatas, apenas para a fixação do que não pode ser considerado trabalho intermitente, conforme anteriormente sinalizado.

O contrato de trabalho em tempo parcial pressupõe necessidade de trabalho em número reduzido de horas, mas com previsibilidade e certeza em relação à necessidade imediata de trabalho, aos horários, à jornada e à duração semanal da prestação laborativa. Sendo assim, não é possível contratar trabalho intermitente para prestação laborativa previsível, em que há, por menor que seja a disponibilidade semanal de trabalho, certeza com relação aos horários e ao momento da necessidade de trabalho.

O contrato de trabalho temporário, que pressupõe terceirização, se presta à substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. Há aqui também previsibilidade e certeza em relação à imediata necessidade de trabalho, aos horários, à jornada e à duração semanal da prestação laborativa, exceção feita apenas à demanda complementar imprevisível. Sendo assim, não é possível contratar trabalho intermitente para prestação laborativa previsível, em que há certeza com relação aos horários e à necessidade imediata de trabalho.

O contrato por tempo determinado celetista pressupõe serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo, atividades empresariais de caráter transitório ou contrato de experiência. Há aqui, também, previsibilidade e certeza em relação ao momento da necessidade de trabalho, aos horários, à jornada e à duração semanal da

prestação laborativa. É possível, ademais, a antevisão do marco final do contrato. Sendo assim, não é possível contratar trabalho intermitente para prestação laborativa previsível, em que há certeza com relação aos horários e ao momento da necessidade de trabalho.

Outra base para a conceituação que se pretende é o léxico. *Intermitente*, para HOUAISS, é situação “em que ocorrem interrupções; que cessa e recomeça por intervalos; intervalado, descontínuo.”<sup>31</sup> Possível inferir, da definição, que a essência da intermitência é a descontinuidade, a alternância entre períodos de trabalho e não trabalho, são as interrupções na necessidade da prestação laborativa e é a incerteza com relação a cada momento em que o trabalho será necessário.

Para o legislador, nos termos do parágrafo 3º do artigo 443 da CLT reformada, “considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade”. Esses períodos de inatividade, conforme diz sem dizer o legislador, é determinado “em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador.”

Ainda no que concerne à lei, a topografia do dispositivo também deve ser relevante para a conceituação. As regras do trabalho intermitente se inserem no Título IV, “Do Contrato Individual do Trabalho”, da CLT, especificamente em seu Capítulo I, das “Disposições Gerais”. Há, então, compreensão decorrente do artigo 443 da CLT no sentido de que a “Reforma Trabalhista” estabeleceu uma nova modalidade contratual trabalhista.<sup>32</sup> O “caput” do dispositivo em análise estabelece que o “contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou

---

<sup>31</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. In HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1434.

<sup>32</sup> Importante reafirmar o acerto, sobretudo estratégico, da fixação da natureza jurídica do trabalho intermitente como modalidade remuneratória, nos termos apresentados por Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado. Entretanto, até mesmo para apresentar uma possibilidade diversa, afirma-se aqui a natureza jurídica de modalidade contratual.

para prestação de trabalho intermitente”. Em uma primeira ideia, intermitente é o trabalho que cessa e recomeça diversas vezes, alterando períodos de prestação de serviços e de inatividade, do que decorre que podem ser estabelecidos tais períodos em horas, dias, semanas ou meses.

De todo o exposto é possível listar as principais características do contrato de trabalho intermitente, ainda que para tanto não colabore substancialmente o legislador ordinário da reforma.

Trata-se, como explicitado, de uma *modalidade contratual trabalhista*. É uma nova modalidade contratual trabalhista prevista na CLT para regulamentar juridicamente situação até então não contemplada pelo ordenamento jurídico, embora razoavelmente presente no plano dos fatos.

É modalidade contratual trabalhista necessariamente *celetista* e *bilateral*, sem a possibilidade de intermediação de mão-de-obra, pois o parágrafo 3º do artigo 443 da CLT refere-se à subordinação, ao empregado, ao empregador e sua atividade, sem espaço normativo para uma relação trilateral.

Trata-se de prestação de trabalho *não eventual*. O que se deve buscar para definir trabalho não eventual é, basicamente, o motivo ensejador da contratação. Se o motivo (evento) ensejador da contratação é episódico, casual, extraordinário, fortuito, então não haverá a presença do requisito em análise e, conseqüentemente, relação jurídica de emprego. Ao contrário, se o motivo (evento) ensejador da contratação é comum, corriqueiro, esperado, ordinário, então se faz presente o requisito da não eventualidade.<sup>33</sup> Deve-se pesquisar a não eventualidade no trabalho intermitente em razão da necessidade do trabalho. É previsível que o empregador demande o trabalho intermitente, mas ele não pode antever, na admissão do empregado, quando exatamente e por quanto tempo demandará a prestação laborativa. Normalmente a previsibilidade da necessidade de trabalho estará conjugada com os fins do empreendimento, pois é esperado que a demanda decorra das atividades ordinárias

---

<sup>33</sup> Sobre o requisito em análise veja ALVES, Amauri Cesar. **Direito do Trabalho Essencial**. São Paulo: LTr., 2013.

desenvolvidas pelo empregador. Há aqui, então, a conjugação das teorias justralhistas do evento e dos fins do empreendimento para a definição da não-eventualidade.<sup>34</sup>

O trabalho se presta de modo *descontínuo* ou descontinuado, conceito que não deve ser confundido com aquele historicamente previsto para a relação doméstica. Não se trata de fixação de um número certo, previsto e determinado de dias da semana em que haverá trabalho. Não há, aqui, um dado objetivo, numérico, inserido na análise. Quando a CLT estabelece que o trabalho intermitente não é contínuo quer significar que não se dá em datas certas, predeterminadas, ordinariamente previstas e previsíveis pelo empregador, que, entretanto, poderá requerer trabalho sempre que for necessário, havendo lapsos de prestação de serviços e de inatividade, que também não são quantificados ou quantificáveis *a priori*, quando da admissão.

O trabalho intermitente é marcado essencialmente pela *incerteza do momento exato da necessidade da mão-de-obra* e não pelo número reduzido de horas de trabalho por dia ou semana. Na nova modalidade contratual celetista tanto *as interrupções quanto os momentos de prestação laborativa são, no momento da admissão, imprevisíveis em relação à data exata e à quantidade de trabalho a ser entregue*. Embora não seja previsível a necessidade do trabalho, em relação à data de início e término e à quantidade exata de trabalho a ser entregue por dia, semana ou mês, é lícito e supor que, na admissão, serão previstas as possibilidades de horário de trabalho para que haja mínima segurança para o trabalhador. Assim, exemplificativamente, se e quando houver necessidade de trabalho, somente será o empregado demandado em turno (manhã, tarde, noite, exemplificativamente) previamente ajustado.

Sendo assim não é lícito contratar trabalho intermitente para trabalho em finais de semana, todos os fins de semana, exemplificativamente, vez que para tal situação a contratação trabalhista específica é a do trabalho em tempo parcial, ajustado por tempo indeterminado. Não é lícito contratar trabalho intermitente para substituição permanente de pessoal, vez que

---

<sup>34</sup> Sobre as teorias informadoras da noção de eventualidade x não eventualidade veja DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr., 2017.

há certeza e previsibilidade em relação à jornada, duração do trabalho e até mesmo permanência da necessidade de prestação laborativa durante certo lapso temporal. Não é lícito contratar trabalho intermitente para demandas complementares previsíveis, como safra, temporada e outras situações de acréscimo ordinário de serviços, tendo por parâmetro o prazo de um ano, expressamente referido nas regras sobre a matéria, ainda que para outros fins. Não é lícito contratar trabalho intermitente se já é possível, na admissão do empregado, antever o marco final da necessidade de trabalho. Não é lícito contratar trabalho intermitente nas situações em que o empregador e seu empreendimento são transitórios, vista também a certeza com relação ao período de necessidade de contratação do trabalho. Por fim, não é lícito contratar trabalho intermitente para submeter o trabalhador a período de experiência.

Contrato de trabalho intermitente é modalidade contratual trabalhista bilateral e celetista, com prestação de serviço não eventual e em razão da necessidade de trabalho descontínua, mas comum e corriqueira para o empregador que não pode antever, na admissão do empregado, quando se dará e por quanto tempo demandará a prestação laborativa, que é *sui generis* em relação à previsão de sua duração, marcada pela incerteza do momento exato da necessidade do trabalho e das interrupções e não pelo número reduzido de horas trabalhadas em um dia, semana ou mês.

## **5. Conclusão.**

Estabelecer conceitos para institutos jurídicos novos é um desafio complexo, sobretudo quando o legislador além de não facilitar a análise insiste em complicar sua compreensão. Pior ainda quando os legisladores, tanto o ordinário quanto o presencial, criam institutos jurídicos novos, com impactos amplos e nocivos, sem debate com a sociedade e sem prazo de assimilação pela comunidade jurídica, como é o caso da MPV 808/2017. Sendo assim, o instituto novo tende a ser tão ilegítimo quanto quem o construiu.

Em relação ao trabalho intermitente, como visto, há boas construções doutrinárias estrangeiras e brasileiras, estas sobretudo empreendidas após o advento da “Reforma



Trabalhista” fixada pela Lei 13.467/2017, que fixou a compreensão básica e a aplicação prática do instituto, sem no entanto estabelecer uma conceituação clara. Entender como pretendeu o legislador ver aplicado o contrato de trabalho intermitente é simples: imprevisibilidade em relação à jornada e ao salário, sem maiores restrições fático-jurídicas. Fácil também, dada a boa técnica, é compreender as teses jurídicas já publicadas que tendem a limitar ou impedir a pretensão precarizante do legislador, com destaque para Maurício Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado e para a ANAMATRA.

Do ponto de vista prático, ou seja, da aplicação das regras celetistas ao caso concreto, não é difícil também estabelecer limitações, ou melhor, compreender o que o trabalho intermitente não é e em que situações não é lícita sua pactuação. Não é lícito contratar trabalho intermitente para trabalho em finais de semana, todos os fins de semana, exemplificativamente, vez que para tal situação a contratação trabalhista específica é a do trabalho em tempo parcial, ajustado por tempo indeterminado. Não é lícito contratar trabalho intermitente para substituição permanente de pessoal, vez que há certeza e previsibilidade em relação à jornada, duração do trabalho e até mesmo permanência da necessidade de prestação laborativa. Não é lícito contratar trabalho intermitente para demandas complementares previsíveis, como safra, temporada e outras situações de acréscimo ordinário de serviços, tendo por parâmetro o prazo de um ano, expressamente referido nas regras sobre a matéria, ainda que para outros fins. Não é lícito contratar trabalho intermitente se já é possível, na admissão do empregado, antever o marco final da necessidade de trabalho. Não é lícito contratar trabalho intermitente nas situações em que o empregador e seu empreendimento são transitórios, vista também a certeza com relação ao período de necessidade de contratação do trabalho. Por fim, não é lícito contratar trabalho intermitente para submeter o trabalhador a período de experiência.

Finalmente, é possível, conforme foi visto, fixar conceito do que seja contrato de trabalho intermitente no Brasil pós-“Reforma Trabalhista”. Contrato de trabalho intermitente é modalidade contratual trabalhista bilateral e celetista, com prestação de serviço não eventual e em razão da necessidade de trabalho descontínua, mas comum e corriqueira para o empregador que não pode antever, na admissão do empregado, quando se dará e por quanto

tempo demandará a prestação laborativa, que é *sui generis* em relação à previsão de sua duração, marcada pela incerteza do momento exato da necessidade do trabalho e das interrupções e não pelo número reduzido de horas trabalhadas em um dia, semana ou mês.

## 6. Referências.

ALVES, Amauri Cesar. **Direito do Trabalho Essencial**. São Paulo: LTr., 2013.

ALVES, Amauri Cesar. Função Capitalista do Direito do Trabalho no Brasil. **Revista LTr.** ano 77, setembro de 2013. São Paulo: LTr., 2013, págs. 1067 a 1082.

ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma Trabalhista e o Novo “Direito do Capital”. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. Ano XXIX, n. 338, ago./2017. p. 47-74.

ALVES, Amauri Cesar; BASTOS, Angélica Júlia Araújo; CARNEIRO, Jacksely. Definição de Trabalho Intermitente. In. ALVES, Amauri Cesar; LEITE, Rafaela Fernandes (org) **REFORMA TRABALHISTA: comentários à Lei 13.467/2017**. Belo Horizonte: Conhecimento Jurídica, 2017.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO. Enunciados aprovados na 2ª Jornada. Disponível em <http://www.jornadanacional.com.br/>.

CARDOSO, Adalberto Moreira. **A Década Neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2003.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Trabalho Intermitente – Trabalho “Zero Hora” – Trabalho Fixo Descontínuo”. **Revista LTr.** 81-09, p. 1087.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo, LTr., 2016. p. 563.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo, LTr., 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTr., 2017. p. 155.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. In HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1434.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 520.

MONTOYA, Alfredo Melgar. **Derecho del Trabajo**. 34. ed. Madrid: Tecnos, 2013.

NORBIM, Luciano Dalvi. **Reforma Trabalhista ao seu alcance**. Belo Horizonte: Líder, 2017. p. 41.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **A Democracia Impedida**. Rio de Janeiro: FGV, 2017, p.45-46.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 67-68.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 73.

# A NOVA ESTRUTURA MULTIPIRAMIDAL DO DIREITO DO TRABALHO PÓS-REFORMA

*Andressa Cremens Calheiros Cerqueira*

**Resumo:** O presente artigo tem por finalidade analisar as mudanças hermenêuticas trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017 e compreender se essas alterações influenciam na pirâmide hierárquica clássica do Direito do Trabalho e em seus princípios fundamentais. Para tanto, é feita uma breve análise da Hermenêutica Jurídica e da Lei nº 13.467/2017 – a chamada reforma trabalhista – e, por conseguinte, dos artigos 611-A e 444, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho, demonstrando a influência direta que eles trazem ao princípio da norma (fonte) mais favorável, ao princípio da indisponibilidade e ao princípio da proteção. Objetiva-se provar que existiram alterações hermenêuticas que modificam a forma de se pensar o Direito do Trabalho e compreender o que essas mudanças implicam a pirâmide hierárquica trabalhista, que antes era flexível e respeitava o critério normativo hierárquico de uma pirâmide variável e que tinha como vértice a norma mais favorável ao trabalhador, contudo, pós-reforma, mostra-se múltipla e rígida para aqueles que estão submetidos as condições de “negociado sobre o legislado” e “trabalhador hipersuficiente”. O estabelecimento da teoria da nova estrutura multipiramidal do Direito do Trabalho tem o intuito de estabelecer como será parte do desafio

de aplicar a nova legislação, respeitando todo o arcabouço normativo e axiológico de um ordenamento sistêmico e harmônico pós-reforma trabalhista.

**Palavras-chave:** Reforma Trabalhista. Princípio da Fonte Mais Favorável. Pirâmide Hierárquica. Hipersuficiente. Negociação Coletiva.

## 1. Hermenêutica Jurídica e a Reforma Trabalhista

A atividade jurídica está intrinsecamente ligada à linguagem. Os estudiosos e pesquisadores do Direito lidam todo o tempo com a palavra, e esta é o ponto de partida para qualquer interpretação. Nesse sentido, é importante compreender a essência do que é transmitido pela ciência do Direito, através de seus textos normativos, e como deve ser aplicada a técnica interpretativa, de acordo com os métodos estudados pela própria hermenêutica.

Hermenêutica jurídica, nas palavras de Carlos Maximiliano, é uma ciência que tem por objeto a sistematização e o estabelecimento de processos que buscam a interpretação da norma jurídica. Sua razão de existir é o fato de que as leis são formuladas em termos gerais, através de regras ou princípios que, embora utilizem uma linguagem clara e precisa, não descrevem suas minúcias. Assim, exige-se a atuação do hermenêuta para estabelecer a relação entre o texto e o caso concreto, interpretando, integrando e aplicando o Direito a fim de descobrir e fixar o verdadeiro sentido e alcance do texto jurídico.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 7.

Uma das maiores críticas feitas à reforma trabalhista reside, justamente, nas mudanças hermenêuticas por ela impostas ao sistema trabalhista. Embora haja quem defenda, as alterações não influenciaram nos fundamentos do Direito do Trabalho positivados na CLT, bem como em seus princípios, o estudo aprofundado voltado para a Hermenêutica Jurídica tende a não ser tão simples e restritivo quanto ao que a lei estabelece.

Dessa forma, a inserção da Reforma Trabalhista no ordenamento brasileiro, composto por regras, princípios, costumes, práticas consolidadas, Constituição, tratados internacionais e diversas outras fontes, inclusive, superiores à supracitada lei, exige uma revisita à teoria do Direito do Trabalho, priorizando os princípios e a hierarquia das fontes normativas.

Pois, mais complexo do que mudar a legislação, é mudar a forma de se pensar o direito do trabalho. Inclusive, Vólia Bonfim afirma que houve uma reforma profunda na legislação, haja vista a desconstrução de diversos institutos consagrados pela história brasileira. Sendo uma legislação fruto de diversos casuísmos, mostrando-se atécnica e irrefletida, desconsiderando o verdadeiro cenário da sociedade brasileira.<sup>36</sup>

Portanto, para entender a reforma e como se dará sua aplicação, é importante compreender a influência que ela trouxe para a Hermenêutica Jurídica do Direito do Trabalho. Esse é o objetivo desse artigo, e, para isso, serão analisados os dispositivos que influenciaram diretamente na pirâmide hierárquica trabalhista clássica, com a finalidade de definir como essa nova estrutura se desenha perante o cenário pós-reforma.

## **2. A hierarquia das fontes normativas e o princípio da norma mais favorável**

---

<sup>36</sup> BOMFIM, Vólia. Comentários à Reforma Trabalhista. *Gen Jurídico*, São Paulo, set. 2017. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2017/09/26/comentarios-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

Tendo em vista o objetivo do presente artigo, analisar-se-á a influência que o princípio da fonte mais favorável trazia na hierarquia das fontes normativas e na pirâmide trabalhista, para, didaticamente, conseguir traçar as mudanças resultantes da alteração legislativa.

A teoria das fontes do direito, nas palavras de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, é um dos instrumentos que regula o aparecimento contínuo e plural das normas, sem perder de vista a segurança e a certeza das relações jurídicas. Podem ser classificadas em: 1) materiais: fatores sociais que fornecem elementos para elaboração da norma; 2) formais: constituem a exteriorização da norma jurídica.<sup>37</sup>

As fontes formais, segundo Luciano Martinez, são aquelas que, quando criadas mediante processo legislativo, são chamadas de “leis” ou “regulamentos”; quando decorrentes da jurisdição recebem o nome de “sentenças”; quando exprimidas pelo poder social do povo são entendidas como “usos e costumes”; e, quando engendradas pela negociação são identificadas como “contratos”.<sup>38</sup>

De acordo com a pirâmide kelseniana clássica, a Constituição é o vértice e as normas têm seu fundamento de validade em outra norma superior. Todavia, Maurício Godinho Delgado demonstra que o critério normativo hierárquico na seara trabalhista segue a lógica de uma pirâmide variável, elegendo para ser vértice a norma que mais se aproxima do caráter teleológico do Direito do Trabalho. Assim, a hierarquia não seria imutável, mas dinâmica, segundo o princípio direcionador basilar, ou seja, o princípio da norma (fonte) mais favorável ao trabalhador.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 55.

<sup>38</sup> MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 86.

<sup>39</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 184.

Nesse sentido, José Cairo Júnior explica que a especificidade da seara trabalhista não gera ineficácia da norma de grau superior. Simplesmente, a regra clássica não incide em algumas hipóteses fáticas, por existir outra norma que imprime tratamento diferenciado e benéfico ao operário.<sup>40</sup> Contudo, o critério justrabalhista especial não prevalecerá perante normas heterônomas estatais proibitivas, que preservam sua preponderância por se revestirem do *imperium* específico da entidade estatal.<sup>41</sup>

No mesmo caminho, segue Luciano Martinez ao afirmar que no plano das relações de trabalho não se pode falar em uma hierarquia normativa rígida, haja vista que no topo da pirâmide estará a norma mais favorável ao trabalhador. Inclusive, o próprio art. 7º da Constituição Federal explicita que os direitos ali concedidos não excluem outros que venham a ser outorgados para a melhoria da condição social do trabalhador.<sup>42</sup>

Para obter a resposta sobre qual a fonte mais favorável, o aplicador do direito deve se orientar em conformidade com um dos seguintes métodos: acumulação/atomística, conglobamento/incindibilidade ou conglobamento por institutos. No primeiro, pinça-se de cada fonte em confronto o item mais favorável, reunindo todos para aplicação no caso concreto. No segundo, verifica-se, em conjunto, qual a mais benéfica, excluindo totalmente a aplicação das outras. Já no terceiro e último método, o aplicador seleciona, dentro do conjunto, institutos que podem ser apreciados separadamente, verificando qual deles é mais favorável ao trabalhador.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> CAIRO JUNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho: Direito Individual e Coletivo do Trabalho*. 7. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p 74.

<sup>41</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 185.

<sup>42</sup> MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 95.

<sup>43</sup> MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 121-122.



Portando, a Constituição Federal sempre prevalecerá no ordenamento jurídico, contudo se existirem normas jurídicas mais favoráveis ao trabalhador, de acordo com o ordenamento pré-reforma, estas deverão predominar sobre a Carta Magna. Assim, o critério da hierarquia da Teoria Geral do Direito não deve ser utilizado no ramo do Direito do Trabalho, pois quando há conflito de normas, é aplicada a norma que for mais favorável ao trabalhador.

### **3. O negociado sobre o legislado**

Contudo, “rompendo” com o princípio da fonte mais favorável, a reforma trabalhista, em seu novo artigo 611-A traz que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando dispuserem de determinados pontos enumerados em seus incisos. Dessa forma, tem-se uma “super” flexibilização das normas trabalhistas sob responsabilidade dos sindicatos profissionais.

Um dos fundamentos constitucionais normalmente utilizados pelos defensores do “negociado sobre o legislado” e o mais evidente está no art. 7º XXVI, da CF, que faz referência ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos como parte integrante dos direitos trabalhistas. Sendo a norma coletiva uma maneira de positivação de direitos, de modo que o direito do trabalho pode ser considerado um ramo com variados centros de positivação.<sup>44</sup>

Dessa maneira, a reforma inseriu no seu art. 611-A a aludida prevalência do negociado sobre o legislado em relação aos seguintes direitos: jornada de trabalho; banco de horas; intervalo intrajornada com respeito ao mínimo de 30 minutos; adesão ao programa seguro-

---

<sup>44</sup> SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p 113.

desemprego; plano de cargos, salários e funções; representante dos trabalhadores no local de trabalho; produtividade; modalidade de registro de jornada; prêmios; participação nos lucros.<sup>45</sup>

Esta prevalência, em linhas gerais, ao equiparar a convenção coletiva com o ordenamento jurídico trabalhista, afasta a obrigatoriedade do cumprimento da legislação vigente, bem como retira a principal característica da luta sindical na negociação coletiva que em seu início no teto da previsão legal e não pode negociar cláusulas que são menos benéficas que a legislação e, se assim o fizer, estaremos diante de uma nulidade. Contudo, não haverá a limitação deste início de negociação, o que permite, inclusive, flexibilizar as condições de trabalho para suprimir direitos.<sup>46</sup>

Nesse contexto, Jorge Pinheiro Castelo discute o Direito do Trabalho Líquido e da incapacidade de defesa de direitos com a prevalência do negociado sobre o legislado. Segundo Castelo, a desvalorização socioeconômica do trabalho se dá por conta da estruturação do trabalho na sociedade da pós-modernidade líquida e no capitalismo líquido. Para ele, as propostas do modelo da pós-modernidade líquida, ao não se traduzirem em emancipação social, não geram soluções reais, apenas agravam a crise de funcionalidade do sistema e aumentam a crise, pois levam a mais exclusão social.<sup>47</sup>

Portanto, a reforma trabalhista, em seu art. 611 – A, desequilibra ainda mais as relações entre empregados e empregadores, tornando precários os direitos trabalhistas ao permitir negociação sem razoável proteção legal e com limitada fiscalização. Principalmente, por se tratarem de normas negociadas por sindicatos não representativos, em um país que não há liberdade sindical e, portanto, os sindicatos representam associados e não associados, o que

---

<sup>45</sup> ESTEVES, Alan da Silva. Reforma Trabalhista brasileira de 2017 e o direito coletivo do trabalho: ideias para justificar a prevalência do negociado sobre o legislado. *Revista dos Tribunais*, ano 106, v. 984, p 167, out. 2017.

<sup>46</sup> BELLOTI, Aline Carla Lopes; TEIXEIRA, Louise Helene de Azevedo. A interferência da prevalência do negociado sobre o legislado: a banalização do registro da jornada de trabalho. In: RAMOS, Gustavo Teixeira et. al. *Golpe de 2016 e a Reforma Trabalhista*. Bauru: Canal 6, 2017, p. 21.

<sup>47</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro. *O Direito do Trabalho Líquido*. São Paulo: LTr, 2018, p. 41.

claramente desrespeita o princípio da proteção, da indisponibilidade e o da norma mais favorável.

#### 4. O trabalhador “hipersuficiente”

Outro dispositivo que merece destaque é o parágrafo único do art. 444 da CLT, o qual prevê que as relações contratuais podem ser livremente estipuladas, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de trabalhador portador de diploma de ensino superior e que perceba determinado salário mensal.

A hipossuficiência dos trabalhadores não deve, nem pode ser medida por um diploma de ensino superior e tampouco pelo salário alcançado. Afirmar que um trabalhador com diploma de graduação em ensino superior e salário acima da média remuneratória não esteja vulnerável ao poderio do empregador é desconhecer as relações laborais. Ele também precisará da proteção do Estado e da tutela sindical para negociar seus direitos.<sup>48</sup>

A reforma trabalhista, na prática, mitigou a noção de hipossuficiência, pois em alguns dispositivos pressupõe a igualdade contratual e jurídica entre empregados e empregadores. Portanto, há uma tentativa de maior aproximação com o Direito Civil para, a médio prazo, o contrato de trabalho ser tratado como um contrato típico do Direito Civil.<sup>49</sup>

Assim, essa presunção absoluta do art. 44, parágrafo único é falsa, pois a relação de emprego é sempre assimétrica, sendo inconcebível a liberdade negocial plena do trabalhador. Ou seja, a remuneração e a formação acadêmica do trabalhador não constituem fatores capazes

---

<sup>48</sup> RENZETTI, Rogério. Prevalência do negociado sobre o legislado em norma coletiva. In MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. *A reforma trabalhista e seus impactos*. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 603.

<sup>49</sup> ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma Trabalhista e o Novo “Direito do Capital”. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 338, p. 61- 63, ago. 2017.

de elidir a desigualdade de forças existentes, pois, nas palavras de Cláudia Honório, a hipossuficiência não é escolha do trabalhador ou prerrogativa de determinada categoria.<sup>50</sup>

Diante desses argumentos, observa-se que o novo parágrafo do art. 444 da CLT opera restrição ilegítima de direitos fundamentais ao reduzir a proteção indistintamente deferida a todos os trabalhadores. O tratamento diferenciado para o “hipersuficiente” ignora o estado de subordinação e a vulnerabilidade do empregado, além de ser inconstitucional por afrontar o princípio da isonomia. O argumento mais utilizado será o de que o salário já “razoável” do trabalhador não traz necessidade de mais nada além. Nesse contexto, por mais absurdo que possa parecer, será complicado para o trabalhador ultrapassar essa barreira de cerca de 11 mil reais mensais, pois pode significar ter de abrir mão de direitos garantidos e que podem ser alterados pela negociação individual.<sup>51</sup>

Assim, não há justificativa razoável no tratamento distinto dado pelo parágrafo único do art. 444 aos trabalhadores ditos “hipersuficientes”. Em um país com tantas desigualdades sociais, receber um salário razoável não retira a subordinação do trabalhador e não pode ser justificativa para a possibilidade de uma negociação que tende a ser lesiva ao empregado, por não ter o mesmo amparo técnico que muitos dos empregadores possui. Portanto, essa é mais uma alteração na hermenêutica do direito do trabalho lesiva aos trabalhadores, ao criar “patamares” diferentes entre os empregados, diminuindo a proteção dada pela CF e pela esfera trabalhista, derogando seus direitos, e alterando, mais uma vez, a lógica trazida pelo princípio da proteção, da indisponibilidade e da fonte mais favorável.

---

<sup>50</sup> HONÓRIO, Cláudia. Derrogação de proteção jurídico-trabalhista aos empregados com maior remuneração e diploma de nível superior. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO. *Reforma trabalhista na visão de procuradores de trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 117.

<sup>51</sup> HONÓRIO, Cláudia. Derrogação de proteção jurídico-trabalhista aos empregados com maior remuneração e diploma de nível superior. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO. *Reforma trabalhista na visão de procuradores de trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 130.

## 5. Nova estrutura multipiramidal do Direito do Trabalho

As “pequenas” alterações demonstradas nos artigos supracitados alteraram a forma de se pensar, interpretar e aplicar o Direito do Trabalho. Dessa forma, esse tópico pretende discutir o que a reforma trabalhista acarretou a hierarquia das fontes, ou seja, se ainda prevalece norma mais favorável.

Muito se discutiu, com a aprovação, sobre a questão da prevalência do negociado sobre o legislado, como visto em um dos tópicos relatados. Ocorre que, além da negociação coletiva, a reforma também trouxe a possibilidade de negociações individuais<sup>52</sup>, e como maior expoente dessa negociação, temos o trabalhador “hipersuficiente” – também já tratado.

À medida que o Direito é um sistema, ou seja, um conjunto de partes logicamente coordenadas, é necessário estudar os critérios de harmonização dessas partes, em especial quando duas ou mais regras jurídicas regulamentam de forma diferente a mesma situação concreta. Esse estudo é ainda mais fundamental no Direito do Trabalho, onde há amplo universo de regras jurídicas de origem privada contrapondo regras jurídicas de origem estatal. Assim, um dos principais critérios de harmonização dessas regras é a da hierarquização, ou seja, a fixação de uma ordem de prevalência entre as regras, conforme a coerência e harmonia do Direito.<sup>53</sup>

Uma das teorias jurídicas que encontra solução para esse problema de hierarquização é a de Kelsen, segundo o qual as normas jurídicas são dispostas em uma pirâmide que tem como vértice a “norma fundamental” da qual resulta o fundamento e a validade das normas inferiores

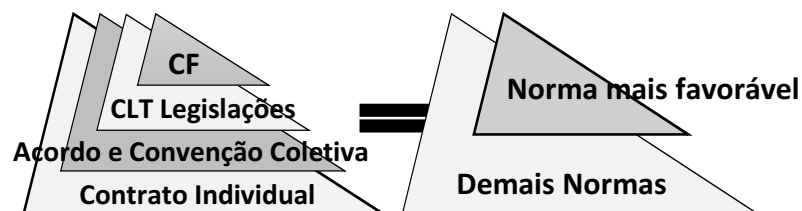
---

<sup>52</sup> ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma Trabalhista e o Novo “Direito do Capital”. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 338, p. 61, ago. 2017.

<sup>53</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1583 - 1584.

é escalonada. Contextualizando, a regra que prevalecia anteriormente era a de que para que um instrumento coletivo de trabalho incida sobre determinado setor econômico-profissional, prevalecendo sobre as normas fixadas genericamente pelo Estado, deveriam ser atendidos dois pressupostos: as normas autônomas juscoletivas deveriam implementar padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação aplicável e deveriam abarcar apenas a transação de parcelas de indisponibilidade relativa.<sup>54</sup>

AAA



Assim, a pirâmide hierárquica trabalhista pré-reforma pode ser representada, de forma simplificada, como demonstrado na figura. Ou seja, como uma pirâmide flexível que se molda de acordo com o princípio da norma mais favorável. Dessa maneira, dentre as várias normas regulamentadoras da relação de trabalho, o vértice da pirâmide normativa não é necessariamente a Constituição Federal ou a lei federal, mas a norma mais favorável ao empregado.

Contudo, como já demonstrado, o critério da pirâmide hierárquica normativa justrabalhista é distinto do direito comum, o qual se mostra rígido e inflexível. Mas com a

---

<sup>54</sup> HONÓRIO, Cláudia. Derrogação de proteção jurídico-trabalhista aos empregados com maior remuneração e diploma de nível superior. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO. *Reforma trabalhista na visão de procuradores de trabalho*. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 127.

reforma trabalhista, não será sempre que ela continuará a eleger para o seu vértice a norma mais favorável ao trabalhador.

Vólia Bomfim afirma que o que a reforma fez foi “retroceder o Direito do Trabalho”, flexibilizando a relação de trabalho. Tornou o Direito de Trabalho mais privativo e mudou a forma de pensá-lo”. A desembargadora afirma que a reforma faz uma inversão na pirâmide trabalhista, pois, o Direito segue a pirâmide de Kelsen, que prioriza, hierarquicamente, a Constituição, depois as leis complementares, leis ordinárias, convenções e acordos coletivos, costumes, sentenças normativas, nessa ordem. Já no Direito Trabalhista, tem-se um dinamismo: é hierarquicamente maior a norma que mais favorável ao trabalhador, a condição mais benéfica, mesmo se essa norma viesse do próprio regulamento da empresa. Contudo, esse dinamismo acabou com a reforma”.<sup>55</sup>

Dessa forma, rompe-se com a pirâmide dinâmica e flexível do Direito do Trabalho e, surgem três novas pirâmides hierárquicas: 1) a pirâmide das normas estatais proibitivas; 2) a pirâmide do negociado sobre o legislado e, por fim, 3) a pirâmide do empregado “hipersuficiente”. Portanto, os tópicos seguintes tratarão de como ficam essas novas pirâmides hierárquicas da relação trabalhista.

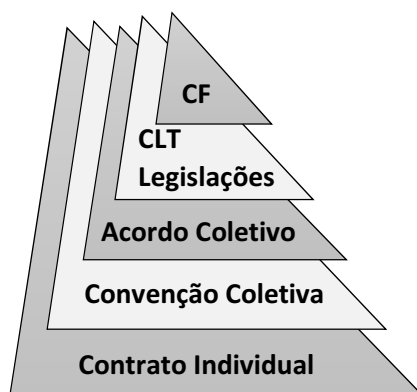
### **5.1 Pirâmide das Normas Heterônomas Estatais Proibitivas**

Essa primeira pirâmide não é uma novidade da reforma trabalhista. Em verdade, ela já existia por razão de o critério plástico ser limitado pelas normas proibitivas estatais. Contudo, com a modificação do art. 620 da CLT pela reforma trabalhista, restou estabelecido que “as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as

---

<sup>55</sup> BOMFIM, Vólia. Palestra sobre a reforma trabalhista. OAB/RJ. Disponível em: <<http://www.oabrj.org.br/noticia/110480-evento-discute-aplicacao-da-reforma-trabalhista-e-lota-plenario-da-oabrj>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

estipuladas em convenção coletiva de trabalho”. Portanto, para as normas heterônomas estatais proibitivas, aplica-se a pirâmide normativa tendo a Constituição Federal em seu vértice, as Leis em segundo plano, posteriormente os acordos, as convenções coletivas e, por fim, o contrato de trabalho na base.



Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado afirma que o limite da norma mais favorável está nas normas proibitivas oriundas do Estado. De fato, o critério justralhista especial não prevalecerá ante normas heterônomas estatais proibitivas, que sempre preservarão sua preponderância, dado se revestirem de *imperim* específico à entidade estatal, possuindo em sua incidência um matiz soberano.<sup>56</sup>

Da mesma forma, Ricardo Resende traz que as normas proibitivas oriundas do Estado, assim consideradas aquelas normas imperativas, cogentes, que não deixam margem à atuação da vontade individual de seus destinatários. Neste sentido, o critério justralhista não prevalecerá diante de normas heterônomas estatais proibitivas, as quais sempre deverão preponderar.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1586.

<sup>57</sup> RESENDE, Ricardo. *Direito do Trabalho Esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 79.



Por essa razão, essa pirâmide não traz muitas novidades para os operadores do direito, pois segue a mesma lógica do direito comum, respeitando o critério da hierarquia e da inflexibilidade. Apenas, tem-se a modificação referente ao art. 620 da CLT que colocou o acordo coletivo acima da convenção coletiva na pirâmide hierárquica.

## 5.2 Prevalência do Negociado sobre o Legislativo

A próxima pirâmide a ser apresentada é a referente ao art. 611-A, também conhecido como “negociado sobre legislativo”. Esse artigo traz uma grande alteração hermenêutica quanto à Pirâmide Hierárquica do Direito do Trabalho.

Além do supracitado artigo, essa pirâmide também deve levar em consideração o art. 620 da CLT. Maurício Godinho Delgado afirma que o acordo coletivo do trabalho prevalecer sobre as convenções, por ser mais específico é uma conclusão derivada da Teoria geral do Direito Comum o qual que informa que a regra especial não se comunica com a geral, prevalecendo na ordem jurídica.<sup>58</sup> Assim, foi exatamente feito com a reforma, não mais se tem a regra explícita a respeito, estipulando que as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre o acordo (art. 620/CLT).

Nesse sentido, Rodrigo Trindade afirma que a pirâmide normativa clássica da Justiça do Trabalho trazia uma axiologia móvel, identificada no caso concreto, de modo a aplicar a disposição que encerrar maiores benefícios ao empregado. Portanto, para ele a pretensão de texto para o art. 620 da CLT aleija o Princípio da Norma mais Favorável, pois, além de abrir as comportas para ampla diminuição de benefícios e piora de vida de trabalhadores, amplia-se o

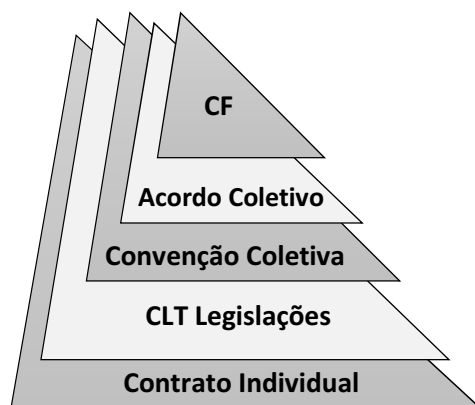
---

<sup>58</sup>

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1590.

problema da concorrência desleal. Objetiva aumentar a lucratividade a partir da precarização de direitos, produzindo acesso desequilibrado ao mercado.<sup>59</sup>

Na prática, José Eymard Loguercio e Antônio Fernando Megale Lopes acreditam que ao adotar a prevalência do negociado sobre o legislado, o que se pretende é inverter a pirâmide de sustentação do Direito do Trabalho que emergiu no final do século XIX. Tal pirâmide demonstra que o sistema legislado se somava a construção de normas coletivas negociadas pelas entidades sindicais no sentido de conferir “novos direitos” adaptados à realidade dos trabalhadores a partir do eixo protetivo que “visa a melhoria da sua condição social”.<sup>60</sup>



Há inúmeros artigos da reforma que indicam a intenção do legislador de privilegiar a autonomia da vontade coletiva e individual em detrimento às normas estabelecidas pelo Estado. De certo modo, a Reforma Trabalhista inverteu a hierarquia das normas, ainda que tenha deixado a Constituição Federal e os princípios do Direito do Trabalho no vértice da

---

<sup>59</sup> TRINDADE, Rodrigo. Reforma Trabalhista – 10 (Novos) Princípios Do Direito Empresarial Do Trabalho. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/79-uncategorised/1249-reforma-trabalhista-10-novos-principios-do-direito-empresarial-do-trabalho>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

<sup>60</sup> LOGUERCIO, José Eymard; LOPES, Antonio Fernando Megale. O Negociado sobre o legislado: suprema injustiça e demolição do sistema protetivo trabalhista. In: RAMOS, Gustavo Teixeira et. al. *Golpe de 2016 e a Reforma Trabalhista*. Bauru: Canal 6, 2017, p. 195.

pirâmide. Os acordos coletivos prevalecem, de forma ampla, sobre a lei ordinária. Sob algumas condições, os acordos individuais também prevalecem sobre a lei. Além disso, o parágrafo 1º do artigo 611-A, prevê que a Justiça do Trabalho não poderá analisar o mérito.<sup>61</sup>

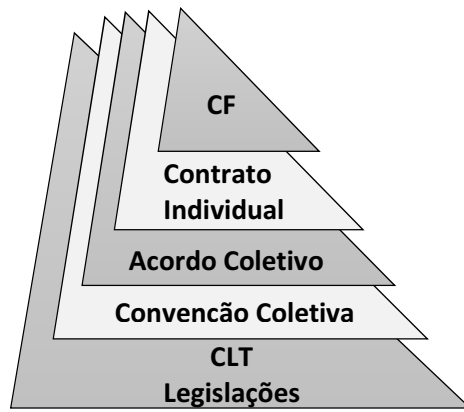
Percebe-se, portanto, que a intenção do legislador ao quebrar a hierarquia das leis, fazendo com que acordos e convenções se sobreponham, é de suprimir e/ou restringir direitos trabalhistas já conquistados. Essa é uma das maiores demonstrações de que houve sim uma grande mudança hermenêutica trazida pela reforma trabalhista e que, todas elas objetivaram facilitar a flexibilização dos direitos dos trabalhadores.

### **5.3 Empregado Hipersuficiente**

Por fim, essa é a última pirâmide trazida pela reforma trabalhista. Ela se refere ao art. 444, parágrafo único, no qual o legislador trouxe os empregados que possuem diploma de nível superior e recebem determinado salário como “hipersuficiência”, dessa maneira, possuem condições de negociar em condições de igualdade e diretamente com seus empregadores com a mesma eficácia legal instrumentos coletivos, prevalecendo, inclusive, sobre as normas coletivas.

---

<sup>61</sup> CONCEIÇÃO, Jefferson José da; CONCEIÇÃO, Maria da Consolação Vegi da. Reforma trabalhista: modernização conservadora e tendências. *Teoria e Debate*. Disponível em: < <https://teoriaedebate.org.br/2017/10/04/reforma-trabalhista-conservadora-tendencias/>>. Acesso em: 08 jun. 2018.



Ricardo Alexandre afirma que alguns doutrinadores, como Vólia Bomfim, entendem que a Lei 13.467/2017 trouxe uma exceção a este princípio da norma mais favorável ao estabelecer a prevalência dos direitos previstos no contrato individual de trabalho sobre os direitos mais benéficos previstos em lei (CLT) ou nas normas coletivas de trabalho, que só poderá ser aplicada ao empregado que percebe salário igual ou superior a duas vezes o valor máximo dos benefícios da Previdência Social e, ainda, que possua diploma de curso superior. Portanto, para ele o princípio da norma mais favorável é desprezado quando estiverem presentes normas de acordos, convenções coletivas do trabalho ou contrato individual de trabalho de hipersuficiente.<sup>62</sup>

Portanto, a função representativa dos sindicatos também foi flexibilizada pela reforma trabalhista, pois o legislador previu a possibilidade do acordo individual, como por exemplo, na figura do “empregado hipersuficiente”, o negociado individualmente vai se sobrepor ao que foi previsto coletiva e normativamente. E a “pirâmide plástica e flexível” do direito do trabalho é derruída.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> ALEXANDRE, Ricardo. *Noções de Direito do Trabalho*. Disponível em: <[https://www.ricardoalexandre.com.br/wpcontent/uploads/2015/12/Aula\\_1\\_Noc%CC%A7o%CC%83es\\_de\\_Dir\\_do\\_Trabalho\\_TRT2\\_Analista\\_Judicia%CC%81rio\\_Renata\\_Berenguer.pdf](https://www.ricardoalexandre.com.br/wpcontent/uploads/2015/12/Aula_1_Noc%CC%A7o%CC%83es_de_Dir_do_Trabalho_TRT2_Analista_Judicia%CC%81rio_Renata_Berenguer.pdf)>. Acesso em: 24 jun. 2018.

<sup>63</sup> DUARTE, Anita. “Reforma” trabalhista: como enfraquecer as funções sindicais e gerar dumping social?. *Empório do Direito*. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/reforma-trabalhista-como-enfraquecer-as-funcoes-sindicais-e-gerar-dumping-social-aprenda-em-minutos>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

Entretanto, o legislador deixou de observar que, muitas vezes, o dito “hipersuficiente” é o hipossuficiente da relação, pois, embora esteja em situação teoricamente mais agradável que a maioria dos empregados brasileiros, mantém-se vulnerável frente ao empregador. Contudo, essas mudanças acabam por demonstrar que essa tentativa de tornar superior o Contrato Individual (pactuado) sobre o que está definido em lei ou nas normas coletivas, como uma aproximação da seara trabalhista ao Direito Civil, que tem por objeto partes em condições iguais de equilíbrio. Por essa razão, a Justiça do Trabalho deve se atentar para manter a relação equilibrada, sob pena de perder sua finalidade e se aproximar ainda mais do Direito Comum.

#### **5.4 Fim do Princípio da Fonte mais Favorável?**

Depois dessa análise sobre as mudanças hermenêuticas trazidas pela reforma e do claro rompimento com a pirâmide clássica trabalhista flexível que elegia para o seu vértice a norma mais benéfica ao trabalhador, observa-se uma “escancarada” lesão a um dos princípios fundamentais do Direito do Trabalho, o princípio da norma mais favorável. Dessa forma, resta a indagação sobre qual será o destino desse princípio. Será que ele ainda tem espaço na seara trabalhista pós-reforma?

A aplicação da norma mais favorável no direito do trabalho decorre do princípio da proteção ao trabalhador, dessa forma o intérprete do direito, em busca da igualdade na relação laboral, deve optar pela norma mais benéfica, protegendo o empregado. A base jurídica desse princípio é a Constituição Federal, em seu artigo 7º, garantindo aos trabalhadores outros direitos que visem a sua melhoria de condição social.

Portanto, por não haver nenhuma referência expressa na reforma trabalhista sobre tal princípio, no que se refere aos trabalhadores que não possuem negociação coletiva, a lógica do sistema é que continuem sendo regidos pelo princípio da norma mais favorável, ou seja, a pirâmide normativa continua a ser a flexível para os empregados que não se enquadrem em “hipersuficientes” ou que não sejam regidos por normas coletivas.

A realidade demonstra que os processos de flexibilização até agora implementados não criam novos postos de trabalho, só precarizam direitos, contribuindo com a redução da massa salarial e para o aumento da informalidade.<sup>64</sup> Assim, a lei protecionista trabalhista, ao invés de ser retirar direitos dos empregados formais, como ocorre na proposta do direito do trabalho líquido, praticamente igualando-os aos trabalhadores informais, deveria ser estendida para a proteção de todos os trabalhadores terceirizados, temporários, precários, avulsos, intermitentes, parassubordinados que se encontrassem em situação de dependência e sujeição social. Inclusive, dando-lhes enquadramento sindical no âmbito de negociações coletivas que teria uma conceituação nova e ampliada.<sup>65</sup>

A nova lei precariza as relações de trabalho, prioriza a norma menos favorável ao trabalhador ao mesmo tempo que aumenta o poder dos patrões com a livre autonomia da vontade, a prevalência do negociado de forma individual e coletiva sobre o legislado, naquilo em que especifica.<sup>66</sup>

Ressalta-se que uma lei ordinária não possui o condão de modificar quase toda a estrutura de um ramo jurídico, alterando diversos vértices da relação trabalhista, inclusive a participação estatal a fim de que os direitos sociais não possam ser reduzidos.<sup>67</sup>

Contudo, as mudanças hermenêuticas trazidas através da reforma trabalhista influenciam diretamente na forma de se interpretar o Direito do Trabalho. Nota-se uma nítida

---

<sup>64</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o modelo negociado sobre o legislado no Brasil? *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 329, p. 13, nov. 2016.

<sup>65</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro. *O Direito do Trabalho Líquido*. São Paulo: LTr, 2018, p. 80 – 81.

<sup>66</sup> PARANHOS, Maria das Graças Cabral Viegas. Reforma Trabalhista. In: ARRUDA, Kátia Magalhães; ARANTES, Deláide Alves Miranda. A centralidade do trabalho e os rumos da legislação trabalhista. São Paulo: LTr, 2018, p. 226

<sup>67</sup> ROCHA, Cláudio Jannotti da. A reforma trabalhista e a sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico trabalhista brasileiro. In: RAMOS, Gustavo Teixeira et. al. *Golpe de 2016 e a Reforma Trabalhista*. Bauru: Canal 6, 2017, p. 62.

restrição à autonomia privada na esfera da relação trabalhista, justificada pela natureza essencial dos direitos envolvidos, assegurados por meio de normas imperativas e pela subordinação inerente ao contrato de trabalho, caracterizando a forma como o serviço é prestado pelo empregado e que decorre do poder de direção do empregador.<sup>68</sup>

Nesse contexto, Jorge Pinheiro Castelo defende que a incidência de normas de tutela laboral é inderrogável e imperativa, tendo fundamento na impossibilidade do exercício da verdadeira autonomia da vontade, pois o empregado geralmente se encontra em posição de sujeição em face do poder diretivo e de controle. Ou seja, normalmente, há uma vulnerabilidade técnica e jurídica por parte do trabalhador.<sup>69</sup>

Além disso, nada que derive do princípio da proteção, por razão lógica, pode contrariá-lo. Todo o Direito do Trabalho tem origem em um princípio fundamental, que é a proteção de quem trabalha. O equilíbrio de forças entre o capital e o trabalho demonstra que aquilo que não protege o trabalhado não pode ser considerado de cunho trabalhista.<sup>70</sup>

Dessa forma, pode-se concluir que a flexibilização dos princípios basilares trabalhistas, como o princípio da proteção, da indisponibilidade e o da norma mais favorável é mais uma das viradas hermenêuticas da reforma trabalhista. Assim, é papel do intérprete saber como aplicar a hermenêutica para possibilitar a maior efetividade dos direitos trabalhistas, sem cair na armadilha de se permitir desrespeitar os princípios que a reforma parece ignorar.

---

<sup>68</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. A indisponibilidade dos direitos trabalhistas no ordenamento jurídico. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2016-abr-02/gustavo-garcia-indisponibilidade-direitos-trabalhistas-lei#\\_ftn1](https://www.conjur.com.br/2016-abr-02/gustavo-garcia-indisponibilidade-direitos-trabalhistas-lei#_ftn1)>. Acesso em: 22 jun. 2018.

<sup>69</sup> CASTELO, Jorge Pinheiro. *O Direito do Trabalho Líquido*. São Paulo: LTR, 2018, p 40 – 41.

<sup>70</sup> SIMÕES, Renato Mário Borges. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LUDWIG, Guilherme Guimarães; VALE, Silvia Teixeira do. (coord). *Interpretação e Aplicação da Reforma Trabalhista no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTr, 2018, p. 73

## 6. Conclusão

Em verdade, toda mudança na legislação causa transtornos e dificuldades iniciais, sendo necessários ajustes para se adequar à realidade dos seus destinatários. No Direito do Trabalho, principalmente, muita coisa mudou e novos institutos surgiram.

Depois de passar por toda essa análise da reforma trabalhista e as diversas críticas feitas à flexibilização dos direitos sociais, não resta outro questionamento na cabeça do estudioso do Direito senão qual será o futuro da seara trabalhista frente a tantas mudanças hermenêuticas que se mostram, em verdade, como um retrocesso social para os trabalhadores.

Diante das violações dos direitos sociais praticados por determinados empregadores, muitos trabalhadores precisam buscar na Consolidação das Leis do Trabalho e na Constituição Federal a garantia de um patamar mínimo civilizatório para a realização de seu ofício. Contudo, esse alicerce protetivo sofreu grande alteração com a aprovação da Lei nº 13.467/2017, a qual promoveu clara flexibilização de direitos e do sistema de proteção, sob um contexto de instabilidade política e institucional.

O retrocesso trazido pela Reforma Trabalhista é inconstitucional, pois a Constituição não é indiferente à situação dos trabalhadores, não sendo razoável a interpretação que negue a melhoria da condição social dos trabalhadores. Portanto, uma lei ordinária não possui legitimidade para modificar quase toda a estrutura do ramo jurídico, alterando diversos vértices da relação trabalhista.

Com todas essas mudanças, a lógica da pirâmide hierárquica trabalhista pré-reforma, a qual se mostrava flexível e era moldada de acordo com o princípio da norma mais favorável, é rompida. Dessa forma, surgem três novas pirâmides hierárquicas rígidas: 1) a pirâmide das normas estatais proibitivas; 2) a pirâmide do negociado sobre o legislado e, por fim, 3) a pirâmide do empregado “hipersuficiente”.



Por não haver referência expressa na reforma trabalhista sobre qualquer mudança frente ao princípio da norma mais favorável – nem poderia haver, por ter justificativa constitucional –, no que se refere aos trabalhadores que não possuem negociação coletiva e que não sejam “hipersuficientes”, continuam a ser regidos pelo princípio da norma mais favorável, ou seja, com a pirâmide normativa flexível.

Negar vigência à reforma trabalhista não é técnico, enquanto legislação originada do Poder Público de acordo com as regras de tramitação. Este é o momento para sua interpretação, de modo a inseri-la nos conhecimentos da Teoria do Direito do Trabalho. Assim, cabe aos juízes e tribunais a missão de dizer quais são o sentido e alcance da lei, integrando-a no sistema jurídico e aplicando-a na solução dos conflitos submetidos à sua apreciação.

## 7. Referências

ALEXANDRE, Ricardo. Noções de Direito do Trabalho. Disponível em: <[https://www.ricardoalexandre.com.br/wpcontent/uploads/2015/12/Aula\\_1\\_Noc%CC%A7o%CC%83es\\_de\\_Dir\\_do\\_Trabalho\\_TRT2\\_Analista\\_Judicia%CC%81rio\\_Renata\\_Berenguer.pdf](https://www.ricardoalexandre.com.br/wpcontent/uploads/2015/12/Aula_1_Noc%CC%A7o%CC%83es_de_Dir_do_Trabalho_TRT2_Analista_Judicia%CC%81rio_Renata_Berenguer.pdf)>. Acesso em: 24 jun. 2018.

ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma Trabalhista e o Novo “Direito do Capital”. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 338, p. 61- 63, ago. 2017.

BELLOTI, Aline Carla Lopes; TEIXEIRA, Louise Helene de Azevedo. A interferência da prevalência do negociado sobre o legislado: a banalização do registro da jornada de trabalho. In: RAMOS, Gustavo Teixeira et. al. Golpe de 2016 e a Reforma Trabalhista. Bauru: Canal 6, 2017, p. 21.

BOMFIM, Vólia. Comentários à Reforma Trabalhista. Gen Jurídico, São Paulo, set. 2017. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2017/09/26/comentarios-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

BOMFIM, Vólia. Palestra sobre a reforma trabalhista. OAB/RJ. Disponível em: <<http://www.oabrj.org.br/noticia/110480-evento-discute-aplicacao-da-reforma-trabalhista-e-lota-plenario-da-oabrj>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CAIRO JUNIOR, José. Curso de Direito do Trabalho: Direito Individual e Coletivo do Trabalho. 7. ed. Salvador, JusPodivm, 2012, p 74.

CASTELO, Jorge Pinheiro. O Direito do Trabalho Líquido. São Paulo: LTr, 2018, p. 41.

CONCEIÇÃO, Jefferson José da; CONCEIÇÃO, Maria da Consolação Vegi da. Reforma trabalhista: modernização conservadora e tendências. *Teoria e Debate*. Disponível em: < <https://teoriaedebate.org.br/2017/10/04/reforma-trabalhista-conservadora-tendencias/>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 184.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1583 – 1584.

DUARTE, Anita. “Reforma” trabalhista: como enfraquecer as funções sindicais e gerar dumping social?. Empório do Direito. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/reforma-trabalhista-como-enfraquecer-as-funcoes-sindicais-e-gerar-dumping-social-aprenda-em-minutos>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

ESTEVES, Alan da Silva. Reforma Trabalhista brasileira de 2017 e o direito coletivo do trabalho: ideias para justificar a prevalência do negociado sobre o legislado. *Revista dos Tribunais*, ano 106, v. 984, p 167, out. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, volume 1: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 55.

HONÓRIO, Cláudia. Derrogação de proteção jurídico-trabalhista aos empregados com maior remuneração e diploma de nível superior. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO. Reforma trabalhista na visão de procuradores de trabalho. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 127.

LOGUERCIO, José Eymard; LOPES, Antonio Fernando Megale. O Negociado sobre o legislado: suprema injustiça e demolição do sistema protetivo trabalhista. In: RAMOS, Gustavo Teixeira et. al. Golpe de 2016 e a Reforma Trabalhista. Bauru: Canal 6, 2017, p. 195.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 7.

MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 86.

RENZETTI, Rogério. Prevalência do negociado sobre o legislado em norma coletiva. In MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. A reforma trabalhista e seus impactos. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 603.

RESENDE, Ricardo. Direito do Trabalho Esquemático. 4. ed. São Paulo: Método, 2014, p. 79.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p 113.

TRINDADE, Rodrigo. Reforma Trabalhista – 10 (Novos) Princípios Do Direito Empresarial Do Trabalho. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/79-uncategorised/1249-reforma-trabalhista-10-novos-principios-do-direito-empresarial-do-trabalho>>. Acesso em: 07 jun. 2018.

## **A PROTEÇÃO JURÍDICA DO TRABALHADOR FRONTEIRIÇO E DO REFUGIADO SOB A LUZ DA NOVA LEI DO MIGRANTE (Lei nº 13.445/2017)**

SANTOS, Enoque Ribeiro<sup>71</sup>.

FARINA, Bernardo Cunha<sup>72</sup>.

---

71 Livre docente e Doutor em Direito pela USP, Mestre pela Unesp, Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Desembargador Federal do Trabalho do TRT 1ª. Região – Rio de Janeiro.

72 Mestre em Sociedade, Cultura e Fronteiras pela UNIOESTE – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela UDC – União Dinâmica de Faculdades Cataratas, advogado, professor universitário.

## INTRODUÇÃO

Este é um momento especialmente importante para refletir nessa temática, pois enquanto a União Europeia encontra-se pressionada pelas ondas de migrações provenientes da Síria, da Líbia e de outros países africanos, vários países fecham suas fronteiras e outros procuram soluções consensuais. O Brasil revoga o antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6815/1980) e promulga uma nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017), que em sintonia com a Lei dos Refugiados (Lei nº 9474/97) provoca uma evolução nos direitos dos migrantes e facilita sua inserção no mercado laboral.

É neste cenário que pretendemos discutir a nova Lei de Migração no Brasil, em relação à proteção jurídica do trabalhador fronteiriço e refugiado, tendo em vista não apenas o que se passa na União Europeia, mas também em nossas fronteiras, particularmente com a grande quantidade de pessoas (e trabalhadores) da Venezuela, Haiti e de outros países que buscam refúgio em nosso país.

### 1. CONCEITO E CONTEXTO DE TRABALHADOR FRONTEIRIÇO E DO REFUGIADO

Trabalhador fronteiriço é conceito jurídico que identifica a pessoa que reside nas regiões de fronteiras nacionais, trabalha nos países vizinhos em municípios contíguos ao seu município de residência e regressa habitualmente ao seu país de origem, portanto, sem caracterizar um fenômeno migratório com intenção de residência em outro país, situação que vem obtendo soluções políticas e jurídicas *sui generis*, distintas daquelas adotadas para o interior dos territórios dos países vizinhos.

Já o refugiado possui natureza diversa. Na maioria dos países democráticos é garantido direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência de atividade exercida no Estado da sua

nacionalidade ou da sua residência habitual em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana, bem como os estrangeiros e os apátridas que receando com fundamento em ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social, não possam ou, em virtude desse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual.

No Brasil, a temática é regulada pela Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, que em seu artigo 1º aduz:

*“será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontra-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior e III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”.*

O trabalhador fronteiriço possui proteção jurídica especial, se comparada à dos demais trabalhadores migrantes, em razão de sua situação jurídica *sui generis*, balizada por determinantes específicos, por ter permissão legal para exercer seu labor restritamente à região fronteiriça, o que lhe confere proteção trabalhista e previdenciária nessas circunstâncias, com fundamentos na legislação nacional pertinente, tratados internacionais e acordos internacionais bilaterais.

Para melhor compreensão da dimensão sociolaboral do tema em análise, é relevante compreender os conceitos a seguir dispostos, bem como a contextualização da região de fronteira.

O “trabalhador fronteiriço”, em seu conceito tradicional, mais conservador, adotado pela ONU, é aquele que reside na região de fronteira, exerce trabalho remunerado no país vizinho, regressando habitualmente ao seu país de residência.

Tratava-se do mesmo conceito adotado pelo revogado Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980) que, em seu artigo 21, trazia o conceito de trabalhador fronteiriço como sendo aquele natural de país limítrofe, que tenha domicílio em cidade contígua ao território nacional, conferindo-lhe direito de exercer trabalho remunerado e a estudar no Brasil.

Nessa concepção conservadora, trata-se de uma espécie de trabalhador em situação *sui generis*, que vive na região de fronteira de seu país e trabalha na região de fronteira do país vizinho e retorna à sua residência habitualmente, não se tratando de processo migratório com intenção de estabelecer residência no país no qual se vai trabalhar.

Nestes casos, além dos direitos trabalhistas, mais visíveis num primeiro momento, o que a lei passou também a proteger foi o direito desse trabalhador manter seus vínculos afetivos e familiares em seu país de origem e estabelecer novos vínculos, em especial o profissional, no país vizinho, consagrando assim a dinâmica própria do cidadão fronteiriço, que vive transitando entre os dois lados da fronteira nacional.

Não obstante, no MERCOSUL, diferentemente do conceito mais conservador adotado pela ONU e pelo antigo Estatuto do Estrangeiro, os direitos do trabalhador fronteiriço foram ampliados por força de Tratados Internacionais celebrados entre países membros, que lhe conferem permissão legal para exercer atividade remunerada, frequentar estabelecimento de ensino e residir na cidade fronteiriça do país vizinho, contígua à cidade de seu domicílio original.

Para compreender melhor o universo do trabalhador fronteiriço, é relevante vislumbrar a região de fronteira como um local onde as populações compartilham o mesmo

ambiente de ambos os lados da fronteira, eis que possuem necessidades mútuas, comuns e criam um universo próprio em busca de soluções, acarretando natural circulação de pessoas e serviços. Nada mais lógico do que terem tratamento jurídico que reconheça essa realidade diferenciada das outras regiões dos países vizinhos.

Neste sentido, oportuno trazer à colação o pensamento de Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes<sup>73</sup>, para quem a população da região fronteira, ou seja, de ambos os lados da fronteira, não deveria ser tratada de maneira desigual e o processo de integração deveria ser facilitado porque estão compartilhando o mesmo ambiente e são aproximados por necessidades comuns. Consequentemente, colaborar com o vizinho próximo na busca de soluções de todos os tipos tem mais lógica do que esperar soluções de autoridades distantes.

Essa colaboração, que inclusive é incentivada pelo Ministério da Integração Nacional em relação à faixa de fronteira do Brasil, foi o motor histórico que erigiu esses espaços e merece ser reconhecido e protegido pelo Direito.

### 1.1 AS CIDADES-GÊMEAS

As chamadas cidades-gêmeas são formadas por conjuntos de centros urbanos, frente a frente em uma fronteira internacional, conurbados ou não, que apresentam diferentes níveis de interação, quer seja por fronteira terrestre ou fluvial, diferentes atividades econômicas, variável grau de atração para migrantes e distintos processos históricos.

---

<sup>73</sup> LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito de imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. 1. ed. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009, p. 46.

Trata-se de fenômeno comum em várias regiões do mundo que têm origem numa intensa circulação de pessoas, intercâmbio de serviços, trabalho e mercadorias na região fronteira, que, a depender de estratégias comuns, podem ser complementares ou competitivos.

Neste contexto, as cidades-gêmeas representam um polo de atividades econômicas para a região de fronteira, adquirindo grande importância para o desenvolvimento regional. Na medida em que se entrelaçam, seu desenvolvimento passa a ser em conjunto, integrado, porque suas populações e suas atividades econômicas mesclam-se, tornando-se praticamente impossível pensar no desenvolvimento de uma das cidades-gêmeas, sem pensar no desenvolvimento da outra. Estrategicamente, quanto mais integradas, maior a probabilidade de tornarem-se polos regionais de desenvolvimento da região de fronteira, tornando-se inevitáveis, por parte do Poder Público, o desenvolvimento de ações diplomáticas e políticas públicas conjuntas.

No entanto, estes aglomerados urbanos internacionais não são formados necessariamente por apenas duas cidades, a exemplo de Barracão, Dionísio Cerqueira e Bernardo de Irigoyen, que formam conurbação de três cidades e o aglomerado urbano formado por Foz do Iguaçu (Brasil), Ciudad del Este (Paraguai) e Puerto Iguazú (Argentina), conhecido como Tríplice Fronteira.

Segundo informações do Ministério da Integração Nacional, existem 588 municípios na faixa de fronteira do Brasil, dos quais 27 municípios formam as chamadas cidades-gêmeas com as respectivas cidades limítrofes dos países vizinhos, sendo que a maior e mais populosa é Foz do Iguaçu, no Estado do Paraná.

Ademais, conforme é de conhecimento público, expressiva parcela das populações das cidades-gêmeas existentes na faixa de fronteira do Brasil, incluindo-se a da Tríplice Fronteira, exerce o trabalho fronteiriço, razão pela qual o estudo e compreensão desse fenômeno sociolaboral, e de seu arcabouço legal, é de grande relevância ao Direito, na busca de



seu ideal de justiça, e na satisfação dos direitos trabalhistas e previdenciários desse grupo de trabalhadores em situação especial.

## 2. A VISÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

A migração de trabalhadores é fenômeno internacional e antigo, com implicações nos direitos trabalhistas e previdenciários e garantias fundamentais reconhecidas pelos países integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU), cuja Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, em seu preâmbulo e artigos XXII e XXIII proclamou o trabalho direito inalienável e essencial à dignidade do ser humano.

Na União Europeia o tema imigração está instalado no coração da atualidade, sendo a temática e um dos assuntos centrais nas próximas campanhas eleitorais<sup>1</sup>.

Além das posições contraditórias de alguns países como a Itália, Grécia e Espanha, que são os destinatários de grande parte dos refugiados<sup>2</sup>, alguns países centrais, como a

---

<sup>1</sup> Le migrants, thème déjà central des européennes. Le Monde. 6/07/2018. Diz a reportagem: “comment tenir un discours pro-européen, global, sur plusieurs thématiques, sans tomber dans le piège de ses adversaires qui vont tenter de réduire la campagne à ce seul sujet, dans l’espoir de tirer profit du rejet de l’immigration dans une partie de l’opinion? (...) Enquanto o presidente francês Macron e a chanceler Angela Merken têm uma posição favorável à imigração e ao acolhimento de imigrantes, alguns membros mais radicais do Conselho Europeu, entre eles, a Hungria, propõem manter os imigrantes fora de suas fronteiras. Diz a reportagem: “M. Macron avait tenu un discours très ouvert à propos des migrants. “Nous devons accueillir des réfugiés car c’est notre tradition et notre honneur”, avait-il declare lors de son premier Conseil européen, le 23 juin 2017. “Les positions prises par la chancelière Angela Merkel ont été des positions courageuses”, avait-il ajouté à propos de l’ouverture des frontières allemandes décidée par Berlin, em 2015. Um discours qui avait résonné chez une partie des électeurs de gauche”.

<sup>2</sup> Importante destacar a diferença entre refugiados e migrantes. Na maioria dos países democráticos é garantido direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência de atividade exercida no Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana, bem como os estrangeiros e os apátridas que recebendo com fundamento em ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social, não possam ou, em virtude desse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual. O direito ao asilo é regulado, em Portugal, pela Lei 15/98, de 26 de março e confere a um indivíduo o direito de, sob certas condições,

Áustria<sup>1</sup>, por meio de seu chanceler, Sebastian Kurz, procuram endurecer a entrada de refugiados e migrantes, alegando questões de segurança pública, especialmente para evitar ondas de ataques terroristas. Recentemente surgiu até mesmo uma doutrina chamada de Lei penal do inimigo<sup>2</sup> na Europa, como medida preventiva a ser tomada pelos países-membros no sentido de se proteger de ataques terroristas dentro de suas fronteiras.

---

adquirir o estatuto de refugiado e ser tratado como tal. No Brasil, a temática é regulada pela Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997, que em seu artigo 1º aduz: “será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I- devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontra-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior e III – devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”.

<sup>1</sup> Migrants: les inquietantes propositions de Vienne. Le Monde, 6/julho/2018. Segundo a reportagem, a Áustria é um governado por uma coalisão de extrema direita e recuperou a presidência rotativa da União Europeia em 1/7/2018 e posição uma visão: “... livre une vision purement sécuritaire de la migration, occultant intégralement son aspect humanitaire. A en croire ce texte, qui a été soumis aux experts nationaux des vingt-huit membres de l’EU lors d’une réunion informelle à Vienne, lundi 2 et mardi 3 juillet, 2018, et que Le Monde a pu consulter, les migrants sont principalement des hommes jeunes et “beaucoup sont tout particulièrement sensibles aux idéologies hostiles à la liberté ou qui prônent la violence”. A l’instar des pays du groupe de Visegrad (Hongrie, République tchèque, Slovaquie, Pologne), l’Autriche défend une Europe aux frontières closes et l’externalisation totale du droit d’asile hors des frontières de l’EU. Le texte propose de réfléchir à un nouveau “système de protection” où “aucune demande d’asile ne sera déposée sur le sol européen”. Avec un objectif, en 2025, de ne garantir l’asile qu’à ceux “qui respectent les valeurs de l’EU et ses droits et libertés fondamentales”. Une condition que l’EU n’impose absolument pas aux demandeurs d’asile.

<sup>2</sup> A lei penal contra o terrorismo já aflora exceções na doutrina dos direitos humanos. O futuro próximo pode fazer a vontade do professor Gunter Jakobs, criador da teoria do direito penal do inimigo. Para ele, o direito penal deve ser dividido em dois sistemas diferentes: o dos cidadãos e o dos inimigos. O cidadão é punido com uma pena por causa de fatos cometidos antes e previstos na lei. O inimigo é punido pelo seu caráter disponível para a transgressão destrutiva da sociedade, por sua periculosidade intrínseca. O terrorismo é o núcleo original inspirador deste modelo. Como tal, o sistema impõe a aplicação de uma pena preventiva em função da periculosidade. Não se pretende corrigir, punir, castigar ou reinserir socialmente. Pura e simplesmente pretende-se, neutralizar o inimigo através da antecipação da sua ação criminosa. Nesta teoria de medidas de segurança, muito discutida desde o ataque às torres gêmeas do WTC e agora muito a propósito do radicalismo destruidor do Daesh, o processo penal não tem garantias legais, não visa a punição de fatos passados, mas a aplicação de uma medida de força antecipada para prevenir futuros crimes.

Ao longo desta exposição, iremos perceber que a nova Lei de migração brasileira melhora os direitos dos refugiados e deve facilitar sua inserção no mercado de trabalho no Brasil.

A DUDH não fez distinção entre trabalho do migrante e do trabalhador nacional, o que inclui na sua gama de proteção os direitos do trabalhador fronteiriço, por exemplo: os direitos de migração; à educação; ao trabalho; à seguridade social; à saúde; à não discriminação por nacionalidade; à igualdade perante a lei; à dignidade; à liberdade de locomoção; à segurança social; ao trabalho em condições justas e favoráveis; à proteção contra o desemprego; à remuneração justa e satisfatória; à organização sindical; à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Em outra declaração de direitos, a Convenção da ONU sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, de 1990, definiu trabalhador fronteiriço como sendo todo trabalhador migrante que conserve sua residência habitual no país vizinho ao que trabalha e para onde retorna a cada dia ou uma vez por semana, nos termos dos artigos 2 e 2.a.

Com variações, tal conceito de trabalhador fronteiriço é mantido em diversos instrumentos normativos, sejam Convenções da OIT, Tratados Internacionais ou leis internas dos países, conforme veremos mais adiante.

### **3. PROTEÇÃO DO TRABALHADOR FRONTEIRIÇO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA CLT**

A Constituição Federal no Título I, “Dos Princípios Fundamentais”, alberga, dentre os fundamentos do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (incisos III e IV do Artigo 1º).

Em seu artigo 3º elenca como seus objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No que diz respeito aos princípios regentes de suas relações internacionais, o parágrafo único do artigo 4º estabelece que a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Na sequência do texto da Constituição Federal, o Título II recepciona os direitos e garantias fundamentais, estipulando no caput do artigo 5º que 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...”

Além disso, ao trabalhador estrangeiro, é garantido o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que preencha os requisitos da legislação pertinente, nos termos inciso XIII, do artigo 5º, inclusive o exercício dos cargos que são providos por concurso público, conforme dispõem o artigo 37, I, da Constituição Federal. A exceção fica por conta dos cargos privativos de brasileiros natos, elencados no rol do artigo 12, § 3º, da Constituição Federal.

Todavia, a interpretação do caput do artigo 5º tem sido no sentido que os estrangeiros a que se refere, são todos aqueles que estiverem em território nacional, independentemente de serem residentes ou não, consoante posição do Supremo Tribunal Federal. Caso assim não o fosse, um turista em viagem pelo Brasil não estaria amparado pelo princípio da isonomia e pelos direitos e garantias fundamentais previstos no referido artigo da Constituição Federal. Ou, pior, um trabalhador estrangeiro em situação irregular no Brasil poderia trabalhar sem contrato e não ter seus direitos laborais plenamente assegurados.

São esses princípios que devem reger todo o ordenamento jurídico no que tange à tutela do trabalhador estrangeiro, onde se inclui o trabalhador fronteiro, notadamente em face de sua igualdade jurídica.

Neste sentido, o Tribunal Superior do Trabalho tem proferido decisões assegurando ao trabalhador estrangeiro, todos os seus direitos trabalhistas, a despeito de ter entrado informalmente no Brasil e trabalhado sem contrato de trabalho. Especificamente no caso dos trabalhadores fronteiriços, a Sexta Turma do TST já decidiu, por unanimidade, afastar suposta nulidade de contratação de trabalhador fronteiriço paraguaio, decorrente de ausência de sua admissão regular em território nacional, com base no artigo 3º do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do MERCOSUL, incorporado a Ordenamento Jurídico Brasileiro, nos termos do Decreto nº 2.067/1996.

No referido Acórdão, o Ministro Horácio Senna Pires asseverou que decisão em contrário causaria dupla injustiça, tanto aos trabalhadores estrangeiros que colocaram seu trabalho à disposição do empregador, quanto aos trabalhadores brasileiros que poderiam vir a ser rejeitados frente ao custo menor dos trabalhadores estrangeiros que estivessem irregulares, o que seria estímulo à contratação ilegal.

Dessa forma, com fulcro na Constituição Federal do Brasil, aplicam-se igualmente aos trabalhadores estrangeiros, incluindo-se os fronteiriços, a Consolidação das Leis do Trabalho e demais legislações aplicáveis aos trabalhadores nacionais.

Na realidade, a CLT não contempla expressamente a situação especial do trabalhador fronteiriço, mas apenas faz algumas referências ao trabalhador estrangeiro. Da mesma forma, não menciona nenhuma anotação especial em sua carteira de trabalho e previdência social, o que coube ao Regulamento da Lei de Migração, que será analisado mais adiante, e ao do Ministério do Trabalho e Emprego por meio da Portaria nº 1/1997.

Após o trabalhador fronteiriço obter sua admissão e autorização para trabalho, após essa etapa, aplica-se a ele toda a legislação trabalhista pátria.

O artigo 359 da CLT estabelece que toda empresa, ao contratar estrangeiro, deve exigir a carteira de identidade de estrangeiro e anotar no registro de empregado seus dados referentes à sua nacionalidade, o que se aplica inclusive ao fronteiriço.

A CLT ainda traz em seu capítulo II, nos artigos 352 e seguintes, a reserva de 2/3 de empregados brasileiros, que poderá ser menor por decisão do Poder Executivo. Tal reserva parece incompatível com as regiões de fronteira, por se tratar de locais peculiares, que deveriam ter tratamento diferenciado, objetivando a integração regional, e por gerar conflito com a livre circulação de trabalhadores prevista na Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, conforme será exposto mais adiante.

Neste ponto, antes de versar sobre a proteção jurídica do trabalhador fronteiriço no MERCOSUL e em Acordos e Convenções internacionais ratificados pelo Brasil, será abordada a nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017).

#### **4. O TRABALHADOR FRONTEIRIÇO NA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO (Lei nº 13.445/2017).**

A nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017), e seu Regulamento (Decreto 9.199/2017), passaram a regular todo processo migratório internacional em território brasileiro, inclusive, de forma geral para toda a faixa de fronteira do Brasil, para o caso dos trabalhadores fronteiriços, tendo revogado o antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980).

O novo dispositivo legal, contudo, continuou a estabelecer tratamento diferenciado para o trabalhador fronteiriço e deixa absolutamente claro em vários de seus artigos que a eles serão aplicadas as normas que lhes sejam mais favoráveis previstas em outros instrumentos, tais como Acordos do MERCOSUL, Convenções da OIT e Acordos Internacionais celebrados pelo Brasil.

Desse modo, foi mantido o entendimento já consolidado de garantir aos trabalhadores fronteiriços seus direitos trabalhistas e previdenciários, além do reconhecimento legal de sua situação *sui generis* (geográfica, social, humana), ao manter-lhes o direito de preservarem seus vínculos afetivos, culturais e familiares em seus países de origem, permitindo-

lhes virem trabalhar em território brasileiro, sem a obrigatoriedade de aqui residirem, e voltarem aos seus países de origem intermitentemente, ou diariamente, se assim o desejarem, desde que atendidas as exigências legais.

Assim, a Lei de Migração (Lei 13.445/2017), que entrou em vigor em novembro de 2017, define em seu art. 1º, § 1º, IV ser o residente fronteiriço a pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho.

Para facilitar sua livre circulação, lhe confere a possibilidade, mediante requerimento, de obter autorização para realizar atos da vida civil (art. 23), inclusive atividade laboral e estudo (art. 89), circunscritos ao Município fronteiriço para o qual tais atos foram autorizados (art. 24), não autorizando automaticamente a residência, que deve ser requerida.

A residência no Município poderá ser requerida pelo trabalhador fronteiriço, se assim o desejar e mediante enquadramento nas hipóteses legais. Desse modo, fica assegurado seu direito de vir trabalhar em território brasileiro, mas residir em seu país de origem, vizinho ao Brasil, e regressar diariamente se assim o desejar.

A seguir, veremos os aspectos mais relevantes da nova Lei de Migração no tocante ao nosso objeto de estudos.

Já de início, mantém a distinção entre imigrante e residente fronteiriço, definindo o fronteiriço como a “pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiriço de país vizinho” (Lei 13.445/2017, art. 1º, § 1º, IV). Manteve-se aqui o mesmo conceito de outros instrumentos jurídicos internacionais.

A seguir, eleva à condição de princípio a efetividade dos direitos do residente fronteiriço, reconhecendo que o desenvolvimento e integração regional devem ser regidas por tal efetividade (art. 3º, XVI), o que muito difere do antigo Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980) que era, por muitos, considerado anacrônico e em descompasso com as políticas de integração regional do MERCOSUL.

Caso seja interesse do trabalhador fronteiriço requerer residência, esta poderá ser autorizada, mediante registro que deverá ser solicitado na unidade da Polícia Federal do Município onde o residente fronteiriço pretenda exercer atos da vida civil e atividade laboral (art. 30, da Lei 13.445/2017 e art. 67, III, do Decreto 9.199/2017).

Para ingresso em Município fronteiriço brasileiro, o residente fronteiriço deve apresentar documento de viagem (passaporte) ou sua carteira de identidade expedida por órgão oficial do país de sua nacionalidade (art. 86, do Decreto 9.199/2017).

A autorização para a realização de atos da vida civil deve indicar o Município fronteiriço no qual o trabalhador fronteiriço estará autorizado a exercer os direitos a ele atribuídos pela nova Lei de Migração, que passa a ser o espaço geográfico de abrangência e de validade dessa autorização, permitida a opção por regime mais benéfico previsto em tratado de que o Brasil faça parte (art. 87 e 88 do Decreto 9.199/2017).

A autorização acima mencionada poderá ser concedida pelo prazo de cinco anos, podendo ser prorrogada por igual período, ao final do qual poderá ser convertida em autorização por prazo indeterminado (art. 90, do Decreto 9.199/2017).

Com intuito de cumprir exigência legal para exercer atividade laboral, poderá ser expedida a CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social que deve conter a inscrição de sua restrição de validade ao Município para o qual o trabalhador fronteiriço tenha sido autorizado a exercer os direitos previstos na nova Lei de Migração (art. 93, do Decreto 9.199/2017).

Combinando-se a Lei 13.445/2017, o Decreto 9.199/2017 e a Portaria nº 1, de 28 de janeiro de 1977, do Ministério do Trabalho e Emprego, podemos, resumidamente descrever o roteiro para entrada, registro, obtenção da CTPS e exercício dos direitos civis e trabalho:



- a) requerer documento especial de identidade de fronteiriço, junto à Delegacia da Polícia Federal da circunscrição da cidade fronteiriça onde se pretenda trabalhar, juntando prova de identidade, de residência no município fronteiriço limítrofe.
- b) perante a delegacia da Receita Federal, efetuar a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda;
- c) requerer à Gerência Regional do Trabalho e Emprego a Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Após esse trâmite, o trabalhador fronteiriço terá a carteira de identidade especial emitida pela Polícia Federal do Brasil, inscrição no CPF/MF, inscrição no PIS/PASEP e a CTPS, que deverá conter a inscrição da expressão “fronteiriço” em anotações gerais, e a seguinte anotação: “Permitido o exercício de atividade remunerada no município fronteiriço ao país de que é natural o titular. Vedado ao titular afastar-se dos limites territoriais do município fronteiriço ou, de qualquer modo, internar-se no território brasileiro”.

Portanto, a CTPS concedida a estrangeiro fronteiriço somente tem validade para o município fronteiriço para o qual foi admitido, terá validade enquanto o trabalhador mantiver seu status de fronteiriço, e será emitida apenas nas Delegacias do Ministério do Trabalho e Emprego, agora chamadas de Gerências Regionais do Trabalho e Emprego, situadas nos municípios limítrofes ao país de nacionalidade do solicitante.

Um aspecto digno de atenção é que a Lei de Migração não especifica nem restringe as atividades laborais que o fronteiriço pode exercer, e abre a possibilidade de exercer atividades remuneradas não limitadas à condição de empregado, mas abrangem o trabalho autônomo e profissões liberais, respeitadas as legislações pertinentes, nos termos da Constituição Federal, artigo 5º, inciso XIII.

Ao final, a Lei 13.445/2017 mais uma vez deixa claro que devem ser observadas condições mais benéficas contidas em outras fontes, como podemos extrair dos seguintes artigos:

*Art. 111. Esta Lei não prejudica direitos e obrigações estabelecidos por tratados vigentes no Brasil e que sejam mais benéficos ao migrante e ao visitante, em particular os tratados firmados no âmbito do Mercosul.*

*Art. 122. A aplicação desta Lei não impede o tratamento mais favorável assegurado por tratado em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

Percebe-se, assim, que a nova Lei de Migração (13.445/2017) apresenta-se em sintonia com a Lei dos Refugiados (Lei 9.474/97), pois ambas tratam da proteção e integração de trabalhadores imigrantes e refugiados em território nacional, de forma que os mesmos podem obter documentos, trabalhar, estudar, empreender, criar, enfim, desenvolver idênticos direitos civis que qualquer cidadão estrangeiro pode desenvolver em situação regular em nosso território.

De outro lado, a nova Lei de Migração coloca o direito migratório na condição de direito humano fundamental e garante ao migrante, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, instituindo ademais o visto temporário para a acolhida humanitária, a ser concedido ao apátrida ou ao nacional de país que, entre outras possibilidades, se encontre em situação de grave e generalizada violação de direitos humanos, situação que possibilita o reconhecimento da condição de refugiado, segundo a Lei n. 9.474/1997<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Legislação. UNHCR. ACNUR. Brasil. Pesquisa realizada no site: [www.acnur.org](http://www.acnur.org), em 27/7/2018.

## 5. DIREITOS DOS TRABALHADORES FRONTEIRIÇOS NO MERCOSUL

Há uma tendência progressiva da liberdade de locomoção e proteção jurídica do trabalho serem implementadas nos blocos econômicos regionais, a exemplo do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), que, mesmo sem uniformização legal, cria instrumentos de proteção jurídica trabalhista e previdenciária, a exemplo de Tratados entre os países signatários.

O MERCOSUL foi criado pelo Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, promulgado pelo Decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991, tendo por fundadores a Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, com um interesse inicial de fortalecimento das relações econômicas, criando um bloco econômico. No transcurso da intensificação das atividades do bloco, tornou-se inevitável tratar das relações de trabalho e livre trânsito de trabalhadores, em decorrência natural da dimensão sociolaboral das relações econômicas.

Dentre seus instrumentos de integração regional que possuem interesse ao objeto do presente artigo, destacam-se a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional e o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados-Partes do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, Bolívia e Chile, a seguir analisados.

A **Declaração Sociolaboral do MERCOSUL**, de 10 de dezembro de 1988, proclama a adoção de princípios e direitos na área do trabalho, objetivando a igualdade de direitos trabalhistas e de segurança social, independente da nacionalidade do trabalhador migrante. É mais um instrumento de proteção jurídica do trabalhador fronteiriço.

O preâmbulo da Declaração Sociolaboral do MERCOSUL reconhece que o objetivo principal de todo desenvolvimento regional é a melhoria das condições de seus habitantes, em geral, e dos trabalhadores, especificamente.

Com fulcro neste desiderato, a base irrenunciável do projeto de integração, adota entre seus princípios fundamentais a democracia, o Estado de Direito, o respeito irrestrito à Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e os direitos dos trabalhadores contidos nas Convenções da OIT, além de outros tratados que integram o acervo do patrimônio jurídico da Humanidade.

Por conseguinte, os Estados Partes passaram a adotar a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, constituída por princípios e direitos na área do trabalho, individuais e coletivos, sem prejuízo de outros que venham a ampliá-los.

Em relação aos trabalhadores migrantes, a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL estabelece que todo trabalhador migrante, independentemente de sua nacionalidade, tem direito à ajuda, informação, proteção e igualdade de direitos e condições de trabalho reconhecidos aos nacionais do país em que estiver exercendo suas atividades, em conformidade com a legislação profissional de cada país.

Especificamente em relação aos trabalhadores fronteiriços, determina que os Estados Partes comprometam-se a adotar medidas tendentes ao **estabelecimento de normas e procedimentos comuns relativos à circulação dos trabalhadores nas zonas de fronteira** e a levar a cabo as ações necessárias para melhorar as oportunidades de emprego e as condições de trabalho e de vida destes trabalhadores.

Ainda prevê que os trabalhadores do MERCOSUL tenham direito à seguridade social, de acordo com as respectivas legislações nacionais, e que os Estados Partes comprometam-se a garantir uma rede mínima de amparo social, buscando coordenar as políticas na área social, de forma a eliminar eventuais discriminações derivadas da origem nacional dos beneficiários.

Interessante observar que o texto da Declaração Sociolaboral do MERCOSUL faz nítida referência ao trabalhador fronteiriço, por tratar-se de espécie do gênero trabalhador

migrante, corroborando a tese que deve ter tratamento legal diferenciado, tratando-se de trabalhador especial com livre trânsito em ambos os lados da fronteira, o que exige tratamento jurídico diverso por parte das autoridades migratórias.

No mais, a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL trata genericamente de princípios de proteção de direitos individuais e coletivos, igualdade de tratamento, fomento do emprego e seguridade social.

**O Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa**, cujos objetivos principais são a facilitação do acesso à prestação jurisdicional nos Estados-Partes, aos cidadãos e residentes do MERCOSUL, no Brasil, foi promulgado pelo Decreto nº 2.067, de 12 de novembro de 1996, objetivando tratamento equitativo aos seus beneficiários e facilitação de atos processuais entre os países signatários.

O Protocolo prevê igualdade de tratamento processual, reconhecimento de sentenças e laudos arbitrais, inclusive trabalhistas, aceitação de documentos públicos entre as autoridades, isentos de qualquer exigência, informações sobre o direito estrangeiro, diligências e outros atos processuais.

**O Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados-Partes do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, Bolívia e Chile**, sem dúvida, representa o instrumento jurídico mais eficaz na consolidação do direito migratório dos trabalhadores, abrangendo os trabalhadores fronteiriços, na região, conforme será adiante exposto.

Promulgado no Brasil pelo Decreto nº 6.975, de 07 de outubro de 2009, tem por objetivo permitir aos nacionais de um Estado-Parte residir no território de outro Estado-Parte, mediante a comprovação de sua nacionalidade e apresentação dos requisitos previstos no Acordo.

Nos termos do Acordo, abaixo brevemente analisado, os nacionais que desejarem residir no território de outro Estado-Parte poderão requerê-lo em seu próprio país de origem ou poderão fazê-lo diretamente quando já se encontrarem no território do país de recepção, neste último caso, independentemente da condição migratória em que houver ingressado o peticionante (art. 3), o que também beneficia o trabalhador fronteiriço.

Em princípio, o interessado poderá obter autorização de residência temporária de até dois anos, mediante prévia apresentação de documentação pessoal, certidão negativa de antecedentes judiciais, penais e policiais, pagamento de taxa de serviço, conforme disposto nas respectivas legislações internas (art. 4). Neste caso, não há exigência de apresentação de carta de oferta de trabalho, conforme é exigido para os demais imigrantes, o que só corrobora o princípio da livre circulação de trabalhadores no MERCOSUL.

Posteriormente, a residência temporária poderá ser transformada em permanente, mediante novo requerimento noventa dias antes do vencimento da mesma e apresentação de comprovação de meios de vida lícitos que permitam sua subsistência e de seu grupo familiar (art. 5).

As pessoas que tenham obtido a autorização de residência têm o direito a entrar, sair, circular e permanecer livremente no território do país de recepção, possuem, ainda, o direito a exercer qualquer atividade remunerada, tanto por conta própria, como por conta de terceiros, nas mesmas condições que os nacionais do país de recepção, de acordo com as normas legais de cada país (art. 6).

O Acordo ainda prevê expressamente os seguintes direitos aos imigrantes e aos membros de suas famílias: os mesmos direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicas dos nacionais do país de recepção, em particular o direito a trabalhar e exercer toda atividade lícita; associar-se para fins lícitos, aqui se incluindo a sindicalização; reunião familiar com os membros que não sejam nacionais dos Estados-Partes; ampla igualdade de tratamento com os

nacionais do país de recepção, em especial no que concerne à aplicação da legislação trabalhista, remuneração, condições de trabalho e seguro social; direito a transferir ao seu país de origem sua renda e suas economias pessoais e acesso à educação pública em condições de igualdade com os nacionais do país de recepção.

Conforme se depreende do Acordo acima, pode ser considerado instrumento de consolidação de liberdade de circulação, instituindo verdadeiro regime de igualdade jurídica que soluciona a maioria dos problemas dos trabalhadores migrantes no âmbito do MERCOSUL (LOPES, 2013, p. 145 e seguintes).

Em atendimento aos princípios e diretrizes supracitados, os Países Membros do MERCOSUL, adicionalmente, vêm realizando acordos bilaterais destinados a incrementar procedimentos relativos à circulação de trabalhadores na fronteira, melhoria das condições de trabalho e garantia de assistência social, conforme veremos a seguir.

## **6. ACORDOS BILATERAIS CELEBRADOS PELO BRASIL SOBRE TRABALHADORES FRONTEIRIÇOS**

Outra solução atinente à proteção jurídica dos trabalhadores fronteiriços, mesmo antes da adoção de leis gerais que abranjam todas as situações e sirvam para toda faixa de fronteira do Brasil, tem sido a celebração de acordos bilaterais entre países vizinhos, que contemplem as situações específicas de suas populações em localidades fronteiriças vinculadas. Isto porque o Acordo Internacional pode ter o condão de uniformizar o Direito, e prevenir ou terminar conflitos.

O Brasil vem celebrando vários acordos bilaterais com os países vizinhos, cujos objetos abrangem trânsito de mercadorias e de pessoas, segurança, tarifas aduaneiras, políticas voltadas ao combate de prostituição infantil, drogas, dentre outros.

Os acordos relativos aos fronteiriços são regidos por alguns princípios comuns a todos eles, quais sejam: a integração e desenvolvimento regionais, a busca por soluções para o bem estar da população fronteiriça dos dois países, reconhecimento de vínculos históricos e culturais, facilitação da circulação de pessoas e proteção ao trabalhador fronteiriço.

Os Comitês de Fronteira, formados por iniciativa do Ministério das Relações Exteriores, compostos por autoridades locais, federais, estaduais, consulares e representantes da sociedade civil, possuem o objetivo crucial de implementação e acompanhamento dos acordos bilaterais.

Seus principais objetivos são implementar o acordo, operacionalizar a cooperação entre os países e adotar soluções no âmbito da região fronteiriça abrangida pelo acordo, podendo, inclusive coordenar as ações dos órgãos públicos e entidades privadas para atingir seus objetivos.

Poderão, ainda, propor soluções nas áreas fiscais, policiais, de trânsito e de infraestrutura, saúde, circulação de pessoas e projetos de desenvolvimento comum, como por exemplo, os previstos nos Comitês de Fronteira já criados pelo Brasil com Argentina, Uruguai, Colômbia e Paraguai.

Entretanto, independentemente da existência de Acordos Internacionais, nada impede que os Comitês de Fronteira sejam criados para o desenvolvimento de ações em conjunto, objetivando a cooperação nas áreas de segurança pública na fronteira, cultura, saúde e outras políticas públicas comuns.



Veremos a seguir os Acordos Internacionais celebrados pelo Brasil com o Uruguai, com a Argentina e com a Bolívia.

O **Acordo Brasil-Uruguai sobre os fronteiriços**, foi celebrado em 21 de agosto de 2002 e promulgado pelo Decreto 5.105, de 14 de junho de 2004. Tem por objeto: a permissão de residência, estudo e trabalho a nacionais fronteiriços brasileiros e uruguaios, em 09 (nove) municípios brasileiros e 09 (nove) municípios uruguaios, que formando 06 (seis) conurbações.

Aos fronteiriços dessas localidades poderá ser permitido: residir na localidade vizinha; exercer trabalho, ofício ou profissão, com as conseqüentes obrigações e direitos previdenciários; frequentar estabelecimento de ensino público ou privado.

Recentemente, em 26 de julho de 2010, através do Decreto 7.239/10, foi promulgado o ajuste complementar ao Acordo Bilateral Brasil-Uruguai, visando à prestação de serviços de saúde aos fronteiriços residentes nas localidades vinculadas, desde serviços de diagnóstico preventivo até internação e cirurgias.

A prestação dos serviços de saúde poderá ser realizada tanto pelo sistema público de saúde quanto por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, também situadas nas suas localidades vinculadas, contratadas pelos interessados de cada país.

O referido ajuste complementar também prevê o livre trânsito de ambulâncias em ambos os lados da fronteira, tolerância das autoridades quanto ao idioma utilizado na redação dos contratos, que os registros de nascimento e atestados de óbito serão fornecidos pelas partes contratadas diretamente à autoridade consular do país do contratante, livre ajuste da forma de pagamento e que o órgão encarregado da implementação do presente ajuste é a Comissão Binacional Assessora da Saúde na Fronteira Brasil-Uruguai.

Conforme se observa, as relações fronteiriças entre Brasil e Uruguai estão avançadas e são inovadoras na medida em que aos fronteiriços de cada país é assegurado o direito de residência, educação e trabalho, bem como de contratar serviços de saúde pessoal ou empresarial no país vizinho.

O **Acordo Brasil-Argentina sobre as localidades vinculadas** foi celebrado com a Argentina, em 30 de novembro de 2005, ainda não foi ratificado pelo Brasil. Entretanto, tudo indica que será o mais avançado acordo já celebrado sobre o tema no âmbito do MERCOSUL, abrangendo 10 (dez) municípios brasileiros e 09 (nove) municípios argentinos, num total de 09 (nove) conurbações.

O aludido acordo é destinado aos nacionais de ambos os países e aos residentes de outras nacionalidades. Em seu preâmbulo declara como principais objetivos facilitar a convivência das localidades fronteiriças vinculadas e impulsionar sua integração através de um tratamento diferenciado à população, em matéria econômica, de trânsito, de regime trabalhista e de acesso aos serviços públicos e de educação.

Para tanto, permite residência, estudo e trabalho aos nacionais argentinos e brasileiros residentes nas localidades fronteiriças vinculadas, institui a Carteira de Trânsito Vicinal Fronteiriço que confere amplo direito de circulação nas localidades vinculadas, permite o exercício de ofício, trabalho ou profissão, com as respectivas obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias, de acordo com as leis destinadas aos cidadãos nacionais onde a atividade for desenvolvida.

Além disso, confere direito à formação profissional, acesso ao ensino público em condições de reciprocidade, atendimento médico nos serviços públicos, simplificação dos procedimentos de circulação de mercadorias dentro da área fronteiriça.

Outro aspecto relevante é que determina a aceitação de documentos tanto no idioma espanhol quanto no idioma português por parte das autoridades, quando os beneficiários se dirigirem às repartições públicas para peticionar os benefícios dele decorrentes. Neste sentido, as partes não exigirão tradução consular dos documentos necessários à obtenção da Carteira Vicinal de Fronteiriço ou do documento de identificação de veículos.

Entre os aspectos mais inovadores e integradores do acordo encontramos os relativos à educação e ao plano de desenvolvimento urbano e sanitário conjunto.

No que diz respeito à educação, prevê cooperação por meio de intercâmbio de professores e conteúdo programático comum, em algumas disciplinas, principalmente História e Geografia, buscando ressaltar e valorizar os aspectos geográficos e históricos comuns, positivos, que uniram seus habitantes.

Em relação ao plano de desenvolvimento urbano conjunto, prevê que sejam traçadas metas de integração das cidades, de modo a configurar uma conurbação, quanto à infraestrutura, serviços e equipamentos. Neste sentido, prevê a conservação e recuperação de espaços e equipamentos públicos comuns, preservação do meio ambiente e o fortalecimento de sua imagem e identidade cultural.

Sobre a saúde pública, prevê que ambos os países deverão realizar trabalhos conjuntos no combate às epidemias e vigilância sanitária, através de seus órgãos competentes. Tudo indica tratar-se do caminho para a formação de uma identidade cultural e políticas públicas em comum.

O **Acordo Brasil-Bolívia sobre os fronteiriços**, celebrado em 08 de julho de 2004, promulgado pelo Decreto nº 6.737, de 12 de janeiro de 2009, tem por objeto a permissão de residência, estudo e trabalho a nacionais fronteiriços de ambos os países, abrangendo 04

(quatro) municípios brasileiros e 04 (quatro) municípios bolivianos, em 04 (quatro) localidades vinculadas.

Esse acordo estabelece condições semelhantes aos outros já apresentados, tais como, obtenção de documento de identidade especial de fronteiroço que permite residência exclusivamente nos limites territoriais da localidade a que se referir, nas localidades vinculadas; direito ao exercício de trabalho, ofício ou profissão, com as obrigações previdenciárias e tributárias deles decorrentes; frequência a estabelecimento de ensino público ou privado.

Corroborando o estímulo à integração contido nos demais Acordos, prevê que as autoridades de cada Parte deverão ser tolerantes quanto ao uso do idioma da outra Parte, quando seus beneficiários se dirigirem aos órgãos públicos.

Após a análise desses acordos bilaterais em que o Brasil é signatário conjuntamente com seus vizinhos do MERCOSUL, fica evidente que os princípios e as regras que a nova Lei de Migração passou a contemplar, já eram previstos nesses acordos bilaterais e nos acordos no âmbito do MAERCOSUL.

No que respeita aos acordos internacionais sobre trabalhadores fronteiriços, celebrados com seus vizinhos do MERCOSUL, a grande lacuna fica por conta da **inexistência de acordo bilateral entre o Brasil e o Paraguai**, apesar dessa faixa de fronteira ser a mais densa em termos populacionais, e a que gera o maior nível de atividade econômica, a exemplo da região formada por Cidade do Leste (Paraguai), Foz do Iguazu (Brasil) e Porto Iguazu (Argentina), formando o maior entrelaçamento da América do Sul de cidades fronteiriças.

## 7. SEGURIDADE SOCIAL DO TRABALHADOR FRONTEIRIÇO

A seguridade social dos trabalhadores fronteiriços está abrangida pelo Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul, celebrado em 15 de dezembro de 1977 e promulgado no Brasil pelo decreto nº 5.722, de 13 de março de 2006, que permite a contagem do tempo de contribuição relativo ao trabalho exercido em qualquer dos países integrantes do MERCOSUL, para efeito de aposentadoria por idade ou incapacidade e pensão por morte. Cada país signatário pagará sua parte pro rata, proporcional ao tempo de trabalho nele exercido.

Em conformidade com este Acordo, o direito à Seguridade Social é reconhecido aos trabalhadores, seus familiares e assemelhados, que tenham prestado serviços em quaisquer dos Estados Partes, nos mesmos moldes que aos nacionais desses países, sendo tais direitos e obrigações estendidos aos trabalhadores de quaisquer outras nacionalidades residentes nos países do MERCOSUL.

O trabalhador fica submetido à legislação do Estado Parte onde labora, que a aplicará para todos os efeitos de tempo de trabalho e contribuição, e concederá sua parcela pecuniária, regras estas que são aplicadas igualmente aos fronteiriços. No caso dos fronteiriços, será aplicada a legislação do país onde trabalhar.

As autoridades competentes referidas no Acordo são os titulares dos respectivos Ministérios de cada Estado Parte e as entidades gestoras são as respectivas entidades responsáveis pela seguridade social em cada país, o INSS no caso do Brasil.

Além dos períodos de seguro ou contribuição cumpridos nos territórios dos Estados Partes serem considerados para a concessão das prestações pecuniárias, também serão considerados os períodos cumpridos em qualquer outro país, desde que este tenha celebrado acordo bilateral ou multilateral com qualquer dos países do MERCOSUL.

Os períodos de seguro ou contribuição cumpridos antes da vigência deste Acordo também serão considerados, nos casos em que o trabalhador tenha períodos de contribuição posteriores a essa data e desde que tais períodos anteriores já não tenham sido utilizados para a concessão de prestações pecuniárias em outro país.

O Acordo de Seguridade Social do MERCOSUL ainda prevê disposições aplicáveis aos regimes de aposentadoria e pensões privadas, determinando que as administradoras de fundos e seguradoras deverão cumprir os mecanismos previstos no acordo, além de cooperação administrativa no que diz respeito a pedidos de exames médicos solicitados por uma Entidade Gestora de um dos Estados Partes, para fins de avaliação de incapacidade temporária ou permanente.

Em relação ao pagamento das prestações pecuniárias, cada Entidade Gestora dos Estados Partes a pagará em sua própria moeda. Para tal finalidade, as Entidades Gestoras devem estabelecer mecanismos de transferência de fundos para o país de residência do beneficiário.

Confirmando a política de aceitação de documentos no idioma original do beneficiário, previsão já consignada nos demais acordos bilaterais celebrados entre o Brasil e seus vizinhos, os documentos que sejam necessários para os fins do presente Acordo não necessitarão de tradução oficial, visto ou legalização pelas autoridades diplomáticas, consulares e de registro público, desde que tenham tramitado com a intervenção de uma Entidade Gestora ou Organismo de Ligação.

Outro ponto relevante diz respeito à possibilidade dos destinatários do presente Acordo requererem seus benefícios, e apresentarem seus documentos comprobatórios de tempo de residência, trabalho e contribuições, perante as autoridades competentes de qualquer dos Estados Partes, mesmo que as tenham cumprido em outro.

## **CONCLUSÃO**

Pelo exposto, procuramos demonstrar que em regiões de fronteira, o trabalhador fronteiro não realiza o processo migratório tradicional, com ânimo de residência definitiva ou temporária em outro país, mas exerce livre trânsito e trabalho restrito às cidades contíguas da região fronteira, com igualdade de tratamento com os demais trabalhadores nacionais, e

com trâmite migratório diferenciado e facilitado. Especificamente no caso do MERCOSUL também tem o direito de residir em ambos os lados da fronteira do município contíguo para o qual foi admitido.

O regime jurídico diferenciado dos trabalhadores fronteiriços faz sentido em decorrência do reconhecimento de que vive numa região atípica, merecedora de políticas públicas específicas, voltadas à integração regional, e em homenagem aos direitos humanos, em conformidade com as exaradas pelo MERCOSUL, Ministério da Integração Nacional e pelo Conselho Nacional de Imigração do Ministério do Trabalho e Emprego.

Profundamente instigante ao raciocínio jurídico, a peculiaridade da conjuntura do trabalhador fronteiriço tem potencial para criar mais uma situação atípica do Direito Coletivo do Trabalho. Ou seja, o art. 4º, VII, da Lei 13.445/2017 prevê a possibilidade de associação sindical, o que corrobora o direito fundamental do trabalhador fronteiriço, este estrangeiro que vem trabalhar no Brasil, sem necessariamente residir, participar da elaboração de norma coletiva (acordos e convenções Coletivas), geral, impessoal e abstrata, com potencial de vincular milhares de contratos individuais de trabalho presentes e futuros. Com certeza, tal possibilidade merece a continuidade de estudo e aprofundamento do tema objeto do presente artigo.

Outro ponto relevante para a integração e prevenção de conflitos tem sido os acordos bilaterais, como os que o Brasil celebrou com seus vizinhos, mencionados ao longo deste trabalho.

Até que instituída a Jurisdição Comunitária no âmbito do MERCOSUL, medida precursora e saneadora de eventuais injustiças sociais, entendemos que ao trabalhador fronteiriço deve ser atribuído um tratamento jurídico igualitário, sob a égide do princípio da igualdade, insculpido nos artigos 5º, caput, e 6º, da Constituição Federal, nos Tratados Internacionais e Convenções da OIT, de modo que nos municípios fronteiriços limítrofes (cidades-gêmeas) o direito desses trabalhadores, independentemente de nacionalidade, sejam absolutamente iguais.

Até que tenhamos normatizada a matéria tendente a resguardar a proteção jurídica do trabalhador fronteiriço, eventualmente por meio de uma jurisdição comunitária, a Justiça do Trabalho dos municípios fronteiriços contíguos naturalmente é competente para apreciar e julgar as reclamações dessa espécie de trabalhador.

Oportuno, finalmente, destacar que a nova Lei de Migração (13.445/2017) apresenta-se em sintonia com a Lei dos Refugiados (Lei 9.474/97), pois ambas tratam da proteção e integração de trabalhadores imigrantes e refugiados em território nacional, de forma que os mesmos podem obter documentos, trabalhar, estudar, empreender, criar, enfim, desenvolver idênticos direitos civis que qualquer cidadão estrangeiro pode desenvolver em situação regular em nosso território.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:**

BRASIL. Bases para uma proposta de desenvolvimento e integração da faixa de fronteira. Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2010. Disponível em: <[http://www.integracao.gov.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=ab3fdf20-dcf6-43e1-9e64-d6248ebd1353&groupId=10157](http://www.integracao.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=ab3fdf20-dcf6-43e1-9e64-d6248ebd1353&groupId=10157)> Acesso em 18 de junho de 2014.

BRASIL. MERCOSUL e as Migrações: Os movimentos nas fronteiras e a construção de políticas públicas regionais de integração - Brasília: Ministério do Trabalho E Emprego, 2008.

BRASIL. Proposta de Reestruturação do Programa de Desenvolvimento da Faixa de Fronteira – Brasília: Ministério da Integração Nacional, 2005.

COMISSÃO PARLAMENTAR CONJUNTA DO MERCOSUL. Declaração de Foz Do Iguaçu. I Fórum de Debates sobre Integração Fronteiriça. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/mercosul/I\\_Forum\\_Foz\\_Iguacu/declaracao.htm](http://www.camara.gov.br/mercosul/I_Forum_Foz_Iguacu/declaracao.htm) Acesso em 08/04/18, às 17h00min.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. 1ª reimp. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARDIN, Eric Gustavo. Ação racional e Cotidiano: Notas Para o Estudo dos Trabalhadores da Tríplice Fronteira. In: SILVA, R. C. Machado e. (Org.);



SANTOS, 12. M. E. P. (Org.). Cenários em Perspectiva: diversidades na Tríplice Fronteira. 1a. ed. Cascavel: EDUNIOESTE, 2011.

COMISSÃO PARLAMENTAR CONJUNTA DO MERCOSUL. Declaração de Foz Do Iguaçu. I Fórum de Debates sobre Integração Fronteiriça, 2002. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/mercosul/I\\_Forum\\_Foz\\_Iguacu/declaracao.htm](http://www.camara.gov.br/mercosul/I_Forum_Foz_Iguacu/declaracao.htm)> Acesso em: 18 mai. 2014.

CRUZ, Claudia Ferreira. Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a carta sociolaboral do MERCOSUL. São Paulo: LTr, 2006.

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

DELGADO, Gabriela Neves. Princípios internacionais do direito do trabalho e do direito previdenciário. v. 74, n. 03 São Paulo: Revista LTr, 2010.

KLAUCK, Samuel. A Fronteira do Oeste do Paraná: Narrativas de Desbravamento, Imaginários e Representações. In ARRUDA, Gilmar. Natureza, Fronteiras e Territórios: Imagens e Narrativas. Londrina: Eduel, 2005.

LIMA FILHO, Francisco das C. Trabalhador Migrante Fronteiriço. Disponível em: <<http://www.trt24.gov.br/arq/download/biblioteca/24opiniaio/Trabalhador%20migrante%20f ronteirico.pdf>>. Acesso em 23 de abril de 2014.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Direito de imigração: o Estatuto do Estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos. 1. ed. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Inmigración y derechos humanos: um análisis crítico del caso brasileño. Curitiba: Juruá, 2013.

MASSAMBANI, Vânia. A Proteção previdenciária prevista no Acordo do MERCOSUL. São Paulo: LTr, 2013.

MAIOR, Jorge Luiz. Curso de Direito do Trabalho: teoria geral do direito do trabalho. Volume: I: Parte I. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. Convenções da OIT. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MERCOSUL - MERCADO COMUM DO SUL. Acordo Multilateral de Seguridade Social do MERCOSUL, 1997.

MERCOSUL - MERCADO COMUM DO SUL. Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados-Partes do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL, Bolívia e Chile, 2002.

MERCOSUL - MERCADO COMUM DO SUL. Declaração Sociolaboral do Mercosul, 1998.

MERCOSUL - MERCADO COMUM DO SUL. Protocolo de Cooperação Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, 1992.

MERCOSUL - MERCADO COMUM DO SUL. Tratado para a Constituição de um Mercado Comum (Tratado de Assunção), 1991.

MORENO, Jonas Ratier; AFONSO, Yedda Beatriz Gomes de A. Dysman C. S. Singer. O direito internacional do trabalho e o trabalho transfronteiriço: diagnóstico e perspectivas. Revista do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul. Campo Grande, PRT 24<sup>a</sup>, v. 1, n° 1, p. 57-74, abr. 2007.

MPT-PR. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NO PARANÁ. MPT investiga exploração do trabalho de estrangeiros no Paraná. Informativo PRT9. Curitiba, PR, ano 13, n° 33, trimestral, out. 2012.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro. São Paulo: LTr, 2011.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Setiembre de 2003. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. San José de Costa Rica, 2003. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf)> Acesso em: 14 out. 2014.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. – 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das Leis do Trabalho. 42 ed. São Paulo: LTr, 2009.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; FARINA, Bernardo Cunha. A igualdade jurídica do trabalhador fronteiriço. Revista LTr: legislação do trabalho. São Paulo, Editora LTr, v. 75, n° 04, p. 395-408, abr. 2011.

SANTOS, Enoque Ribeiro; FARINA, Bernardo Cunha. A Igualdade Jurídica do Trabalhador Fronteiriço. In: Enoque Ribeiro dos Santos. (Org.). Temas Contemporâneos de Direito Material e Processual do Trabalho. 1<sup>a</sup>ed.Salvador: JusPODIVM, 2015, v. , p. 109-141.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dano moral na dispensa do empregado. 6<sup>a</sup>. Edição. São Paulo:

Ltr, 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos e BITTAR, Ricardo. Curso de Direito Processual do Trabalho. 2ª. edição. Rio de Janeiro: Forense (Grupo GEN), 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Processo coletivo do trabalho. 2ª. edição, Rio de Janeiro: Forense (Grupo Gen), 2018.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Fundamentos do Direito Coletivo nos Estados Unidos, na União Europeia e no Mercosul e a experiência sindical brasileira. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018

SILVA, Ricardo Marques; OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de. O Mérito das Cidades-gêmeas nos Espaços Fronteiriços. Revista OÍDLES, Málaga, v. 2, n. 5. Dec. 2008. Disponível em: <http://www.eumed.net/rev/oidles/05/msmo.htm>. Acesso em 13/07/10, às 0h15min.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho. Volume I, Parte I. São Paulo: LTr, 2011.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito constitucional do trabalho. 4ª. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. 3ª. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; PEDROSA, Marcelo Alves Marcondes. Uma interpretação progressista do art. 651 da CLT: o foro da prestação de serviço nem sempre é a regra. v. 74, n. 03 São Paulo: Revista LTr, 2010.

UN - UNITED NATIONS. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families. Adopted by General Assembly resolution 45/158 of 18 December 1990. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/law/cmw.htm>. Acesso em 22/09/10, às 23h40min.

UNIÃO EUROPEIA. Tratados consolidados: Carta dos direitos fundamentais. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010. Disponível em: <[http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties\\_pt.pdf](http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf)> Acesso em 18 de junho de 2014.

# IRDR, IAC E *STARE DECISIS* HORIZONTAL – SUGESTÕES REGIMENTAIS PARA EVITAR A CRIAÇÃO DE JURISPRUDENCIA CONFLITANTE

Cesar Zucatti Pritsch<sup>2</sup>

## IRDR, IAC AND HORIZONTAL *STARE DECISIS* – IMPROVEMENTS IN COURTS’ LOCAL RULES TO AVOID THE CREATION OF INCOHERENT CASE LAW

**RESUMO:** Este breve estudo, baseado em tópicos da obra "Manual de Prática dos Precedentes no Processo Civil e do Trabalho", foca a obrigação dos Tribunais de formar jurisprudência "íntegra e coerente", prevista no art. 926 do CPC de 2015, bem como os meios para cumprir tal dever após a revogação do incidente de uniformização de jurisprudência (IUJ) no processo do trabalho, pela Lei 13.467. Tendo o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e o incidente de assunção de competência (IAC) como substitutos naturais do antigo IUJ no novo CPC, examinam-se tais incidentes sob o ponto de vista da dinâmica processual nos Tribunais Regionais, buscando a compreensão de sua utilidade, natureza, eficácia, limites e procedimentos, bem como sugerindo algumas adequações nos regimentos internos dos Regionais para encaminhar a composição das divergências jurisprudenciais internas, no contexto posterior à revogação dos parágrafos

---

<sup>2</sup> O autor é Juiz do Trabalho na 4ª Região/RS e *Juris Doctor* pela Florida International University (FIU), EUA, laureado no grau *magna cum laude*, além de Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Gama Filho/RJ. Foi Procurador Federal da AGU. É professor da Escola Judicial do TRT da 4ª Região e de outros Tribunais Regionais, bem como da Fundação Escola da Magistratura do RS (FEMARGS) e Centro Universitário Ritter dos Reis (UNIRITTER), assim como de cursos de extensão e pós-graduação *lato sensu*. É palestrante, coautor de livros e autor de diversos artigos publicados em revistas jurídicas nacionais e no exterior. O presente trabalho é baseado em capítulo do livro “*MANUAL DE PRÁTICA DOS PRECEDENTES NO PROCESSO CIVIL E DO TRABALHO*”, do mesmo autor, lançado através da Editora LTr em março de 2018, aliado a algumas sugestões práticas para a implementação de regras regimentais que naturalmente levem os Tribunais à uniformização endógena de sua jurisprudência.

3º a 5º do art. 896 da CLT pela Lei 13.467/2017. **PALAVRAS-CHAVE:** Processo Civil. Processo do Trabalho. Recursos e incidentes recursais. Obrigatoriedade de uniformização de jurisprudência e de evitar a prolação de decisões conflitantes (art. 926 do CPC). Utilização do incidente de assunção de competência (IAC) ou Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

**ABSTRACT:** This brief essay, based on topics of the book "Practice Manual on Precedents in Civil and Labor Procedure", focuses on the courts' duty to create "coherent and integral" case law, pursuant art. 926 of the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015, as well as on the means to fulfill such duty after the repeal of the "jurisprudence uniformization incident" (IUJ) in labor procedural law, by Law 13467/2017. Considering the "repetitive claims solution incident" (IRDR) and the "competence assumption incident" (IAC) as natural substitutes for the former IUJ under the new procedural code, this essay will examine these incidents in the context of the dynamics of process within the appellate courts. It discusses their utility, nature, effectiveness, limits and procedures. Finally, this paper suggests some updating to the appellate courts' local procedural rules in order to naturally encourage the solution of panel splits in their case law, something specially important after the repeal of the repeal of paragraphs 3rd through 5th of art. 896 of the Labor Laws Consolidation (CLT) by Law 13467/2017. **KEY-WORDS:** Civil and Labor Procedural Law. Appeals and appellate incidentes. Duty of creating coherent and integral case law, avoiding panel splits (art. 926 of the procedural code). Using the "competence assumption incident" (IAC) or the "repetitive claims solution incident" (IRDR).

## 1 INTRODUÇÃO – IMPEDIMENTO DE NOVA JURISPRUDÊNCIA CONFLITANTE

O art. 926 e seguintes do CPC de 2015 inauguram um novo paradigma no cuidado dos tribunais com sua própria jurisprudência. Reza tal artigo que "*os tribunais **devem** uniformizar sua jurisprudência e mantê-la **estável, íntegra e coerente***". O verbo "dever" não deixa dúvida quanto à obrigatoriedade de manter a jurisprudência íntegra e coerente, portanto não conflitante ou dispersa.

Diante disso, é inafastável o seguinte questionamento: pode um órgão fracionário de um tribunal simplesmente ignorar acórdãos de seus pares dos outros órgãos do mesmo tribunal, decidindo em contrário, sem qualquer compromisso com a integridade da jurisprudência de tal tribunal? Ou deveria tal órgão fracionário, para discordar,

necessariamente se desincumbir do ônus argumentativo quanto aos fundamentos determinantes dos julgados conflitantes, ato contínuo suscitando o colegiado competente para pacificar o conflito jurisprudencial?

Considerando que, em boa hermenêutica, não se podem extirpar palavras do texto ou presumir que sejam supérfluas ou desnecessárias, a obrigatoriedade de uma jurisprudência sistêmica, íntegra e coerente, do art. 926 do CPC, impede que os órgãos fracionários de jurisdição coordenada incorram em jurisprudência conflitante sem suscitar o instrumento adequado para a sua imediata uniformização. Conforme se tratar de matéria repetitiva ou não, seriam cabíveis respectivamente os incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou de assunção de competência (IAC). Na seara do processo do trabalho, não mais se poderia cogitar do incidente de uniformização de jurisprudência (IUJ) após a revogação da referência legislativa expressa ao IUJ na CLT (§§ 3º a 6º do art. 896 da CLT) pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista). Se no processo civil o IUJ foi substituído pelo IAC e IRDR (conforme existente repetição em massa ou não), no processo do trabalho agora também inexistem quaisquer referências ao IUJ, podendo-se concluir por sua efetiva revogação.

A força do Judiciário em produzir efeitos na vida em sociedade está da força de sua jurisprudência. Se os próprios juízes não respeitam sua jurisprudência, por que haveria a sociedade de fazê-lo?

É por tal razão que nas jurisdições de *common law* existe não apenas o *stare decisis* vertical, ou a observância dos precedentes de órgãos jurisdicionais superiores, mas também o *stare decisis* horizontal, observância de precedentes pela própria corte que os emitiu (salvo nos raríssimos casos de *overruling*), e observância de precedentes de órgãos fracionários de uma corte reciprocamente, sendo os eventuais dissensos levados para uniformização *en banc*, pelos respectivos plenários (PRITSCH, 2018, p. 44).<sup>1</sup>

Por exemplo, quanto aos tribunais de “Circuitos” federais americanos, as decisões prolatadas por “painéis”(turmas) de três juízes de segundo grau não podem ser *overruled* por outro “painel” e devem ser observadas por todos os integrantes do respectivo tribunal (KANNAN, 1993, p. 755-56).<sup>2</sup> Ao contrário da praxe que imperava aqui antes do código de

---

<sup>1</sup> 4.4 Stare decisis nos EUA — quais julgados vinculam?

<sup>2</sup> Citando mais de uma dezena de acórdãos federais em tal sentido. Ver ainda 4.4.5.1 Em nível federal, uma turma não pode divergir de outra — mas sim provocar manifestação do pleno (en banc), PRITSCH, 2018, p. 46.

2015, não se permite nos EUA, à guisa de independência funcional, que turmas de um tribunal ignorem ou divirjam das demais turmas do mesmo tribunal federal. Objetiva-se que a jurisprudência de qualquer composição fracionária de uma *U.S. Court of Appeals* seja vista como uniforme e vinculante pelos jurisdicionados e juízes de primeiro grau da respectiva jurisdição. Se não fosse uniforme, não haveria como ser vinculante. Do contrário, qual dos entendimentos conflitantes vincularia? Evita-se assim a proliferação de dissenso também entre as cortes de juízes de primeiro grau (*trial courts*) e a desnecessária recorribilidade pelo jurisdicionado.

Lá, havendo divergência irreconciliável de um “painel” em relação a precedentes de outros órgãos fracionários do mesmo tribunal, é acionado o respectivo pleno (*en banc*) para *rehearing* (“re-oitiva” da argumentação das partes no recurso) no caso concreto em que surgida a divergência irreconciliável, a fim de solucioná-la, proferindo novo julgamento para o mesmo recurso, desta vez com a força precedencial da composição plenária do tribunal algo similar a nossa IAC. Em tal sentido a Regra 35 das Regras Federais do Procedimento de Apelação (*Federal Rules of Appellate Procedure — FRAP*) que menciona que o juiz do tribunal pode requerer o julgamento do recurso *en banc*, o que depende da aceitação pela “*maioria dos juízes do circuito*.”<sup>1</sup> Logo, embora as turmas não tenham liberdade para prolatar decisões conflitantes umas com as outras, tampouco estão obrigadas de forma absoluta a seguir o precedente de outra turma da qual discordem, podendo provocar a atuação uniformizadora do pleno, que caso discricionariamente aceite, terá competência funcional para (re)julgar o recurso objeto do dissenso — cuja decisão plenária, aí sim, vinculará a todos os desembargadores do mesmo tribunal.

Aqui no Brasil, como vimos, o art. 926 do CPC de 2015 impõe procedimento similar. A redação é impositiva, não se podendo presumir que uma norma seja meramente programática ou despida de cogência, como uma mera recomendação. Os juízes dos tribunais, a quem tal

---

<sup>1</sup> Regras Federais do Procedimento de Apelação (*Federal Rules of Appellate Procedure — FRAP*) Rule 35. *En Banc Determination (a) When Hearing or Rehearing En Banc May Be Ordered. A majority of the circuit judges who are in regular active service and who are not disqualified may order that an appeal or other proceeding be heard or reheard by the court of appeals en banc. An en banc hearing or rehearing is not favored and ordinarily will not be ordered unless: (1) en banc consideration is necessary to secure or maintain uniformity of the court’s decisions; or (2) the proceeding involves a question of exceptional importance. ... (f) Call for a Vote. A vote need not be taken to determine whether the case will be heard or reheard en banc unless a judge calls for a vote.* Disponível em: <[https://www.law.cornell.edu/rules/frap/rule\\_35](https://www.law.cornell.edu/rules/frap/rule_35)>.

artigo se destina, são os primeiros que devem extrair de tal norma sua eficácia plena, e não torná-la natimorta. Assim, surgindo uma questão de direito em que a turma com o recurso *sub judice* não consiga concordar com o entendimento sobre a mesma questão já prolatado pelas demais turmas do mesmo tribunal, não poderá simplesmente decidir contraditoriamente ao que outros órgãos fracionários decidiram, como se tais julgados inexistissem. Deverá suscitar o incidente apropriado, IRDR ou IAC, conforme o caso.<sup>1</sup>

Finalmente, caso a turma ou câmara eventualmente decida de forma dissonante, ignorando a jurisprudência contrária de outros órgãos fracionários do mesmo tribunal, deve haver regramento regimental impondo o art. 926 do CPC, determinando a uniformização, *ex officio* ou por provocação das partes. Uma possibilidade interessante é, por analogia ao art. 1.030, II, do CPC,<sup>2</sup> em se percebendo o dissenso interno, ainda que em exame de admissibilidade de recursos aos tribunais superiores, seja o processo devolvido à origem para retratação ou para que seja suscitado o correspondente incidente — IRDR ou IAC. A devolução de recurso de natureza extraordinária ao tribunal de origem quando verificado que a divergência é interna ao tribunal, não entre tribunais, era norma constante do salutar § 4º do art. 896 da CLT, infelizmente revogado pela Lei n. 13.467/2017. Entendemos, entretanto, que a ideia de devolução do recurso pelos tribunais superiores para unificação de sua cizânia interna é salutar e está implícita no art. 926 do CPC de 2015. Logo, temos que regionalmente os tribunais podem regular a matéria, baixando recursos à 2ª instância, para que esta cumpra o seu papel, solucionando a divergência interna seja por meio de IAC, seja pelo IRDR.

---

<sup>1</sup> Quanto ao IUJ — incidente de uniformização de jurisprudência, havia corrente majoritária que entendia como não tendo sido revogado no processo do trabalho, tendo em vista os §§ 3º a 6º do art. 896 da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.015/2014. No entanto, tais parágrafos foram revogação pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), retirando da CLT a referência expressa ao IUJ. Mais adiante, abordaremos que para aqueles que acatarem a permanência do IUJ pela via regimental, os procedimentos revogados (do CPC de 1973) não podem continuar sendo utilizados, sugerindo-se a adoção de procedimentos similares ao regramento do IRDR e IAC.

<sup>2</sup> Art. 1.030. do CPC — ... *presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: ... II — encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos;* (Incluído pela Lei n. 13.256, de 2016)



## 2 NA VIGÊNCIA DO CPC 1973, A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E A ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA ERAM SUBUTILIZADOS

O dever de uniformização de jurisprudência já constava do *codex* processual anterior. Mesmo assim, não estava sendo na prática encarado como obrigatório. O incidente de uniformização de jurisprudência (IUJ) era suscitado raramente, havendo uma geral tolerância dos tribunais com a jurisprudência pulverizada e conflitante. Inexistiam mecanismos que impusessem tal uniformização, tendo sido tradicionalmente raras as súmulas em nível de tribunais de segunda instância. Os tribunais e seus órgãos fracionários se consideravam livres para discordar, mesmo de entendimentos uniformizados ou sumulados pelo próprio tribunal ou cortes superiores, já que tais precedentes se encontravam despidos de eficácia vinculante.

O IUJ do CPC de 1973 se tratava originalmente de incidente que cindia o julgamento de um recurso, ficando a questão jurídica objeto de dúvida ou controvérsia afetada ao pleno ou órgão regimentalmente competente, e uma vez decidido o incidente, prosseguia-se no órgão fracionário, aplicando a tese fixada no incidente e decidindo-se as demais questões do recurso — resultando em uma decisão subjetivamente complexa. Competia a qualquer dos juízes do órgão fracionário, ao dar seu voto, solicitar o “*pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito*” quando houvesse divergência interna, entre os órgãos fracionários do tribunal (art. 476 do CPC de 1973). Se a turma ou câmara reconhecesse a divergência, seria suspenso o julgamento e lavrado o correspondente acórdão identificando a mesma, com cópia para todos os juízes do tribunal (art. 477). O pleno ou órgão regimentalmente competente faria novo juízo de admissibilidade do incidente e, reconhecendo a divergência, fixaria a tese a ser observada, com cada juiz emitindo seu voto em exposição fundamentada, após a manifestação do chefe do Ministério Público atuante perante o tribunal (art. 478). Caso obtida a maioria absoluta dos membros do tribunal, a tese fixada seria objeto de súmula e constituiria “*precedente na uniformização da jurisprudência*” (art. 479 do código revogado).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> CPC 1973 — Art. 476. *Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I — verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II — no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo.*

*Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.*

*Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada*

Alexandre de Freitas Câmara, à época do código anterior, já previa que, com a positivação do incidente de assunção de competência no § 1º do art. 555 do CPC de 1973 (parágrafo introduzido pela Lei n. 10.352/2001),<sup>1</sup> tenderia o IUJ a se tornar obsoleto, já que a assunção de competência seria mecanismo “*mais eficiente na prevenção ou composição dos dissídios*” jurisprudenciais, pois neste incidente não ocorreria “*uma cisão da competência, mas assunção dela*” (CÂMARA, 2006. p. 53-54).” Dizia Câmara que enquanto no IUJ um órgão fixava a solução da questão de direito e outro julga o recurso em concreto, em decisão subjetivamente complexa, no IAC a competência para julgamento do próprio recurso seria assumida pelo pleno ou órgão especial (conforme regimento interno), julgando a causa e não apenas a questão de direito. Tal técnica — antes já existente no Regimento interno do STJ (art. 14) e a partir de 2001 estendida para os demais tribunais — seria, no entender de Câmara, mais célere e efetiva, e por isso prevaleceria (*ibidem*).

Tal previsão se concretizou em parte.

O IUJ dos arts. 476 a 479 do *codex* anterior, que já era pouco utilizado em segunda instância, não foi repetido no CPC de 2015 por ser incompatível com o novo sistema um incidente de julgamento abstrato, apenas da questão de direito. Já a assunção de competência do art. 555, § 1º do código revogado, em que pese também fosse subutilizada sob a égide do regime anterior, foi repetida no art. 947 do novo código, incrementada com o efeito vinculante sobre “*todos os juízes e órgãos fracionários*” (§ 3º do mesmo artigo). Presumivelmente, entendeu o legislador ser supérflua a coexistência do IUJ com o IAC, já que este, agora dotado de efeito vinculante e atrelado ao caso concreto, o que é necessário no novo sistema de precedentes, serviria melhor ao espírito do novo regramento. Além de aprimorar o IAC, destinado aos casos não (massivamente) repetitivos, o CPC 2015 introduziu ferramenta de julgamento de controvérsias de direito surgidas em massa, em demandas repetitivas, o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR — arts. 976 a 987

---

*juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada. Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.*

*Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência. Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.*

<sup>1</sup> CPC 1973 — art. 555. *No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. § 1º Ocorrendo **relevante questão de direito**, que faça conveniente **prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal**, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o **interesse público na assunção de competência**, esse órgão colegiado julgará o recurso* (Incluído pela Lei n. 10.352, de 2001).

do novo CPC), também dotado de efeito vinculante.

Tem-se que o legislador optou por sepultar o julgamento de questões de direito em tese — como ocorria no julgamento cindido entre o colegiado do IUJ e órgão fracionário suscitante — substituindo tal instituto pelo sistema IAC-IRDR, dotando de efeito vinculante o julgamento de um caso concreto, em harmonia com a doutrina de precedentes vinculantes absorvida do direito comparado, conforme estivemos expondo anteriormente.

Não que fosse impossível amarrar a tese firmada em IUJ aos fatos subjacentes do acórdão fracionário onde suscitado o IUJ. Entretanto, a experiência demonstrou que os debates de uniformização de jurisprudência, sob este formato em plenário, sem a responsabilidade de julgar o recurso de origem, acabavam resultando em pouco ou nenhum debate pelo colegiado do IUJ acerca das nuances fáticas do caso concreto. Sob tal sistemática, um acórdão de IUJ era algo muito pobre de fundamentação acerca do caso concreto para poder guiar a aplicação (*following*) ou distinção (*distinguishing*) do precedente em comparações com os fatos dos casos concretos futuros. Tal aridez do acórdão que julga um IUJ e dá base a uma súmula contribui para que as súmulas sejam vistas como comandos normativos abstratos, como uma norma legislada (que pejorativamente podemos nominar como “súmula-lei”).

Assim, temos que o legislador andou bem em revogar o IUJ, consolidando a uniformização de jurisprudência em segundo grau através do IRDR ou IAC, conforme se tratando de questões de direito repetitivas em massa ou não, dotados de efeito vinculante a todos os juízes da respectiva jurisdição, portanto mais aptos a romper a tradicional dispersão jurisprudencial que motivou a mudança do sistema. Vejamos mais algumas considerações sobre o IAC e o IRDR, para o processo em geral, e posteriormente sobre a revogação tardia do IUJ especificamente no processo do trabalho.

### 3 INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA – IAC

#### 3.1 Origem em mecanismo de composição de divergências do STJ

O instituto em tela não é novo e já existia, inicialmente como mecanismo de composição ou prevenção de divergência interna no Regimento do STJ.<sup>1</sup> Em 2001 estendido a

---

<sup>1</sup> RISTJ, Art. 14. “As Turmas remeterão os feitos de sua competência à Seção de que são integrantes: ... II — quando convier pronunciamento da Seção, em razão da relevância da questão, e para prevenir divergência entre as

todos os tribunais por força do §1º do art. 555 do CPC de 1973 (introduzido pela Lei n. 10.352/2001).<sup>1</sup> Em tal norma, cabia a assunção da competência para julgar o recurso (o caso concreto recorrido, não apenas a tese de direito) pelo “*órgão colegiado que o regimento indicar*” quando houvesse “*interesse público na assunção de competência*”, e “*relevante questão de direito*” que tornasse conveniente “*prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.*” Em que pese subutilizado sob a égide do CPC de 1973, foi mantido no art. 947 do novo código, mas ganhou importantes novas cores, agora dotado de efeito vinculante sobre “*todos os juízes e órgãos fracionários*” (§ 3º do mesmo artigo). Vejamos seus aspectos mais importantes, conforme o CPC de 2015.

### 3.2 Legitimidade e Pressupostos

É o relator quem pode, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, requerer a remessa do processo ao colegiado competente, previsto regimentalmente (o plenário, órgão especial, seção etc.). Sua finalidade é afetar um recurso importante ou em que haja divergência jurisprudencial irreconciliável a um colegiado maior, com eficácia vinculante (conforme o § 3º). Pressupõe que, embora não haja repetitividade massiva (“*múltiplos processos.*” — e.g. como ocorreu por ocasião de alguns planos econômico do governo, cujas medidas afetam centenas ou milhares de pessoas), envolva “*relevante questão de direito*”, com “*grande repercussão social*” (art. 947, *caput*), ou “*a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal*” (§ 4º).

---

*Turmas da mesma Seção* (na redação atual, dada pela Emenda Regimental n. 24, de 2016, ainda foi acrescida no inciso III referência expressa ao IAC do CPC 2015: “III — *nos incidentes de assunção de competência*”). O Regimento interno do STF também possui dispositivo similar: RISTF, Art. 22. *O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando ... Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário. b) quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário.*”

<sup>1</sup> CPC 1973 — art. 555. *No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. § 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso* (Incluído pela Lei n. 10.352, de 2001).

### **3.3 Inapropriado para processos de massa, mas possível para questões de pouca repetitividade**

Diz o art. 947, *caput*, que a assunção de competência é admissível quando a questão de direito em que tela, em que pese de grande repercussão social, não se repita em “*múltiplos processos*.” Em tal caso não seria cabível o IAC, mas sim o IRDR, com a suspensão de tais processos. Da própria literalidade, entretanto, parece-nos claro que não é qualquer repetitividade que afasta o IAC. Afinal, sempre que se pretende prevenir ou compor divergência (§ 4º), é porque alguma repetitividade é passível de existir. Assim, a linha divisória entre o IAC e o IRDR não é a mera repetitividade, mas sim a repetitividade massiva, em números significativos. Tratando-se de questão de direito relevante e que venha a se repetir em alguns casos atuais ou futuros (do contrário, não haveria divergência a solucionar), é cabível o IAC, que é instrumento mais simplificado que o IRDR, já que ausente a suspensão de processos contendo a mesma discussão de direito — característica presente no IRDR, incidente preconizado para enfrentamento das lides de massa.

### **3.4 Excepcional repercussão social ou divergência jurisprudencial relevante**

No *caput* do art. 947 do CPC consta o cabimento em caso de relevante questão de direito com grande repercussão social. Já no § 4º, novamente consta relevante questão de direito, mas ao invés de grande repercussão social, menciona-se a conveniência de prevenção ou a composição de divergência.

A leitura conjunta de tais dispositivos mostra que o IAC cabe: *ou* nos casos de grande repercussão, *ou* quando conveniente prevenir ou compor divergência entre turmas, desde a correspondente questão jurídica não seja irrelevante ou secundária. Colocando-se de outra forma, sempre deverá se tratar de uma questão de direito relevante (não se precisaria acionar o pleno ou outro colegiado competente para uniformizar jurisprudência para questões jurídicas de importância ínfima), aí incluídas as questões de grande repercussão social e as divergências de entendimento entre turmas em uma questão de direito necessária para solucionar o recurso.

Inexistindo ainda divergência jurisprudencial efetiva, entretanto, não se pode sufocar o salutar e necessário debate, antes mesmo que tal debate ocorra. Por tal razão, a hipótese do *caput*, “grande repercussão social” deve ser interpretada estritamente, não como “alguma” repercussão social, ou “qualquer” repercussão social. Temos que para a compreensão correta da expressão “grande repercussão social”, em tal contexto, o intérprete deve ter em mente

“grande” como sinônima de *excepcional* repercussão social, sob pena de vulgarizar o instituto, dando azo à criação de decisões vinculantes no IAC sem suficiente maturação. Vejamos, com mais detalhe.

### **3.5 Foco na composição de dissensos — aspecto preventivo, antes da efetiva ocorrência de divergência, deve ser excepcional**

Andou mal o legislador ao colocar no *caput* do art. 947, denotando ser a principal hipótese de cabimento do IAC, a questão de direito “*com grande repercussão social.*” Nessa parte era melhor a redação do código anterior, que no art. 555, § 1º mencionava apenas a “*relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal*”. Questões de grande repercussão social seriam situações excepcionais que, por sua importância, receberiam atenção do órgão que uniformiza jurisprudência, antes mesmo do dissenso surgir, portanto preventivamente. No sistema de precedentes, não é aconselhável que se sufoque o debate jurisprudencial, debate este que é salutar para que se chegue ao momento de uma decisão uniformizadora vinculante de posse de todos os melhores argumentos.

A excessiva aceleração da prolação de uma decisão que corte ou sufoque o debate pode ocasionar que se engesse a jurisprudência antes mesmo que ela exista, em um determinado tema. Assim, não é demais ressaltar que a hipótese do *caput* do art. 947 deve ser vista com cautela e aplicada com prudência, apenas em casos que, em que pese não multitudinários (o que ensejaria IRDR) tenham impacto social muito grande, e.g., cujo efeito possa atingir a muitas pessoas, serviços públicos ou essenciais etc.

Pelos mesmos motivos, a prevenção de dissenso do § 4º do mesmo artigo também deve ser vista com reserva, já que, como dissemos, o debate é salutar e necessário a consolidação da jurisprudência. Assim, não se pode interpretar “*prevenir*” em tal norma como a possibilidade de remeter ao colegiado uniformizador uma questão de direito nova, antes mesmo de ser decidida por ao menos um órgão fracionário. Entendemos que “prevenir” se refere à possibilidade de uma turma, ao notar que iria decidir contra o entendimento já prolatado por outra turma — o que é vedado pelo art. 926 do CPC — suspenda o julgamento e o remeta a tal colegiado ampliado, evitando que o dissenso se forme, mediante prolação de um acórdão em IAC, vinculante.

### 3.6 Dever de uniformizar — não mera conveniência discricionária

Não podemos olvidar da obrigatoriedade de jurisprudência coerente e não conflitante (art. 926 do CPC: “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”). Assim, em uma óbvia interpretação sistemática dos arts. 947 e 926 do CPC, se percebe que o legislador incorreu em erro ao não retificar o texto herdado do art. 14 do Regimento Interno do STJ e do § 1º do art. 555 do CPC de 1973. Se a uniformização é obrigatória, não pode justamente o instrumento que se propõe a realizá-la ser tido como facultativo, conforme “*conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal*” (CPC 2015, art. 947, § 4º). Seria possível ter como um juízo de conveniência apenas o eventual uso para prevenção de um dissenso ainda inexistente (veremos adiante que tal prevenção não é recomendável), mas nunca para um dissenso existente. Trata-se de um deslize técnico, tendo-se copiado o texto do código anterior, de época em que inexistia o sistema de precedentes vinculantes, portanto incompatível com o sistema atual. No § 4º de tal artigo, ao invés de “*conveniente,*” devemos ler “*necessária*”.

Assim, em uma leitura sistemática do art. 947 com o art. 926 do CPC, havendo dissenso jurisprudencial efetivo, estando um órgão fracionário inclinado a prolatar decisão em conflito com o entendimento já externado por outro órgão do tribunal, *deverá necessariamente* o respectivo relator propor “*que seja o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar*” (§ 1º). Com isso, evita-se a ofensa ao art. 926 do CPC, assim como a derrocada de todo o novo sistema, que de nada valeria se os órgãos fracionários pudessem livremente decidir de forma conflitante.

### 3.7 Efeito vinculante e vantagem sobre o antigo IUJ

Comparando-se o IAC à antiga sistemática do IUJ, tem-se duas principais vantagens daquele sobre este. Primeiramente, o julgamento do IAC não é cindido em uma apreciação do direito em tese pelo pleno ou órgão especial, pouco preocupada com os fatos concretos do caso, como ocorria no IUJ, dificultando sua compatibilização com o sistema atual, que ancora a aplicabilidade de um precedente a casos futuros conforme a similaridade relevante entre os fatos de um e outro.<sup>1</sup> Finalmente, destaca-se a atribuição do efeito vinculante ao “*acórdão*”

---

<sup>1</sup> Ver extensa exposição sobre o tema, em 7.3.2.6 Regras de Relevância — a caracterização dos “fatos materiais” com maior ou menor abstração — categorias de assimilação — Schauer. *in* PRITSCH, 2018, p. 106-108.

*proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários,”* salvo se houver “revisão de tese” (*overruling*). Um instrumento de uniformização de jurisprudência sem efeito vinculante não estaria dotado da necessária força para mudar a longa tradição jurídica pátria de inobservância dos precedentes.

#### 4 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS - IRDR

A crônica crise do Judiciário brasileiro — com a elevadíssima recorribilidade e incontrolável dispersão jurisprudencial que sobrecarregam todo o sistema — levar a várias tentativas de reforma dando progressivamente mais força à jurisprudência, sem entretanto solucionar o problema. Não era incomum que as mesmas questões de direito, até mesmo quando já pacificadas nas cortes superiores, tivessem de ser julgadas novamente, *ad infinitum*, milhões de vezes, em sucessões de recursos que obtinham nas instâncias inferiores resultados díspares em razão da falta de vinculação aos precedentes.<sup>1</sup> Em tal grave contexto, nem mesmo a vinculação aos precedentes, isoladamente, resolveria o problema, tendo em vista o longo tempo que leva a formação de um precedente nos tribunais superiores, portanto apto a pacificar a jurisprudência nacionalmente. Seria preciso alguma ferramenta que acelerasse a formação de precedentes em casos multitudinários e gerasse economia processual. Tal economia se daria pela sustação de um trâmite desnecessário, enquanto estivesse em formação tal precedente, bem como pela aplicação imediata aos demais casos idênticos, sem por outro lado sufocar o debate jurisprudencial prematuramente, antes mesmo que se iniciasse. Nos países de *common law*, tal ferramenta inexistente, havendo de um lado a observância obrigatória de precedentes, por outro as ações coletivas (*class action*, nos EUA), mas não um instrumento de aceleração da formação e aplicação de precedentes em casos de massa. A inspiração mais próxima acabou sendo tomada do “procedimento-modelo” alemão, com a ideia da utilização de uma causa-piloto, mas aqui restringindo-se o julgamento centralizado à matéria de direito. Vejamos.

##### 4.1 Inspiração alemã — procedimento-modelo (Musterverfahren)

Leciona Dierle Nunes que a principal inspiração no direito comparado para a o IRDR

---

<sup>1</sup> Ver 3.1 Crise do sistema — explosão de recorribilidade — Poder Judiciário sobrecarregado e uma visão de processo exaurida. *in* PRITSCH, 2018, 21.



foi o procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão (NUNES, 2015). Narra o autor que o instituto surgiu em razão de demandas repetitivas de aproximadamente 15 mil acionistas que teria sido prejudicadas por informações falsas a respeito do patrimônio da Deutsche Telekom (DT), todas perante a corte distrital de Frankfurt (foro da bolsa de valores pertinente), envolvendo mais de setecentos e cinquenta advogados diferentes, e pedidos superiores a cento e cinquenta milhões de euros. Como se passaram três anos sem que uma única audiência fosse designada, parte dos autores apresentou queixa ao Tribunal Constitucional Federal por negativa de acesso à justiça, queixas que, ainda que rejeitadas, provocaram a atuação do legislador, que criou a lei de procedimento-modelo para o mercado de capitais (*KapitalanlegerMusterverfahrensgesetz* — KapMuG, em 2005). Tal lei foi a seguir incorporado ao *Zivilprozessordnung* (ZPO) (*ibidem*).

Como principais características do procedimento-modelo, pode-se dizer que se trata de um incidente (e não um processo autônomo como uma ACP ou *class action*) em que escolhido um “processo representante” (que cubra o maior número de questões fáticas e jurídicas da controvérsia), suspendendo-se as demais ações em 1ª instância, instruindo-se a demanda perante o tribunal, com audiências, produção de provas, e decisão resolvendo as questões de *fato e de direito* (não apenas o direito), e aplicando-se o padrão decisório. Este, não é aplicado mecanicamente, mas sim como um ponto de partida, um princípio de julgamento, podendo ser complementado por contraditório adicional nas causas sobrestadas, emitindo-se a correspondente decisão em cada uma (*ibidem*).

#### 4.2 Nos EUA, as lides de massa são equacionadas de um lado pelo *stare decisis*, do outro pelas *class actions*

Em nosso sistema, as lides de massa não eram solucionadas, quanto ao direito aplicável, de forma racional, já que as mesmas questões de direito faziam toda a *via crucis* até os tribunais superiores, que julgavam milhares de vezes as mesmas questões. Quanto ao ajuizamento, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor não foram capazes de criar uma ação coletiva que se difundisse a ponto de concentrar as lides de massa, em razão do rol limitado de legitimados. Lides com milhares de lesados por situações fáticas em comum continuam sendo ajuizadas em regra individualmente, abarrotando as cortes.

Nos EUA, os dois lados de tal cálculo são equacionados pelo *stare decisis* e pelas *class actions*.

Lá, por um lado tem-se a jurisprudência vinculante, que traz a segurança jurídica de que um determinado precedente das cortes superiores será aplicado em todas as instâncias inferiores. Tal desestimula o ajuizamento bem como a recorribilidade contra entendimento pacificado,<sup>1</sup> até porque as ações têm custo muito alto, e partes e advogados podem ser duramente penalizados por uma lide temerária, tornando uma aventura jurídica muito cara e perigosa.

No outro ângulo de tal raciocínio, tem-se que as ações coletivas americanas (*class actions*) são mais convidativas para a concentração das lides de massa do que as ações civis públicas brasileiras. Não estamos aqui defendendo as *class actions*, até porque a própria doutrina americana as tem criticado com relação a abusos cometidos pelos advogados que as patrocinam e o pouco ou nenhum controle exercido pela classe dos individualmente lesados. Nos limitamos aqui a constatar que, do ponto de vista sistêmico, as *class actions* se popularizaram como instrumento de lides de massa, diminuindo a pulverização dos ajuizamentos e obtendo grande eficácia social, já que grandes empresas preferem sanar espontaneamente ou mesmo preventivamente os vícios ou lesões apontados nas *class actions*, do que arcar com os graves impactos de um *judgment* negativo em tais ações, aliado à publicidade negativa e prejuízo à imagem. Quanto ao número de ajuizamentos, considerando o alto custo de um processo individual em tal sistema, é natural que muitas lesões em massa, individualmente, não compensariam o ajuizamento. Tal nicho de litigiosidade é naturalmente assumido por escritórios de advocacia que bancam o custo de tal lide em prol de uma classe numerosa de individualmente lesados, visando a obter retorno vultoso, em caso de procedência, dado o grande porte de tais ações.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Salvo se existir um bom argumento para *distinguishing*, ou em caso de dissenso (*split*) entre as cortes supremas estaduais ou circuitos federais, ou ainda, em raríssimas hipóteses, no caso de precedentes antigos para os quais o contexto social os tornou obsoletos, *overruling*.

<sup>2</sup> Nas *class actions* indivíduos lesados em direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos, ajuízam em pequenos grupos de *named plaintiffs* (autores efetivamente presentes, nominados na lide) e pedem a “certificação” como representantes de toda a classe de autores (determinável ou mesmo indeterminada) que tenham sofrido a mesma lesão. De acordo com a Regra Federal de Processo Civil — FRCP 23(a), “Um ou mais membros de uma classe pode acionar ou ser acionado como parte representante de todos os membros da classe somente se: (1) *a classe for tão numerosa que o litisconsórcio [joinder] de todos os membros seria impraticável* [NUMEROSIDADE — *numerosity*]; (2) *houver questões de direito e de fato comuns a toda a classe* [COMUNHÃO DE QUESTÕES — *commonality*]; (3) *demandas [claims] ou defesas das partes representantes forem típicas das demandas ou defesas da classe* [TIPICIDADE — *typicality*]; (4) *e as partes representantes forem justa e*

### 4.3 Ação civil pública é insuficiente para racionalizar as lides de massa — o IRDR é a nova aposta para equacionar a questão

Como dissemos antes, a perversa combinação de uma livre dispersão jurisprudencial, ausência de instrumentos efetivos para a pacificação dos entendimentos, e o insuficiente uso das ações coletivas para concentrar as lides de massa, levaram nosso sistema judiciário à exaustão, morosidade e falta de efetividade, com a proliferação do ajuizamento multitudinário de ações idênticas, assim como da subida de milhares ou milhões de recursos contendo as mesmas questões de direito. Vemos, e.g., nossas varas da Justiça Estadual abarrotadas por ações de operadoras de telefonia ou outros “grandes litigantes”, em ações que poderiam ter sido concentradas em uma lide coletiva desonerando o sistema. A situação é similar na Justiça Federal, com inúmeros questionamentos repetitivos de atos do governo, seja em matéria de servidor público, tributos, planos econômicos, etc. Já na Justiça do Trabalho, a intensa variedade fática de cada caso dificultaria o ajuizamento coletivo, mas a falta de uniformidade vinculante quanto a questões de direito comuns a milhares destes processos ajuda a abarrotar os seus tribunais regionais e o TST.

Em todos os casos, o amplo acesso à Justiça proporcionado pelo custo relativamente baixo ou a gratuidade de justiça (necessários em um país de péssima distribuição de renda como o nosso), aliado ao baixo uso das ações coletivas e a elevada dispersão jurisprudencial — acabam fazendo com que o sistema seja onerado com milhares ou milhões de ações ou recursos praticamente idênticos.

No CPC de 2015, a intenção era enfrentar o problema das lides de massa pelos dois lados. Democratizaram-se as ações coletivas pela possibilidade de conversão da lide individual em coletiva, como ocorre nas *class actions* (que iniciam como individuais, até que aceitas e “certificadas” em favor de uma classe), bem como trouxeram o efeito vinculante a um rol considerável de decisões judiciais e criaram um instituto original, inspirado no procedimento-modelo alemão, o incidente de resolução de demandas repetitivas — IRDR. Como a conversão das ações individuais em coletivas foi vetada pela Presidência da República (que optou por postergar a solução de tal problema para uma legislação específica sobre lides coletivas), mais importância ainda ganha o IRDR, no esforço para racionalizar as lides de massa.

---

*adequadamente proteger os interesses da classe* [REPRESENTAÇÃO ADEQUADA — *adequacy*]. FRCP 23(a), disponível por exemplo em: <[https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_23](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_23)>.

#### 4.4 IRDR x IAC

O incidente de assunção de competência (IAC) é o sucessor natural do antigo IUJ. Trata-se de incidente hábil a deslocar a competência funcional a um colegiado superior para dirimir divergência jurisprudencial entre órgãos fracionários (bem como para questões de excepcional repercussão social<sup>1</sup>). É o instituto do atual CPC que mais se aproxima do sistema de precedentes vinculantes dos países de *common law*, onde se julga um caso concreto cujo entendimento vincula as decisões posteriores dos juízes da mesma instância e instâncias inferiores, da respectiva jurisdição. Já o IRDR incorpora tal técnica, mais a imediata aplicabilidade a múltiplos casos pendentes sobre a mesma questão, que têm seu trâmite suspenso no aguardo da fixação do entendimento sobre a correspondente questão de direito. As diferenças entre IAC e IRDR decorrem dessa aplicabilidade imediata a múltiplos casos pendentes, típica deste último. Vejamos.

#### 4.5 Natureza de incidente processual, dependente de um caso concreto

O incidente de resolução de demandas repetitivas — IRDR — é *incidente processual e recursal*, já que pode ser suscitado pelo juiz, ainda que em primeira instância (art. 977, I, do CPC) e a tese fixada se aplica de imediato a todos os casos pendentes na área de jurisdição do respectivo tribunal, ainda que em primeira instância (art. 985, I, do CPC). Já o IAC, em que pese não possa ser suscitado na primeira instância de jurisdição, também é incidente processual e recursal, já que se aplica tanto a recursos, quanto à remessa necessária ou processo de competência originária do tribunal (art. 947, *caput*, do CPC). Por outro lado, resta claro que o IRDR não se trata de recurso nem de ação autônoma, inclusive independentemente da iniciativa das partes, podendo ser suscitado mesmo pelo juiz ou relator, *ex officio* (art. 977, I, do CPC). Trata-se, assim, de mero incidente, dependente inicialmente de um processo em concreto onde suscitado. Como já discorreremos longamente antes, a estrita vinculação aos fatos do caso concreto é uma garantia democrática de separação entre os poderes e do juiz natural, impedindo o juiz de camufladamente legislar. A função precípua do julgador é julgar um caso concreto, e o precedente vinculante dá a esta solução do caso concreto efeitos futuros ou, nos julgamentos de casos repetitivos, também efeitos presentes junto aos casos repetitivos

---

<sup>1</sup> Ver acima “3.4 Excepcional repercussão social ou divergência jurisprudencial relevante” e “3.5 Foco na composição de dissensos — aspecto preventivo, antes da efetiva ocorrência de divergência, deve ser excepcional”.

pendentes. Se decidir abstratamente, estará o juiz invadindo a seara do legislador, sem no entanto submeter-se ao sufrágio popular e ao processo legislativo, através do qual se espera que as escolhas legislativas sejam controladas pela sociedade.

#### **4.6 Desistência ou abandono pelas partes do caso concreto — necessidade de manter um caso concreto afetado ao incidente**

Sua natureza ganha um contorno *sui generis* no caso de desistência pelas partes do caso concreto em que suscitado. Tendo em vista o aspecto objetivo e interesse público na resolução de um conflito cujo interesse transborda a lide meramente individual, dizem os §§ 1º e 2º do art. 976 do CPC que “*a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente*”, em tal caso devendo o Ministério Público assumir a titularidade do incidente.

Entretanto, isto não dá carta branca para que os juízes do colegiado competente julguem abstratamente, desvinculados dos fatos “materiais” ou necessários que constavam do processo concreto abandonado ou desistido. Do contrário, como aplicar posteriormente a tese de um IRDR que não tem fatos? Interpretando-a por seu texto literal, como uma lei? Como verificar a aplicabilidade de “*precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção [fática] no caso em julgamento*” (art. 489, § 1º, VI, do CPC) em relação a tal precedente, se tal precedente não estiver ancorado em fatos? Seria o princípio do fim de nosso nascente sistema de precedentes. Nos países de *common law*, a aplicação inteligente da experiência adquirida nos precedentes — comparando seu contexto fático com o contexto dos novos casos — foi o que permitiu a longevidade milenar do sistema. Aqui, se transigirmos quanto à exigibilidade de vinculação aos fatos de *todos os precedentes, sem exceção*, abriremos brechas para que acabemos aplicando entendimentos gerais e abstratos, sob a máscara de precedentes judiciais, na realidade ilegítimas formas de legislação.

Em tal contexto, como resolver tal grave problema, tendo em vista que o legislador não cuidou de esclarecer tal dúvida ao redigir os §§ 1º e 2º do art. 976 do CPC? Parece-nos que interpretar tais parágrafos extensivamente — entendendo dispensável o caso concreto afetado em caso de desistência ou abandono das partes — não seria uma hipótese viável.

Em primeiro lugar, o próprio regramento do IRDR, no art. 978, parágrafo único, do CPC, prevê que o órgão colegiado competente para julgar o incidente e de fixar a tese jurídica “*julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente*”. Logo, há norma expressa vinculando a decisão no incidente à

simultânea decisão no caso concreto afetado, sem qualquer exceção. Em segundo lugar, todo novo regramento de precedentes depende da comparação das circunstâncias fáticas dos precedentes e do caso concreto, para viabilizar sua aplicação (*following*) ou distinção (*distinguishing*) (ver, e.g., art. 489, § 1º, VI, do CPC). Finalmente, permitir que o colegiado uniformizador decida em abstrato, sem a vinculação a um caso concreto afetado, tornaria sua decisão inútil para fins de uniformização. Sendo desnecessária para resolver um caso concreto, seria *obiter dictum*, portanto não integrando os fundamentos determinantes ou *ratio decidendi*, conforme a doutrina pacífica em matéria de precedentes.

Dispensar a presença de um caso concreto afetado, quando houver desistência ou abandono, seria um erro hermenêutico, em termos de interpretação sistemática e teleológica. Assim, restam duas possibilidades hermenêuticas:

(1) **Estaria a homologação de uma desistência ou a extinção por abandono obstados até o trânsito em julgado do IRDR.** Em razão do interesse público, que ultrapassa a lide individual, o Ministério Público assumiria a titularidade do incidente (§§ 1º e 2º do art. 976 do CPC), e reflexamente, de forma restrita apenas para fins de instrução do incidente, a titularidade do caso concreto afetado, à semelhança do que já ocorre com as ações civis públicas, onde na “*desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa*” (Lei n. 7.347/1985, art. 5º, § 3º).

(2) Caso se homologasse a desistência do caso concreto afetado, **bastaria afetar um novo caso concreto**, dentre os diversos casos suspensos no aguardo da resolução do incidente.

Tem-se como aceitável tanto uma hipótese como a outra, as quais inclusive não são excludentes, podendo o relator incumbido do incidente optar por qualquer uma destas opções, mas nunca permitir que o incidente prossiga sem um caso concreto afetado. Logo, confirma-se que o IRDR é um incidente de natureza concreta, dependente de um processo efetivamente pendente de julgamento, e nunca abstrato ou autônomo, ainda que as respectivas partes pretendam desistir ou abandonar o processo, o que seria suprido através da intervenção do Ministério Público, com ou sem a afetação de mais um caso concreto.

#### 4.7 Cabimento

Ao contrário do paradigma “procedimento-modelo” alemão, onde no processo-piloto

são dirimidas questões de direito e de fato comuns, gerando um padrão decisório a ser adaptado a cada caso concreto,<sup>1</sup> no IRDR apenas questões comuns de direito são dirimidas. De acordo com o art. 976, I, II, e § 4º, do CPC, existem quatro pressupostos a serem observados para aferir o cabimento do incidente, três positivos e um de ordem negativa: (1) controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; (2) efetiva repetição de processos que contenham tal controvérsia de direito comum; (3) que cause risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; (4) desde que inexista em tribunal superior, no âmbito de sua competência, afetação de recurso para definição de tese sobre a mesma questão de direito.

(1) **Controvérsia sobre a mesma questão “unicamente de direito”**: Não podemos olvidar que o direito, aplicado em um caso concreto, nunca está em seu estado “puro”, em tese, dissociado dos fatos. O direito se examina de forma abstrata apenas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade. Nos demais casos, sempre há o contexto fático como pano de fundo, e é nesse contexto fático que se forma o precedente que se pretende tenha efeito vinculante. O direito debatido alheio aos fatos “materiais” ou necessários do caso concreto não integra os *fundamentos determinantes*, *holding* ou *ratio decidendi*, constituindo isto sim *obiter dictum*, sem valor vinculante precedencial. Logo, quando se fala em “questão de direito”, a norma não se refere ao direito em abstrato, mas a aplicação do direito aos fatos do caso concreto, qual a qualificação ou consequência jurídica dada ao conjunto de fatos do caso concreto à vista das normas legisladas ou jurisprudenciais já existentes. Assim, não cabe IRDR para debater, e.g., a *existência* de um fato comum a múltiplas vítimas (e.g. houve falha humana quanto a um acidente aéreo ou no desabamento de uma ponte? — este debate fático poderia ocorrer no “procedimento-modelo” alemão, mas não aqui). Caberia IRDR, entretanto, para aferir a *qualificação jurídica de um fato comum* (e.g. foi ilícita a retenção da poupança por ocasião do Plano Collor?) ou de *fatos enquadráveis em uma mesma categoria* (e.g. as vendas inadimplidas podem ser excluídas da base de cálculo dos tributos X e Y?). Assim, o direito no caso concreto afetado (caso-teste ou caso-piloto) será dirimido à vista dos fatos de tal caso concreto, ainda que tendo em mente a repetitividade de tais fatos em outros processos, com a mesma dúvida jurídica. Entretanto, como veremos, a aplicação da tese do IRDR aos demais casos sobrestados

---

<sup>1</sup> Ideia não tão distante de nossa ação civil pública, onde a sentença coletiva (genérica, conforme art. 95 do CDC) acerca de direitos individuais homogêneos em regra necessita, em sede de liquidação, instrução incidental quando à peculiaridade fática de cada substituído, a fim de apurar o *quantum* devido a cada um.

ou aos casos futuros não é automática, dependendo da correspondência do contexto fático destes com o contexto fático do caso paradigma. Logo, vê-se que o IRDR resolve a questão de direito, mas em um contexto concreto, dependente dos correspondentes fatos, inexistindo debate em tese, abstrato.

(2) **“Efetiva” “repetição” de processos que contenham tal controvérsia de direito comum:** Inicialmente, salta aos olhos a palavra “efetiva”. Isto quer dizer que inexistente a finalidade de prevenir a repetição. Deve já existir repetição, não apenas um potencial futuro de se multiplicarem os processos. Inclusive, alguma repetição é até desejável, já que o debate jurisprudencial é salutar, e não deve ser engessado prematuramente, sob pena de se perder preciosa maturação dos argumentos, resultantes da dialética do processo, em várias lides. Ademais, a sistemática de suspender todos os processos com tal questão de direito, por seu caráter drástico, se afigura medida excepcional, para uso quando necessário evitar uma situação caótica, uma lide de massa, como indica o pressuposto a seguir (risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica). Assim, como já afirmamos quando examinado o IAC, para questões sujeitas a repetitividade baixa ou eventual, o IAC seria o instrumento mais apropriado, gerando precedente vinculante quando necessário solucionar divergências entre órgãos fracionários de um tribunal ou eventuais questões de grande repercussão, mas sempre sem numerosidade. Em tais casos de IAC, não há necessidade de suspensão de processos porque inexistente situação de repetição multitudinária ou desenfreada. Esta é justamente a seara do IRDR, que além de gerar precedente vinculante suspende, enquanto tramita, todos os processos contendo a mesma questão, instrumento hábil para evitar a inviabilização do Judiciário com lides de centenas ou milhares de lides idênticas. Assim, tem-se que o IRDE pressupõe *efetiva* (e não potencial) *repetitividade massiva* (e não moderada ou eventual).

(3) **Que cause “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica:** Qualquer demanda que se prolifere às centenas ou milhares traduz algum risco de decisões divergentes, e portanto à segurança jurídica. No entanto, se a mera repetitividade já fosse suficiente para configurar tal risco, então o inciso II do art. 976 seria supérfluo, não precisando constar expressamente da norma. Como em boa hermenêutica não se pode presumir que o legislador tenha utilizado palavras supérfluas, sinônimas ou inúteis, ainda mais quando lhes foi dedicado um inciso à parte dos outros pressupostos, naturalmente que o inciso II significa algo diverso que o risco decorrente apenas da elevada repetitividade. Deve haver algo a mais. Assim, temos que “risco de ofensa à isonomia e à segurança



jurídica” deve significar divisão jurisprudencial existente ou iminente, da mesma forma que a expusemos quanto à “prevenção” de divergência jurisprudencial entre câmaras e turmas.<sup>2</sup> Se existem muitas ações e/ou recursos envolvendo determinadas questões jurídicas, mas os juízes e tribunal da jurisdição julgam todos no mesmo sentido, não se pode dizer que já exista tal risco. No entanto, se ao julgar um determinado recurso, a turma se inclina a julgar em sentido contrário ao que outras turmas do mesmo tribunal já decidiram, então, à semelhança do que ocorre com o IAC, haveria risco de iminente dissenso jurisprudencial a ser “prevenido”, já que tal risco, se concretizado, ofenderia à isonomia e à segurança jurídica com a coexistência de decisões conflitantes em uma mesma jurisdição. Outrossim, ao enfrentar o processo em primeira instância, e.g., o julgador pode defrontar-se com a existência de jurisprudência das turmas do tribunal conflitante internamente, havendo portanto insegurança jurídica. Além do art. 976, II, do CPC, também o art. 926 obriga os tribunais e seus integrantes a adotarem medidas para “*uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”. Assim, combinados os arts. 926 e 976 do CPC, verifica-se ser obrigatória a instauração do IRDR em casos de massiva repetitividade de lides envolvendo a mesma questão de direito, e divergência jurisprudencial atual ou iminente entre os órgãos fracionários do mesmo tribunal.

**(4) Desde que inexistam em tribunal superior, no âmbito de sua competência, afetação de recurso para definição de tese sobre a mesma questão de direito repetitiva:** finalmente, existe o requisito negativo de que, já havendo recurso afetado em tribunal superior para a mesma questão repetitiva, não se processe o IRDR localmente, por desnecessário, já que o procedimento em tribunal superior já seria suficiente para pacificar a questão nacionalmente.

#### **4.8 Legitimidade e competência**

A legitimidade para requerer sua instauração é ampla. Por ofício ou petição dirigidos ao presidente de tribunal, podem requerê-lo, respectivamente, o juiz ou relator, as partes, o

---

<sup>2</sup> Art. 947, § 4º, do CPC. Ver ainda, retro, “3.4 Excepcional repercussão social ou divergência jurisprudencial relevante” e “3.5 Foco na composição de dissensos — aspecto preventivo, antes da efetiva ocorrência de divergência, deve ser excepcional”.

Ministério Público ou a Defensoria Pública (art. 977, do CPC). A competência funcional para proceder ao juízo de admissibilidade do incidente, bem como julgar o incidente, assim como do caso concreto a ele afetado será do “órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal” (arts. 978 e 981 do CPC).

#### **4.9 Ampla divulgação — participação ampla de terceiros**

Como o IRDR é pensado para resolver conflitos de grande porte, multitudinários tanto em relação ao presente (repetição em casos atuais, pendentes) quanto ao futuro (tendência que surjam mais ações repetitivas sobre o mesmo tema), possui um trâmite diferenciado. Por um lado, tal trâmite comporta maior publicidade, transparência e maior participação de entidades e atores sociais relevantes para a matéria debatida (*amici curiae*), tudo com o objetivo de produzir um debate mais cuidadoso, com uma decisão mais completa e melhor refletida, já que destinada à aplicação em grande número de casos presentes e futuros.

É por tal razão que a instauração e o julgamento do incidente estão sujeitos a ampla divulgação, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (art. 979, *caput*), devendo os tribunais manterem em banco de dados atualizados e repassarem informações ao CNJ (§ 1º), registrando as teses jurídicas com no mínimo os fundamentos determinantes da decisão concreta, indexando ainda as normas legisladas relacionadas (§ 2º), da mesma forma que ocorre nos recursos repetitivos nos tribunais superiores (§ 3º).

Quanto à ampla participação no incidente, o relator admitirá que a partes e os demais interessados, juntem documentos e requeiram diligências, seguindo-se manifestação do Ministério Público, e eventual audiência pública para oitiva de depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (art. 983 do CPC). Na audiência de julgamento ainda será permitida a sustentação oral do autor e o réu do processo originário, do Ministério Público, e dos demais interessados (art. 984, *caput*). Veja-se aqui novamente o cuidado que o legislador teve para que o IRDR tivesse um contraditório ampliado, com participação de *amici curiae*, característica típica das decisões de grande envergadura, como até há pouco só existia perante os tribunais superiores.

#### 4.10 Fundamentação exauriente enfrentando todos os argumentos das partes — voto vencido

O art. 984 comporta ainda uma exigência especial de fundamentação, mais rigorosa do que aquela do art. 489, § 1º, do CPC. Aqui, o conteúdo do acórdão deverá abranger “*a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários*” (art. 984, § 2º). Trata-se de mais uma cautela, atinente ao presumível grande alcance da decisão: não apenas se permite amplo contraditório com a presença de todas as entidades com pertinência temática com o objeto debatido (semelhante ao que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade), mas também se obriga o colegiado a enriquecer o debate enfrentando todos os argumentos levantados pelas partes e pelos interessados, inclusive os argumentos contrários, já que estes serão de extrema relevância para melhor compreensão dialética da controvérsia, quando chegar à instância superior, para unificação nacional. Como se trata de um julgamento para resolver dezenas, centenas ou milhares de processos, não deve haver pressa ou açodamento. Ao contrário dos julgamentos rotineiros, onde os juízes não se podem dar ao luxo de dispender excessivo tempo em um determinado processo, em prejuízo dos demais, o IRDR é um processo diferenciado, já que destinado a formar precedente de alcance multitudinário, devendo ser tratado com a devida cautela, inclusive quanto à fundamentação exauriente preconizada no art. 384, § 2º.

Finalmente, quando se diz “*a análise de todos os fundamentos suscitados ... sejam favoráveis ou contrários*” (art. 984, § 2º), isso indica duas situações. Em primeiro, o voto condutor deverá consignar robustamente os fundamentos que levaram a maioria a acatar a tese vencedora, bem como explicar por que rejeitaram os argumentos relevantes contrários. Em segundo lugar, os que votaram com a minoria terão oportunidade de consolidar seus argumentos, da mesma forma fundamentando robustamente por que votaram no outro sentido, apresentando ainda o motivo pelo qual os argumentos da maioria não seriam válidos. O voto vencido (*dissenting opinion*) é parte importante do acórdão (art. 941, § 3º do CPC), e geralmente considerado valioso na tradição do *common law*, ajudando a aclarar e contrastar a argumentação vencedora, e muitas vezes servindo de base para eventual *overruling*, seja por meio da reforma, em instâncias superiores, seja por superação em casos futuros. O *dissent* de hoje pode ser o *majority opinion* de amanhã.

#### **4.11 Técnica de processo de massa — suspensão de lides idênticas enquanto aguardam solução centralizada**

Uma outra característica distintiva do IRDR é a suspensão de todos os processos sobre a mesma questão repetitiva, no aguardo da fixação da tese no incidente, com base no caso concreto afetado para julgamento. Em tal senda, admitido o incidente, o relator deve suspender todos os processos pendentes que tramitam no Estado ou na região (art. 982, I), comunicando aos correspondentes órgãos jurisdicionais (art. 982, § 1º). Superado tal prazo, entretanto, cessa a suspensão caso ainda não julgado o incidente (art. 980, parágrafo único) ou caso julgado mas não for interposto recurso especial, de revista ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente (art. 982, § 5º).

Já a dicção do § 3º do art. 982, ou suspensão nacional de todos os processos sobre o tema julgado em IRDR em um Tribunal de Justiça ou Regional, deve ser vista com ressalva. Como já dissemos antes, algum debate é necessário para a maturação da jurisprudência, e isto se constrói de baixo para cima. Por tal razão, uma medida drástica como o IRDR, que aborta tal discussão, suspendendo todos os processos sobre um determinado tema, não deve ser promovida prematuramente, sem oportunizar tal debate suficientemente, sem ao menos permitir o debate inicial na primeira instância. Temos que o momento ideal para suscitar o IRDR seria aquele em já existe uma determinada corrente de entendimento de órgão(s) fracionário(s) de um tribunal, e outra turma chegou a uma conclusão divergente, de forma irreconciliável. Assim, ao invés de lançar um julgado dissonante e dividir a jurisprudência regional, seria o momento de suscitar o IRDR (mesmo momento em que seria o caso para IAC, em situações não repetidas em massa), provocando a unificação da jurisprudência regionalmente em caráter vinculante. Seria salutar permitir a mesma rotina, ou seja, um mínimo de debate, em cada Tribunal de Justiça, ou em cada Regional. Logo, a imediata suspensão nacional de todos os processos sobre um tema, a partir de seu debate em apenas um Regional ou TJ, constituiria medida antidemocrática, dando a apenas um tribunal o poder de formatar o debate que depois, presumivelmente, seria levado a um tribunal superior, para estabelecer o precedente a ser observado nacionalmente. Assim, melhor que se evite tal extensão da suspensão nacionalmente, permitindo que mais de um tribunal enriqueça o debate, produzindo robustas discussões quanto a todos os argumentos e nuances envolvidas na questão de direito a se unificada.

Por tal razão, entendemos que a hipótese prevista nos art. 982, §§ 3º e 4º, é em regra nociva e, se for efetivamente utilizada, tal deverá ser feito em hipótese de extrema excepcionalidade, talvez para evitar algum caos ou comoção que leve a milhões de ações simultâneas. Fora de tal extrema excepcionalidade, não vemos razão para que não se siga o

caminho normal, liberando-se cada tribunal para decidir, até que unificada a questão em tribunal superior.

#### **4.12 Conteúdo da decisão — exauriente mas concisa — ancorada nos fatos do caso concreto afetado ao incidente**

Uma primeira consideração, tendo em vista que o acórdão do IRDR se destina a orientar a solução de uma grande quantidade de processos atuais ou futuros, é que a fundamentação deve ser cuidadosa e exauriente, sem perder em concisão e clareza. Um acórdão enxuto, e.g. de 5 ou 10 laudas, consolidado pelo relator, sem repetições ou transcrições desnecessárias, direto ao ponto, poderá ter enorme eficácia social, sendo lido e relido por milhares de pessoas, mesmo fora do universo dos profissionais do direito. Em contraste, um acórdão de 180 páginas, com votos separados para cada votante, com repetições, transcrições e argumentação não consolidada, dificilmente será lido em detalhe. A experiência demonstra que, na pressa do dia a dia profissional, tal precedente será lido apenas superficialmente, quiçá apenas sua ementa ou tese. Quem teria tempo para se deleitar na leitura de tais 180 páginas? Assim, paradoxalmente, quanto maior a fundamentação, menos será ela difundida e conhecida. Assim, sem perder de vista a necessidade de concisão, clareza e legibilidade, o acórdão do IRDR deve analisar “*todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários*” (CPC art. 984, § 2º). Isto ocorre por três razões: (1) o cuidado especial que merece uma decisão que terá tão amplo alcance e que se destina a proporcionar segurança jurídica (e não criar mais dúvida, litigiosidade e insegurança); (2) melhor orientar as dúvidas que inevitavelmente surgirão quando de sua aplicação a outros casos; e (3) enriquecer o debate nas instâncias superiores, se e quando tiver de ser uniformizada a questão em nível nacional.

Isto não quer dizer que eventuais argumentos absurdos, irrelevantes ou fora do ponto devam merecer atenção do órgão julgador. A melhor interpretação para o art. 984, § 2º, do CPC, é que tal obrigatoriedade se limita aos argumentos efetivamente vinculados à questão jurídica debatida, já que o enfrentamento de questões desnecessárias à decisão do caso seria *obiter dictum*, portanto destituído da condição de *fundamento determinante*. Tal é a posição do STF, que sugeriu, e do Legislativo, que acatou durante o *vacatio legis* do Código a alteração de análogo dispositivo quanto aos recursos extraordinários e especiais repetitivos. A redação do § 3º do art. 1038 revogada pela Lei n. 13.256/2016 era “*O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários*”. No entanto, a redação que efetivamente entrou em vigor, por força de tal alteração, é “*O conteúdo do acórdão*

*abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida.*” Conforme esclareceu o senador Blairo Maggi, relator do respectivo projeto de lei, “*O atual [ora revogado] texto do § 3º do art. 1.038 do novo Código merece ser aprimorado, para esclarecer que, na verdade, a análise dos fundamentos relevantes satisfaz o dever de fundamentação*”.<sup>3</sup> Obviamente, a mesma compreensão se deve ter quanto ao art. 984, § 2º, uma vez que se trata de situação idêntica, em que pese o legislador tenha olvidado promover o mesmo esclarecimento que fez no texto do art. 1.038, § 3º do Código.

Quanto aos argumentos pertinentes mas fracos ou temerários, suficiente será a mera menção e afastamento (*raise and dismiss*), em não mais que uma frase. Já quanto aos argumentos sérios ou fortes, favoráveis ou contrários à tese discutida, a fundamentação exauriente é no sentido de completude, não no de extensão. A fundamentação não precisa ser longa para ser completa. Antes pelo contrário, o argumento demasiado extenso perde foco e poder de persuasão. Longas transcrições de julgados anteriores, diversas ementas, etc, acabam sendo uma fuga do raciocínio e um fator de distração tanto para o redator quanto para o leitor de um texto jurídico. Na tradição jurídica brasileira, não é incomum que o raciocínio jurídico se perca em intermináveis transcrições de julgados anteriores. Isto não é fundamentar. Reportamo-nos à nossa recomendação,<sup>4</sup> de fundamentação concisa, limitando transcrições a um mínimo, preferencialmente, aglutinando no fluxo do texto dos parágrafos a paráfrase das normas legisladas e dos trechos pertinentes das *rationes decidendi* dos casos envolvidos. A transcrição literal seria conveniente apenas quanto a expressões ou certas partes de frase onde, por sua eloquência, haveria empobrecimento do texto pelo não uso de sua literalidade. Para comodidade do leitor, repetimos abaixo um exemplo antes mencionado de tal técnica de paráfrases e curtas transcrições, possibilitando a formação de um argumento conciso e claro, sem repetições desnecessárias:

Como deixamos claro em *Meritor Savings Bank, FSB v. Vinson, ...*, este dispositivo “*não está limitado à discriminação ‘econômica’ ou ‘tangível’*. A expressão ‘termos, condições e privilégios de emprego’ evidencia a intenção do legislador no sentido de ‘atingir todo o espectro de tratamento díspar de homens e mulheres’ no emprego,” o que inclui fazer pessoas trabalharem em um ambiente laboral hostil ou abusivo. *Id.*

---

<sup>3</sup> PARECER N. 1035, DE 2015, do Relator do PLC 168/2015, Senador Blairo Maggi. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3994977&disposition=inline>>.

<sup>4</sup> Ver em tal sentido 8.4 Equilíbrio entre a complexidade da fundamentação completa com precedentes e a necessária concisão. in PRITSCH, 2018, p. 130.

at 64, citando *Los Angeles Dept. of Water and Power v. Manhart*, ... Quando o local de trabalho está permeado de “intimidação discriminatória, ridicularização e insulto, ...”, que são “suficientemente severos ou amplos a ponto de alterar as condições de emprego da vítima e criar um ambiente de trabalho abusivo”, ..., o Título VII foi violado<sup>5</sup> (suprimimos as indexações dos julgados nos repositórios de jurisprudência americanos, marcando com reticências).

Em segundo lugar, deve a fundamentação do IRDR utilizar os fatos concretos do caso-piloto para a chegada à conclusão e para a fixação da tese a ser utilizada nos casos repetitivos. Em que pese destinado a solucionar uma grande quantidade de casos pendentes e futuros, é importante reiterar a observação de que o IRDR não é um julgamento abstrato (como uma ação direta de inconstitucionalidade, por exemplo), depende do caso concreto a ele afetado, já que um incidente, e não uma ação autônoma.<sup>6</sup> Tanto é assim que diz o parágrafo do art. 978 do CPC, expressamente, que o colegiado incumbido do incidente igualmente julgará “o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”. Todo o novo regramento de precedentes depende da comparação das circunstâncias fáticas dos precedentes e do caso concreto, para viabilizar sua aplicação (*following*) ou distinção (*distinguishing*) (ver, e.g., art. 489, § 1º, VI, do CPC). Ademais, caso se permitisse que o colegiado uniformizador decidisse em abstrato, sem a estrita vinculação a um caso concreto afetado, isso seria ilegítima delegação para legislar, bem como tornaria sua decisão inútil para fins de uniformização, já que se fosse desnecessária para resolver um caso concreto, seria *obiter dictum*, não integrando a parte vinculante da decisão, consubstanciada nos fundamentos determinantes.

#### 4.13 Eficácia ou alcance da decisão em IRDR

A tese jurídica fixada no IRDR alcança, dentro da mesma jurisdição, tanto os processos pendentes (objeto de suspensão quando admitido o processamento do incidente) quanto os casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito (art. 985 do CPC). Em relação à concessionárias de serviços públicos, se o incidente tiver por objeto questão relativa ao respectivo serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será também

---

<sup>5</sup> *Harris v. Forklift Sys*, 510 U.S. 17, 21 (1993). Ver transcrição completa traduzida mais adiante em 9.7.3 Tradução — *Harris v. Forklift Sys, Inc.*, 510 U.S. 17 (1993).

<sup>6</sup> Ver, acima, “4.5 Natureza de incidente processual, dependente de um caso concreto”.

comunicado ao órgão, ao ente ou agência administrativa reguladora competente para a fiscalização da efetiva aplicação, por parte das concessionárias, da tese adotada no IRDR (§ 2º).

#### 4.14 Revisão (overruling)

O *overruling* ou revisão da tese jurídica firmada em IRDR poderá ser feito pelo mesmo tribunal, de ofício ou provocado pelo Ministério Público ou Defensoria Pública (art. 986 do CPC). Em que pese o CPC não tenha sido explícito quanto aos critérios que ensejariam tal revisão, é natural que não basta a mera mudança de composição do colegiado ou arrendimento, sob pena de ofensa ao art. 926 do CPC. Incumbe aos tribunais zelar pela estabilidade do direito, devendo “*uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente* (art. 926 do CPC).

Logo, uma vez uniformizado o entendimento em determinado sentido, não se pode alterá-lo novamente a cada mudança de ideia ou de composição da corte, sob pena de se esvaziar a própria credibilidade e utilidade dos precedentes, enquanto fatores de pacificação social e segurança jurídica (DUXBURY, 2008. p. 116-19).<sup>7</sup> É por isso que, por exemplo, o art. 927 do CPC denota o cuidado com o qual se deve cogitar de alterações de precedentes, podendo serem tais alterações precedida de audiências públicas, com intervenção de *amici curiae* (§ 2º), autorizando a modulação de efeitos para a alteração da jurisprudência e dos tribunais superiores ou oriunda de casos repetitivos (§ 3º).

Disse o legislador, no art. 927, § 4º, do CPC, que a modificação de súmula, jurisprudência pacificada ou de tese adotada em casos repetitivos exige “*fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da*

---

<sup>7</sup> Duxbury observa que um processo rígido para *overruling*, geralmente auto-imposto pelas cortes, é parte indissociável da doutrina do *stare decisis* — uma salvaguarda para evitar a injustiça, ineficiência ou outras fragilidades do sistema que adviriam de ter de julgar todos os pontos de direito como do zero, com completa discricionariedade e ignorando a experiência judiciária acumulada, arduamente adquirida. No entanto, a corte pode chegar à conclusão que seu precedente é inapropriado ou que a realidade social se alterou de maneira que tal precedente não é mais bem-vindo. Tendo como norte a estabilidade e segurança jurídica, observa que as cortes *overrule* seus precedentes por motivos mais fortes que a mera discordância ou alteração da composição do tribunal, mas sim visando um significativo melhoramento do direito, sem prejudicar o direito daqueles que se portaram em conformidade com o entendimento anterior, ou ainda para corrigi-los para estarem em conformidade com alterações legislativas posteriores. Ver ainda, 7.6 Superação (overruling), in PRITSCH, 2018, p. 116.



*confiança e da isonomia*” (§ 4º). Não explicitou, entretanto, o que viria a ser tal fundamentação suficiente para autorizar a superação de um precedente.

No entanto, apenas cerca de um ano antes, o mesmo legislador, em lei destinada a modificar o processo do trabalho, autorizou a revisão de tese firmada em julgamento de recursos repetitivos “*quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica*” (§ 17 do art. 896-C da CLT, introduzido pela Lei n. 13.015/2014). Em se tratando de norma sobre o mesmo assunto, ainda mais que editadas num intervalo de cerca de apenas um ano, nada impede que se utilize § 17 do art. 896-C da CLT para complementar o sentido das referências à superação de precedentes contidas no CPC, forte na interpretação sistemática de tais dispositivos.

#### **4.15 Recurso em face da decisão do incidente e do respectivo caso afetado**

Diz o art. 987 do CPC que do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial (ou recurso de revista, no processo do trabalho, art. 15 do CPC). Tal recurso tem efeito suspensivo e se presume desde já sua repercussão geral, em caso de recurso extraordinário (§ 1º — presunção não absoluta, já que o art. 1035, § 3º, II, foi revogado pela Lei n. 13.256/2016 justamente para que o STF mantivesse a liberdade para decidir quais recursos extraordinários conteriam “*matérias de grande relevância econômica, política, social ou jurídica*”<sup>8</sup>). A tese jurídica adotada pelos tribunais superiores no julgamento de mérito de tais recursos será aplicada no território nacional a todos os processos sobre idêntica questão de direito (§ 2º).

O que quis dizer o legislador com “*do julgamento do mérito do incidente do incidente caberá recurso extraordinário ou especial*”? Quanto a outros incidentes como o incidente de assunção de competência (art. 947) e o incidente de arguição de inconstitucionalidade (arts. 948-949), não há qualquer detalhamento especial sobre recursos, seguindo-se o regramento ordinário de recorrer da decisão de segundo grau como um todo, no caso concreto onde

---

<sup>8</sup> “O inciso II do § 3º do art. 1.035 do novo Código deve ser revogado, por presumir, de modo absoluto, que há repercussão geral quando o acórdão recorrido tiver sido proferido em julgamento de casos repetitivos. Ora, o STF deve ter liberdade para verificar se realmente o recurso extraordinário veicula matérias de grande relevância econômica, política, social ou jurídica. O mero fato de haver demandas repetitivas não é suficiente para caracterizar essa relevância”. PARECER N. 1035, DE 2015, do Relator do PLC 168/2015, Senador Blairo Maggi. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3994977&disposition=inline>>.

surgido o incidente, aí incluída a insurgência em face do resultado do incidente — afinal, trata-se de um incidente do respectivo caso concreto.

Entendemos que, da mesma forma que o IAC ou que o incidente de arguição de inconstitucionalidade, *seu julgamento de mérito será recorrido no bojo do caso concreto* em que suscitado, juntamente com o mesmo. Quis o legislador apenas registrar algumas peculiaridades ou exceções em relação às regras normais dos recursos para os tribunais superiores (suspensividade do recurso, repercussão geral presumida e extensão nacional de seus efeitos, conforme parágrafos do art. 987), mas não alterar sua natureza, transformando-o numa ação autônoma abstrata (como uma ação direta de inconstitucionalidade), nunca pretendendo que o incidente prossiga desvinculado do caso concreto afetado.

Antes pelo contrário, o parágrafo único do art. 978 do CPC é claro ao estabelecer que o colegiado competente julga o incidente em conjunto com o subjacente recurso. Ademais, não faria sentido tornar abstrato o IRDR, desvinculando-o do caso concreto, quando o recurso extraordinário é um recurso concreto, assim como os recursos repetitivos nos tribunais superiores são todos vinculados a casos concretos a eles afetados. O recurso extraordinário com repercussão geral é por natureza um recurso em controle difuso de constitucionalidade, portanto atacando um caso concreto. Já os recursos repetitivos nos tribunais superiores, em que pese destinados à aplicação multitudinária, não prescindem da afetação de efetivas lides concretas, representativas da controvérsia, com “*abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida*” (art. 1036, §§ 5º e 6º, do CPC).

Assim, inarredável a conclusão de que o recurso mencionado no art. 987 do CPC abrange ao mesmo tempo a questão jurídica ou tese fixada no incidente, e a aplicação concreta de tal tese no caso concreto afetado, julgada simultaneamente pelo colegiado competente.

Um outro imbróglio jurídico seria quando ocorrente a exceção prevista nos §§ 1º e 2º do art. 976 do CPC, quando “*a desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente,*” sendo sua titularidade assumida pelo Ministério Público. Caso se admitisse o prosseguimento do IRDR abstratamente, sem o vínculo com o caso concreto desistido, admitir-se-ia um recurso aos tribunais superiores abstrato, apenas para questionar em tese o precedente formado? Ou a recorribilidade ocorreria a partir da aplicação concreta da tese fixada em um dos processos repetitivos sobrestados (CUNHA; DIDIER JR, 2017, p. 324-25)?<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Esse é a problematização proposta por Cunha e Didier Jr, inclinando-se pela recorribilidade abstrata, desvinculada de qualquer caso concreto, alegando evolução da jurisprudência no sentido de admitir interesse

Tal pergunta resta prejudicada, entretanto, uma vez que a hipótese excepcional de desistência ou abandono pelas partes do processo inicialmente afetado não autoriza o tribunal a julgar o incidente abstratamente, criando norma no vácuo fático, como se legislador fosse. Precedentes são soluções de casos concretos repetidas em outros casos concretos — do contrário seriam leis, afetando o princípio da separação dos poderes. Ademais, como dissemos antes, todo novo regramento de precedentes depende da comparação das circunstâncias fáticas dos precedentes e do caso concreto, para viabilizar sua aplicação (*following*) ou distinção (*distinguishing*) (ver, e.g., art. 489, § 1º, VI, do CPC), e a prolação de uma decisão abstrata, não atrelada a um caso concreto, não seria *fundamento determinante* de nada (não seria necessária para a decisão de uma lide concreta), logo seria *obiter dictum*, sem força vinculante precedencial. Anteriormente sugerimos que, para evitar o trâmite abstrato do IRDR, ante a desistência ou abandono pelas partes, poderia ser afetado um novo caso concreto contendo a mesma questão de direito repetitiva, ou suspensa ou obstada a homologação de desistência, prosseguindo o processo concreto através da solução dada pela lei — a condução pelo Ministério Público.<sup>1</sup> Logo, também na hipótese de pedido de desistência o processo concreto afetado prosseguiria ativo — seja com a promoção pelo *parquet*, seja com a afetação de outro processo repetitivo — da mesma forma ensejando recurso aos tribunais superiores em concreto, ou seja, quanto a uma efetiva lide, aí contida a discussão do incidente.

## 5 VANTAGENS COMPARATIVAS DO IRDR E DO IAC AO INVÉS DO REVOGADO IUJ

Além do efeito vinculante em sentido estrito, existe outra vantagem comparativa da dupla IAC-IRDR sobre o antigo IUJ — sua fundamentação. A fundamentação do IUJ, cindida do caso concreto apenas para firmar a “interpretação a ser observada”, e com todos os juízes votando em separado (art. 478 do CPC 1973)<sup>2</sup> na prática resultando em diversas

---

recursal na própria formação do precedente. Discordamos de tais autores, entretanto, uma vez que o sistema de precedentes brasileiro, na esteira da uníssona doutrina internacional sobre o tema, é todo atrelado aos fatos dos casos concretos, uma vez que precedentes são soluções de casos concretos repetidas em outros casos concretos — do contrário seriam leis, afetando o princípio da separação dos poderes.

<sup>1</sup> Ver com mais detalhe, retro, “4.6 Desistência ou abandono pelas partes do caso concreto — necessidade de manter um caso concreto afetado ao incidente.”

<sup>2</sup> CPC 1973, art. 478 — *O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada,*

fundamentações áridas e sucintas, sumarizando repetitivamente o principal fundamento que cada desembargador costumava utilizar e suas decisões prévias sobre o tema, contra ou a favor da tese debatida. Nada havia de errado com isso, pois atendia aos princípios informadores do instituto sob o código anterior, que nada mais era do que a sedimentação meramente persuasiva da jurisprudência majoritária.

Dentro do novo paradigma de jurisprudência vinculante, entretanto, tal fundamentação não serve. A fim de que se possa impor um determinado entendimento, mesmo a um juiz que dele discorde,<sup>1</sup> tal entendimento tem de ser muito claro, esclarecedor, com um aprofundamento quanto aos argumentos favoráveis e contrários, e sua amarração aos fatos do caso concreto, permitindo uma comparação responsável e honesta com o caso futuro. Do contrário, salvo em casos óbvios, pode ser difícil saber se realmente seria o caso de aplicação do precedente (*following*) ou de distinção (*distinguishing*), técnicas basilares do novo sistema.

Tal fundamentação cuidadosa e exauriente (quanto aos argumentos relevantes) é justamente o tipo de fundamentação que o procedimento especial dos novos incidentes foi projetada para atingir, comportando a participação das partes originais dos casos concretos afetados, do Ministério Público e de *amici curiae*, envolvendo sustentações orais e mesmo audiências públicas. Enfim, trata-se de um procedimento destinado a produzir um profundo debate, essencial a decisões que terão um amplo impacto presente e futuro, talvez a centenas ou milhares de casos.<sup>2</sup>

Assim, ao canalizar a uniformização de jurisprudência dos TRT's para os incidentes IAC ou IRDR, ao invés do extinto IUJ, procedimentaliza-se um acórdão de maior qualidade precedencial, rompendo a tradição de uniformizar entendimentos com debates quase em tese, estranhos à típica função jurisdicional, que é dizer o direito em casos concretos, e não legislar em abstrato. O procedimento dos novos incidentes estimula o debate e contraditório mais amplos, autorizando a participação de atores sociais com interesse e *expertise* nas questões em disputa, e ainda facilita um maior aprofundamento argumentativo, tendo em vista que, ao invés

---

*cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.*

<sup>1</sup> Esta é a verdadeira eficácia vinculante — se não impusesse a quem dela discorda, seria persuasiva.

<sup>2</sup> Sobre a fundamentação exauriente em IAC e IRDR, quanto a todos os argumentos relevantes, ver acima 4.12 “Conteúdo da decisão — exauriente mas concisa — ancorada nos fatos do caso concreto afetado ao incidente”.

de cada desembargador votar em separado com fundamentação compactada, se direciona a análise dos fundamentos contra e a favor no voto da maioria, sendo ainda designado um redator para os eventuais votos dissidentes (art. 941, § 3º, do CPC), também de forma concentrada, técnica similar à adotada nas cortes norte americanas, facilitando a posterior pesquisa jurisprudencial e aplicação de tais precedentes.

## 6 PECULIARIDADE PROCEDIMENTAL NA UNIFORMIZAÇÃO “A POSTERIORI” NO PROCESSO DO TRABALHO

Uma última consideração se faz necessária quanto à adaptação do IRDR e do IAC à uniformização “*a posteriori*” provocada quando do exame de admissibilidade de recursos de revista (antes com os §§ 4º e 5º do art. 896 da CLT, mas mesmo após sua revogação tal uniformização pode remanescer, se mantida pela via regimental). Como compatibilizar o procedimento, já que tanto o IAC quanto o IRDR não são abstratos (e portanto dependem de uma lide em concreto), se o correspondente processo já foi julgado pelo TRT?

A questão não é intransponível. O próprio § 3º do art. 896 da CLT (ora revogado) previa a necessidade de adaptação do procedimento do direito processual comum (quando referia “*no que couber*”), havendo ainda os arts. 15 do CPC e 769 da CLT, que autorizam expressamente a aplicação subsidiária e supletiva do CPC.

Em tal senda, surgem duas opções. A primeira seria a *afetação de um novo caso* concreto, que ainda não tenha sido julgado em segundo grau, por aplicação analógica da regra de afetação dos recursos repetitivos, art. 1037 do CPC.

A segunda opção seria o *juízo de retratação*, por aplicação também analógica do art. 1030, II, do CPC. De acordo com tal regramento, após receber um recurso extraordinário ou especial e respectivas contrarrazões, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do STF ou STJ exarado em regime de repercussão geral ou de recursos repetitivos, o presidente (ou vice-presidente) do tribunal recorrido, deve retornar o processo ao órgão que prolatou a decisão recorrida para juízo de retratação.

Tal regra mostra que, uma vez prolatado um acórdão, não é apenas o recurso que pode modificá-lo, havendo este e uma série de outros exemplos no CPC de 2015 nos quais, por economia processual, se privilegia o juízo de retratação antes da necessidade de fazer o processo subir à instância superior — muitas vezes desnecessariamente, já que o próprio órgão *a quo* pode rever seu entendimento, para adequá-lo à objetivada uniformidade jurisprudencial

comandada pelo art. 926 do CPC.

No caso de devolução dos autos pelo TST (ou pela presidência do TRT, em juízo de admissibilidade de recurso de revista), a situação não seria muito diferente, já que existiria divergência interna inaceitável e, embora ainda inexistente precedente vinculante desde já impondo a retratação em um determinado sentido, para dar cumprimento ao art. 926 do CPC, seria possível devolver o processo à turma prolatora do acórdão para retratação, mudando o sentido do acórdão e aderindo-se à corrente jurisprudencial oposta (portanto eliminando a divergência que deu base ao recurso de revista devolvido), ou suspendendo o juízo de retratação para suscitar o IAC ou IRDR, assim satisfazendo a necessidade de afetação de um caso concreto pendente, para ser julgado pelo colegiado competente em conjunto com o incidente.

## **7 PODE O TRIBUNAL REGIONAL UNIFORMIZAR JURISPRUDÊNCIA CONTRA SÚMULA OU ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO OU ÓRGÃO ESPECIAL DOS TRIBUNAIS SUPERIORES? APENAS SE DEMONSTRAR *DISTINGUISHING* OU *OVERRULING*. O DELICADO EQUILÍBRIO ENTRE A ESTABILIDADE E A OXIGENAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA**

A questão é delicada, mas a resposta é negativa, salvo em caso de demonstração fundamentada de *distinguishing* ou (*antecipatory*) *overruling*. Há que se ter o necessário equilíbrio entre a estabilidade e segurança jurídica, mas sem causar um engessamento absoluto que sacrifique a renovação ou evolução da jurisprudência, ou seja, sem obstar que cheguem aos tribunais superiores novos argumentos baseados em considerações fáticas não levadas em conta no precedente.

O art. 927 do CPC é peremptório ao determinar que “*os juízes e os tribunais observarão: ... IV — os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V — a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.*” Assim, embora não dotados tais precedentes — e as súmulas e orientações jurisprudenciais que os sintetizam — de coercibilidade direta através de reclamação, a norma do art. 927 é cogente e de ordem pública, devendo os juízes e tribunais naturalmente respeitarem tal imposição legal, por dever de ofício.

A função dos tribunais superiores é justamente garantir que o jurisdicionado tenha o mesmo direito em uma mesma situação fática, em qualquer parte do país. Logo, com ou sem a perspectiva de reclamação, os juízes e tribunais devem observar os precedentes e súmulas indicados no art. 927 do CPC, não havendo como se entender que aqueles indicados nos incisos

IV e V sejam meramente persuasivos, apenas porque destituídos de imposição por reclamação.

Por mais que mentes razoáveis possam discordar umas das outras, é necessário que um dia tal dissenso chegue ao fim, após a palavra final dos tribunais superiores, impondo-se a observância de tais entendimentos pacificados a tribunais e juízes dos graus inferiores, ainda que estes discordem. A ideia do precedente vinculante é justamente esta — evitar que o dissenso se eternize, resolver os dissensos de uma forma mais econômica, sem que a totalidade dos processos necessite passar anos tramitando até que individualmente decididos pelos tribunais superiores, como se estes fossem uma terceira ou quarta instância de jurisdição ordinária.

No entanto, o dissenso de alguns Regionais pode ser justificado. Como evitar, no contexto da estabilização e vinculatividade de precedentes, um engessamento absoluto que sacrifique a renovação ou evolução da jurisprudência, ou seja, sem obstar que cheguem aos tribunais superiores novos argumentos baseados em considerações fáticas não levadas em conta no precedente. Vejamos.

Súmulas ou orientações<sup>1</sup> formadas em plenário, ou órgão especial (ou em equivalentes seções especializadas regimentalmente competentes para uniformização de jurisprudência) podem ter sua aplicação afastada se demonstrada “a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (como denota o art. 489, § 1º, VI, do CPC).

O que não pode acontecer, sob a égide do novo sistema de precedentes, é que um tribunal ignore o entendimento já pacificado pelo respectivo tribunal superior, como se este inexistisse. De acordo com o art. 927 do CPC, constitui afronta à lei unificar a jurisprudência de um tribunal, com ou sem a edição de súmula, contrariando o entendimento vinculante ou obrigatório superior sem examinar analiticamente tal precedente demonstrando que existem argumentos novos, baseados em considerações fáticas necessárias (ou “materiais”, na expressão de Goodhart) distintas, presentes no caso concreto e não levadas em conta no precedente. Assim, não pode a corte inferior simplesmente discordar de um entendimento vinculante ou obrigatório, refutando ou contrariando os argumentos já sedimentados na corte superior em idêntico contexto fático (quanto aos fatos relevantes ou necessários para a questão jurídica debatida, claro). Deve haver fundamentação demonstrando o *distinguishing*, sob pena de nulidade da decisão, art. 489, § 1º, do CPC.

---

<sup>1</sup> Como “orientações,” leia-se, precedentes não inclusos nos incisos I a III do mesmo artigo, e orientações jurisprudenciais dele decorrentes, em tribunais de segundo grau ou superiores, e súmulas de tribunais de segundo grau (já que as súmulas dos tribunais superiores estão inclusos no inciso IV).

Entretanto, parece-nos que a uniformização de jurisprudência resultante em *conclusão aparentemente contrária à súmula ou orientação plenária não necessariamente afronta o art. 927 do CPC*, até porque não é tal literalidade que vincula, mas sim o conjunto dos fatos “materiais” ou necessários e a respectiva conclusão jurídica, componentes da *ratio decidendi* ou fundamentos determinantes do precedente subjacente.<sup>2</sup> Fundamentando-se o entendimento local em considerações fáticas diversas daquelas enfrentadas no precedente da instância superior, haveria o *distinguishing*, válido e vinculante para os juízes do respectivo estado ou região, ao menos até que rechaçado por colegiado hierarquicamente superior.

Firmado o entendimento local com base em *distinguishing* em relação ao precedente nacional, é natural que a questão por sua vez provoque recurso à instância superior, o que então levaria esta a enfrentar a peculiaridade argumentativa e fática indicada na decisão recorrida. Considerando a importância da solução de tais divergências para a unificação da jurisprudência nacional, naturalmente tal recurso seria afetado no tribunal superior para julgamento sob o rito de recursos repetitivos ou de incidente de assunção de competência, conforme o caso de repetitividade em massa ou não,<sup>3</sup> acolhendo o *distinguishing* proposto na instância inferior ou rejeitando-a. Neste último caso, a instância inferior seria finalmente obrigada a descartar a distinção e aderir à jurisprudência superior, agora vinculante em sentido estrito por usar uma das figuras previstas no art. 988 do CPC.

Quanto ao *overruling*, este não pode se dar por juízes ou tribunais de hierarquia inferior ao tribunal prolator do precedente, razão pela qual foge à pergunta em epígrafe — salvo em eventual caso de *anticipatory overruling*, quando uma corte inferior deixa de seguir um precedente porque demonstra uma linha de julgados da corte do precedente incompatíveis com este, denotando que tal precedente está implicitamente superado ou que está em vias de ser expressamente superado (MARINONI, 2016, p. 260-69).

---

<sup>2</sup> A discussão acerca da identificação da *ratio decidendi* foi abordada com profundidade em 7.3 *Ratio decidendi*. Para uma visão mais sintética dos critérios de identificação da *ratio decidendi*, ver 7.3.3 Síntese esquemática para a identificação da *ratio decidendi*. In PRITSCH, 2018, p. 90.

<sup>3</sup> Todo o recurso aceito por tribunal superior por divergência jurisprudencial naturalmente pressupõe alguma repetição — do contrário não haveria divergência. O rito de julgamento de demandas ou recursos repetitivos pressupõe a massificação. Ver acima “4.7 Cabimento.”



## 8 CONCLUSÃO - ALGUMAS SUGESTÕES DE ALTERAÇÃO REGIMENTAL PARA EVITAR A CRIAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA CONFLITANTE

Diante das considerações acima, bem como ante os debates que têm surgido quando da apresentação do tema, quando o temos exposto em Escolas Judiciais e Tribunais Regionais do Trabalho, à guisa de conclusão, procuramos sintetizar abaixo algumas sugestões para a atualização dos regimentos internos dos TRTs à vista do art. 926 e seguintes, do CPC 2015, bem como considerando a revogação dos §§3º a 5º do art. 896 da CLT – para a adoção de regras regimentais que naturalmente levem os Tribunais à uniformização endógena de sua jurisprudência. Adicionamos ainda uma sugestão conexa, para que fique claro que a inovação da Lei 13.467/2015 que limita a edição e alteração de súmulas não impede o imediato cancelamento destas quando houver seu overruling por lei ou precedente vinculante superveniente.

### 8.1 Dever de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 896 do CPC) impõe que as Turmas do Tribunal, ao detectarem divergência atual, provoquem a uniformização através do IAC ou IRDR

Como já referido acima, o imperativo do art. 926 do CPC obsta a eternização de dissensos entre órgãos fracionários de um mesmo tribunal, não podendo este criar ou manter jurisprudência instável, conflitante e incoerente.

No sistema anterior ao atual *codex*, tolerava-se que órgãos fracionários de um mesmo tribunal julgassem sem levar em consideração a jurisprudência dos demais - como se não fizessem parte de um mesmo tribunal, do qual o jurisdicionado espera tratamento isonômico em situações idênticas. Assim, o recorrente passava por uma espécie de "loteria", sujeito à sorte ou azar de ter seu recurso distribuído para órgão fracionário detentor de um ou outro dos entendimentos jurisprudenciais divergentes. O resultado do recurso, para o jurisdicionado, ficava refém do acaso, ferindo de morte o ideal de segurança jurídica e a garantia constitucional de tratamento isonômico perante a lei.

Na vigência do CPC 2015, entretanto, a situação não melhorou. A aplicação isolada dos instrumentos do art. 927 do CPC se faz insuficiente para resolver o problema da jurisprudência pulverizada e da recorribilidade lotérica. Quase dois anos de experiência na lida com o novo CPC comprovam que os incidentes (IAC, IRDR, recursos de revista repetitivos, etc) têm sido insuficientemente utilizados, continuando a mesma situação de insegurança jurídica, salvo honrosas exceções.

O sistema, entretanto, foi projetado para que os arts. 926 e 927 caminhem em conjunto, não podendo o art. 926 ser interpretado como programático ou destituído de eficácia concreta, já que veda de forma peremptória a criação ou permanência de jurisprudência conflitante. A solução seria suspender o julgamento fracionário que se inclinasse a contrariar julgamento em matéria idêntica ao de outro órgão fracionário do mesmo tribunal, a fim de que fosse suscitado o incidente apropriado - IAC ou IRDR, conforme presente significativa repetitividade ou não.

No âmbito desta Justiça Especializada, temos exemplos de imposição regimental de disciplina judiciária em matéria análoga: **a observância pelos órgãos fracionários da jurisprudência sumulada ou vinculante do próprio tribunal**. Vejamos o Regimento Interno do TRT da 4ª Região, art. 118, *caput* e §2º (ainda vigente quando da confecção deste estudo, junho de 2018):

Art. 118. **Verificada**, por qualquer magistrado da Turma, das Seções Especializadas ou do Órgão Especial, **a existência de votos divergentes da súmula do Tribunal e que possam levar à decisão contrária à jurisprudência uniformizada**, o julgamento do processo será imediatamente **suspenso**, sendo os autos encaminhados ao Presidente do Tribunal. (...)

§ 2º Caracterizada a hipótese prevista no *caput* do presente dispositivo, **a competência para o julgamento do recurso, exclusivamente quanto à matéria objeto da súmula, será do Tribunal Pleno**, que poderá **revisar ou cancelar** o entendimento consubstanciado no verbete então em vigor se atingido o *quorum* fixado no *caput* do artigo 225 deste Regimento. (Caput e §2º acrescentado pelo Assento Regimental n. 04/2008 – aprovado pela Resolução Administrativa n. 26/2008)

Veja-se pois, que os órgãos fracionários do TRT4 não podem contrariar súmula do Tribunal, tendo a obrigação de provocar a revisão da súmula pelo Pleno, suspendendo o julgamento de origem se este estivesse tendente a contrariá-la. No mesmo sentido é também regra regimental de disciplina judiciária do TST, que no art. 171 de seu Regimento Interno, **impõe à Seção Especializada que, ao constatar que a decisão se inclina contrariamente a súmula, orientação jurisprudencial, precedente normativo, ou a entendimento firmado em incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas ou de julgamento de incidentes de recursos repetitivos, que **deixe de proclamar o resultado e promova o procedimento de revisão ou cancelamento de súmula:****

RITST - Art. 171. A **revisão ou cancelamento** de súmula, orientação jurisprudencial, precedente normativo e teses jurídicas firmadas nos incidentes de recursos repetitivos, de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas **será suscitada** pela Seção Especializada, **ao constatar que a decisão se inclina contrariamente a:**  
I - súmula, orientação jurisprudencial ou precedente normativo;

II - entendimento firmado em incidentes de assunção de competência, de resolução de demandas repetitivas ou de julgamento de incidentes de recursos repetitivos. (...)

§ 2º Na hipótese prevista no caput, o Presidente **deixará de proclamar o resultado e encaminhará a questão controvertida** à Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos para as providências de que trata o art. 60, VII, deste Regimento, após o que os autos serão remetidos ao relator para que prepare o voto e aponha o visto.

Assim, da mesma forma que é possível institucionalizar regra regimental que evite que órgãos fracionários ignorem ou contrariem a jurisprudência sumulada ou vinculante do tribunal, compelindo-os a suspender o julgamento e suscitar o procedimento apropriado para solucionar o conflito, nada impede que se utilize mecanismo similar para exigir a harmonia entre os julgados dos vários órgãos fracionários de um tribunal, na esteira do art. 926 do CPC, determinando que em caso de conflito entre turmas seja obrigatório suscitar o incidente apropriado para a resolução de tal conflito.

Em suma, sugere-se que **não apenas a contrariedade a súmula gere a suspensão** do processo para remessa ao órgão competente para uniformização, **mas também os dissensos internos em um tribunal**, sempre que os votos em um julgamento promovido em colegiado fracionário possam levar a decisão contrária *à jurisprudência atual de outro órgão fracionário do Tribunal em questão jurídica ainda não objeto de precedentes vinculantes*. Eis uma sugestão de texto, inspirado no atual art. 118 do Regimento Interno do TRT da 4ª Região:

Art. \_\_\_\_\_. O Tribunal **deve uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.**

**§1º Verificada, por qualquer magistrado de órgão fracionário, a existência de votos que possam levar a decisão contrária à jurisprudência sumulada do Tribunal ou à jurisprudência atual de outra fração do mesmo em relevante questão de direito ainda não objeto de precedentes vinculantes (art. 988 do CPC, e arts. 896-A e 896-C da CLT), o julgamento do processo será imediatamente suspenso, sendo suscitado o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou incidente de assunção de competência (IAC), conforme haja significativa repetitividade ou não para a questão jurídica objeto da divergência.**

**8.2 O que fazer com as divergências detectadas quando da admissibilidade do recurso de revista ou quando o TST devolve ao Regional um recurso de revista para que antes se proceda à uniformização após a revogação dos §§3º a 5º do art. 896 da CLT?**

Além do mecanismo de provocação da uniformização quando surgirem divergências entre turmas, quando da prolação de um acórdão fracionário, é importante também que se mantenha filtro análogo ao que esteve previsto nos §§3º a 5º do art. 896 da CLT, com redação dada pela Lei 13.015/2014, recentemente revogados pela Lei 13.467/2015. É que o momento da **admissibilidade do recurso de revista** é valiosa oportunidade para detectar a necessidade de uniformização interna de jurisprudência de um tribunal. Como a divergência jurisprudencial é a principal hipótese de admissibilidade de tal recurso (art. 896, “a” e “b”, da CLT), a própria comprovação dos pressupostos de admissibilidade naturalmente contribui para tal verificação. No entanto, como proceder - ante a revogação dos parágrafos 3º a 5º do art. 896 da CLT<sup>4</sup>?

Até a Reforma Trabalhista estavam em vigor os parágrafos 3º a 5º do art. 896 da CLT, que compeliam o Regional à uniformização quando detectada a “*existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho sobre o tema objeto de recurso de revista*”. A revogação do dispositivo, entretanto, não se deu por discordância quanto à uniformização, mas sim pela anacrônica referência ao IUJ do já revogado CPC de 1973.

Na realidade, aquilo que antes deveria ser feito através do IUJ, foi substituído pelo binômio IAC/IRDR no CPC de 2015, modalidades de precedentes compatíveis com o novo sistema. Relembremos que o IAC e o IRDR, conforme acima debatido, possuem natureza sempre concreta, atrelada aos contornos fáticos do(s) caso(s) concreto(s) afetado(s), enquanto que no IUJ havia uma cisão do julgamento, procedendo-se à uniformização de uma tese jurídica abstrata, algo incompatível com o sistema atual (e.g., art. 926, §2º), uma vez que tal característica tornava inviável a comparação de fatos do precedente com os do caso atual, essencial para aplicação direta (*following*), aplicação analógica (*analogizing*) ou afastamento por distinção (*distinguishing*).

Seria salutar assim, que se mantivesse em nossos regimentos internos regra equivalente àquela decorrente dos §§3º a 5º do art. 896, acima mencionada, apenas substituindo o IUJ pelos incidentes apropriados, IRDR ou IAC, conforme questões massificadamente repetitivas ou não. Eis uma possível redação para tal dispositivo (adaptada a partir dos parágrafos do art.896 da CLT):

---

<sup>4</sup> CLT – Art. 896 ... § 3o Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicação, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil).

§ 4o **Ao constatar**, de ofício ou mediante provocação de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, **a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito do mesmo Tribunal Regional do Trabalho** sobre o tema objeto de recurso de revista, **o Tribunal Superior do Trabalho determinará o retorno** dos autos à Corte de origem, a fim de que proceda à uniformização da jurisprudência.

§ 5o A providência a que se refere o § 4o **deverá ser determinada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, ao emitir juízo de admissibilidade** sobre o recurso de revista, ou pelo Ministro Relator, mediante decisões irrecorríveis. (Redação dada pela Lei nº 13.015/14, revogada pela Lei nº 13.467/15)

*Art. \_\_\_\_ O [Vice-]Presidente do Tribunal, ao constatar de ofício, por ocasião do juízo de admissibilidade do recurso de revista, ou mediante provocação de qualquer das partes, do Tribunal Superior do Trabalho, ou do Ministério Público do Trabalho, a existência de decisões atuais e conflitantes no âmbito interno do Tribunal sobre relevante questão de direito objeto de recurso de revista, determinará mediante decisão irrecorrível o retorno dos autos ao órgão fracionário de origem para juízo de retratação, o qual, caso não componha a divergência aderindo ao entendimento contrário, suscitará o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou incidente de assunção de competência (IAC), conforme haja significativa repetitividade ou não para a questão jurídica objeto da divergência.*

### **8.3 Prevenção do relator do processo de origem para a relatoria do incidente**

Quanto à **relatoria do IAC e do IRDR**, sugere-se que seja atribuída ao mesmo relator do recurso, remessa ou processo de competência originária onde suscitado o incidente – do modo como, **já ocorria com o IUJ**, e.g., no art. 118, §3º, do Regimento do TRT4 (na redação ainda vigente quando da confecção deste estudo, em maio de 2018): “§ 3º **Atuará, como Relator, o Relator originário do processo.**”).

**Ademais, o próprio art. 930, § único, do CPC**, reza que, protocolado um determinado recurso, **o respectivo relator fica prevento até mesmo para recursos subsequentes no mesmo processo ou em processos conexos**. Assim, se até mesmo em processos conexos está prevento o relator do recurso original, com muito mais razão deveria ocorrer com um incidente suscitado no respectivo recurso (seja IRDR, seja IAC), da mesma forma como já ocorria no dispositivo regimental exemplificado acima.

Afinal, atribuir a outrem a relatoria do incidente suscitado por uma Turma seria contraproducente, já que não se aproveitaria o conhecimento que o respectivo relator já teria desenvolvido quanto ao tema, bem como se desestimularia eventual iniciativa deste, quem originalmente detectou a divergência e se interessou em uniformizá-la. Ora, se o que se pretende é encorajar a uniformização, quanto mais simples for o procedimento, mais haverá adesão dos próprios integrantes do Tribunal para promovê-la. Basta ver que em dois anos de vigência do CPC 2015, o número de IRDRs e IACs ainda é pífio, o que revela a necessidade de uma melhor regulamentação, que facilite e encoraje seu uso para a uniformização de dissensos jurisprudenciais.

Adicionalmente, ficando o incidente com um novo relator, corre-se ainda o risco de que o recurso onde se originou o incidente não lhe seja remetido pelo relator original, ocasionando **decisões conflitantes**. Foi o que ocorreu, por exemplo, nos IRDRs 0021401-29.2017.5.04.000 (Rel. Des. Laís Helena Jaeger Nicotti) e 0022100-54.2016.5.04.0000 (Rel. Des. João Batista de Matos Danda), onde a falta de uma regra regimental que suspendesse de imediato o processo de origem, atrelando-o ao incidente (aproveitando o mesmo relator do incidente e do processo de origem) permitiu que os incidentes fossem, no Tribunal Pleno, distribuídos por sorteio a outros relatores, e que os processos de origem permanecessem nos órgão fracionário - onde acabaram sendo julgados de forma independente dos incidentes que deveriam a eles estar atrelados (art. 978, parágrafo único, do CPC).

No IRDR 0022100-54.2016.5.04.0000, o Rel. Des. João Batista de Matos Danda solucionou a questão com pragmatidade, determinando, logo após a admissão pelo Pleno, a afetação de outros casos concretos exemplificativos da controvérsia. No entanto, tal remédio não teria sido necessário caso o regimento já contivesse regra que evitasse situações como esta, que dá azo a decisões conflitantes. Veja-se que, se não for o processo de origem julgado em conjunto com o incidente, é considerável a chance de que uma parte suscitante veja o entendimento que propôs ser rejeitado no Pleno e procedente na ação principal, ou vice-versa, situação inusitada que tenderia a gerar descrédito do Judiciário.

Trata-se de um exemplo dos entraves que podem surgir como decorrência de haver relatores diferentes para o incidente e para o processo onde originado o incidente, criando-se o risco de decisões conflitantes.

Sugere-se a seguinte redação para o dispositivo (comum tanto ao IRDR quanto ao IAC):

*Art. \_\_\_\_ Suscitado o incidente, a Presidência do Tribunal determinará a remessa dos respectivos documentos à Secretaria do Tribunal Pleno para autuação na classe respectiva, registro e distribuição **por dependência ao relator do processo onde se originou o incidente**.*

#### **8.4 A desistência ou abandono do processo de origem por suas partes não torna o IRDR um incidente abstrato, devendo lhe ser afetado um novo caso concreto tão logo admitido o incidente**

O atrelamento do IRDR aos fatos de um caso concreto é providencia essencial, destinada a manter o Poder Judiciário no julgamento de casos concretos, evitando que se torne legislador abstrato – o que importaria em ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes. Ademais, o atrelamento aos fatos é garantia democrática de manutenção do juízo natural e da independência de julgar, já que sem a possibilidade de comparação fática entre o

precedente o caso atual – alma do sistema de precedentes vinculantes – o juiz do caso posterior ficaria tolhido, e.g., da possibilidade de identificar a diferenciação entre seu caso e o precedente (*distinguishing*) para fins de afastar o precedente. É por tal razão que o art. 978, § único do CPC prevê que o “*órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente*”. Assim, seria incompatível com o sistema previsto no CPC 2015 permitir que a desistência das partes no processo de origem gerasse um IRDR abstrato.

A solução para resolver a aparente contradição entre o art. 978, § único e o art. 976, §1º, do CPC é, entretanto, não é de difícil operacionalização, bastando que, após a admissão do incidente pelo colegiado competente, o respectivo relator designe um ou mais casos concretos exemplificativos da controvérsia para afetação ao incidente. Sugerimos o seguinte texto para regular regimentalmente tal afetação:

*Art. \_\_\_\_ Uma vez admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) pelo Pleno, poderá o relator **requisitar a remessa de um ou mais processos** (recursos, remessas necessárias ou processos de competência originária) **representativos da controvérsia em trâmite no Tribunal, para afetação e julgamento da questão de direito objeto do incidente.** [art. 896-C, §4º, da CLT, e arts. 1.036, §5º e 1.037, III do CPC, por analogia - TRATA-SE DE REGRAS RECIPROCAMENTE APLICÁVEIS ENTRE IRDR E RECURSOS REPETITIVOS, INTEGRANTES DE UM MESMO MICROSSISTEMA DE DEMANDAS REPETITIVAS]*

*Art. \_\_\_\_ A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.*

*§ 1º Se tal desistência ou abandono **ocorrer após a admissão do incidente**, caso ainda não haja outro recurso, remessa necessária ou processo de competência originária afetados, **o relator substituirá o processo onde se originou o incidente através da afetação** de um ou mais processos que contenham a mesma controvérsia de direito, na forma do art. 6, VII, abaixo.*

*§ 2º Se tal desistência ou abandono **ocorrer antes da admissão do incidente**, o exame de admissibilidade **levará em conta os limites fáticos e jurídicos** do processo onde se originou o incidente, como ilustração da questão de direito objeto do mesmo. **Após, admitido o incidente, proceder-se-á na forma do art. \_\_\_\_.** [afetação em substituição ao processo objeto de desistência, conforme acima].*

### **8.5 Se o incidente é distribuído por dependência ao relator do recurso, remessa necessária ou processo de competência originária onde suscitado o incidente, quem será o relator quando suscitado em um processo ainda em primeiro grau de jurisdição?**

Se acolhida a sugestão do item 8.3 acima, há necessidade de compatibilizar tal regra com a legitimidade ativa do juiz de primeiro grau para suscitar o IRDR (art. 977, I, do CPC), à vista do parágrafo único do art. 978, que impõe que haja um processo pendente de julgamento na segunda instância. Assim, se ainda não houver recurso contra a decisão de tal juiz no processo onde suscitado o incidente, excepcionalmente, a escolha do relator do IRDR teria de se dar por sorteio. Então, considerando que a matéria é repetitiva, o relator poderia utilizar os contornos jurídicos e fáticos do processo de origem apenas como ilustração, para impulsionar a análise de admissibilidade pelo Pleno com base em tais dados mas, após a admissão do incidente, teria de afetar um ou mais processos pendentes em segundo grau para julgamento conjunto com o IRDR. Vejamos:

*Art. \_\_\_\_ Se o incidente for suscitado por juiz de primeiro grau e ainda **não houver desembargador prevento**, na forma do parágrafo único do art. 930 do CPC, a **distribuição se dará por sorteio**. Nesta hipótese, o exame de admissibilidade levará em conta os limites fáticos e jurídicos do processo onde se originou o incidente, como ilustração da questão de direito objeto do mesmo. Admitido o incidente, proceder-se-á na forma do art. \_\_\_\_ desta Resolução. [afetação de processo(s) ao incidente]*

### **8.6 Se inadmitido o IRDR por falta de significativa repetitividade, deve ser apreciada sua admissibilidade como IAC e vice-versa – fungibilidade e instrumentalidade das formas**

Em mais de dois anos de vigência do novo CPC, poucos IRDRs foram admitidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho, e muitos tribunais ainda não admitiram nenhum IAC, o que mostra que institucionalmente devem ser adotadas posturas que facilitem a utilização das novas ferramentas de uniformização jurisprudencial, sob pena de que as tornemos letra morta. Por outro lado, incide o princípio da instrumentalidade das formas e fungibilidade, inerentes ao fluxo processual em nível recursal. Finalmente, veja-se que as normas procedimentais do IRDR são também aplicáveis ao IAC, tornando-os incidentes muito similares (a diferença reside na significativa repetitividade ou não, e na possibilidade de suspensão de processos).



Assim, seria salutar não extinguir um IRDR tão somente por ser mínima a repetitividade. Nesse caso, estando presentes os pressupostos para o IAC, o Tribunal Pleno poderia automaticamente reconhecer a admissibilidade sob tal categoria de incidente. O inverso também é verdadeiro. Caso se detectasse em um IAC a presença de repetitividade tal que recomendasse a suspensão dos respectivos, nada impediria o Pleno de admitir o incidente sob tal tipologia. Sugere-se o seguinte texto regimental:

*Art. \_\_\_\_ A **inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de significativa repetitividade** não impede que, ante a instrumentalidade das formas, seja recebido como incidente de assunção de competência, desde que presentes os respectivos pressupostos.*

*Art. \_\_\_\_ A **inadmissão do incidente de assunção de competência por presença de significativa repetitividade** não impede que, ante a instrumentalidade das formas, seja recebido como incidente de resolução de demandas repetitivas, desde que presentes os respectivos pressupostos.*

## **8.7 A suspensão dos processos que versam sobre a mesma questão de direito objeto do IRDR é decisão discricionário do relator**

A efetiva suspensão de processos no IRDR é uma faculdade e não obrigação - especialmente no processo do trabalho, onde a grande cumulação de pedidos frequentemente milita contra a vantajosidade de tal suspensão, causando mais tumulto processual e procrastinação do que economia processual. Melhor é que o relator, a cada IRDR, analise a conveniência da suspensão conforme as peculiaridades da questão jurídica objeto do incidente e a maior ou menor cumulação objetiva nos processos que contêm tal debate. Incide aqui, por interpretação sistemática, o art. 896-C, §5º, da CLT (Art. 896-C. *Quando houver multiplicidade de recursos de revista ...§ 5º O relator no Tribunal Superior do Trabalho **poderá** determinar a suspensão dos recursos de revista ou de embargos que tenham como objeto controvérsia idêntica à do recurso afetado como repetitivo*”).

Veja-se ainda a decisão no Tema 3 dos Incidentes de Recurso de Revista Repetitivos (TST-RR-341-06.2013.5.04.0011 - Honorários Advocatícios sucumbenciais), onde o relator Min. José Roberto Freire Pimenta, da mesma forma, em decisão de 30/06/2016, optou por não suspender os processos com idêntica controvérsia:

*Sendo indubitoso que a **própria literalidade e também a teleologia dos dispositivos referidos preveem tão somente a possibilidade dessa suspensão**, a juízo do Relator do Incidente, cumpre, desde logo, decidir, neste caso, sobre a não*

*suspensão desses recursos repetitivos na hipótese, pelas razões a seguir expostas. ... Ademais, a frequente cumulação objetiva de numerosos pleitos iniciais principais de natureza trabalhista torna inconveniente e desproporcional que, apenas em função dessa pretensão acessória, seja suspenso o andamento de todos os processos que o tenham por objeto no território nacional ou apenas no âmbito da 4ª Região (que editou a súmula regional que desencadeou este Incidente), com evidente prejuízo para as partes e para a aplicação do princípio da duração razoável do processo, consagrado no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República. (Tema 3 dos Incidentes de Recurso de Revista Repetitivos, TST-RR-341-06.2013.5.04.0011, relator Min. José Roberto Freire Pimenta, 30/06/2016)*

Finalmente, destaque-se que o próprio Pleno STF, em questão de ordem no RE com Repercussão Geral 966177/RS, firmou 7/6/2017 entendimento de que “a suspensão do processamento prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática... sendo da **discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la**”, ratio decidendi aqui aplicável analógica e sistematicamente.

Assim, sugere-se o seguinte texto, para atualização do regimento interno dos Regionais:

*Art. 6º Admitido o IRDR pelo Tribunal Pleno, o relator:*

*II – **poderá suspender** os processos pendentes que tramitem na Região sem prejuízo da conclusão da instrução de tais causas e do **julgamento dos pedidos distintos cumulados em tais processos**. [nesta última parte, em conformidade com o art. 8, §1º IN 39 do TST].*

## **8.8 Os IUJs atualmente pendentes devem ser reatuados como IRDR ou IAC, conforme houver repetitividade ou não**

Quando da entrada em vigor da lei 13.467/15, que revogou os §§3º a 6º do art. 896 da CLT, acabando com a última referência legislativa ao extinto IUJ do CPC de 1973, havia diversos IUJ em tramitação nos Tribunais Regionais. Assim, como o regime do IUJ foi substituído, no CPC 2015, pelo binômio IRDR-IAC, com a mesma finalidade de uniformização de jurisprudência, em que pese a diferença procedimental, nada mais natural do que converter os atuais IUJ para IRDR ou IAC, conforme presente significativa repetitividade ou não.

A propósito, neste texto utiliza-se a palavra “significativa”, já que a prevenção ou composição de divergência, uma das hipóteses de cabimento do IAC, pressupõe ao menos uma mínima repetitividade. Assim, parece-nos que não é qualquer repetitividade que autoriza o

IRDR, mas sim aquela mais “significativa”, conforme avaliação do relator e do colegiado competente para o incidente, notadamente se a repetitividade for tal que a quantidade de processos onere a Administração Judiciária, sendo recomendável o aproveitamento da faculdade de suspensão dos processos sobre a mesma questão jurídica.

Sugere-se o seguinte texto, uma espécie de regra de transição do antigo para o novo sistema:

*Art. \_\_\_\_ Os incidentes de uniformização de jurisprudência (IUJ) em trâmite na data da publicação desta Resolução serão reautuados como incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR) ou incidentes de assunção de competência (IAC), conforme haja significativa repetitividade ou não para a questão jurídica objeto da divergência, conforme despacho do respectivo relator, que então submeterá o incidente ao exame de admissibilidade pelo Pleno, observando-se os demais pressupostos e etapas do respectivo procedimento, conforme acima.*

## **8.9 Desnecessidade de decisões reiteradas para cancelamento de súmula *overruled* por lei ou precedente vinculante superveniente**

Feitas as considerações e sugestões acima, é importante ainda que se faça uma sugestão de adequação regimental conexas à regulamentação do IRDR e do IAC. É que, em sendo vinculantes em sentido estrito os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) de tais incidentes, as súmulas dos Tribunais Regionais que eventualmente estejam com eles em conflito ficam imediatamente superadas ou *overruled*, da mesma forma que ocorreria com a superveniência de uma nova disposição de lei que regulasse a matéria de forma diversa daquela cristalizada na súmula - tornando-o imediatamente prejudicado ou superado. Assim, em tais situações, não é lógico que se observem os pressupostos quantitativos ditados pelo art. 702, "f" e §4º, da CLT. Sugere-se adequação regimental em tal sentido, a fim de evitar dúvidas, **aclarando o destino das súmulas do TRT4 quando superadas (*overruled*) por legislação superveniente ou por algum precedente vinculante** dos tribunais superiores ou do próprio Regional (IAC ou IRDR). Para este caso, teria de haver o cancelamento imediato da súmula, sem maiores delongas, até porque os pressupostos do art. 702, "f" e §4º, da CLT se destinam a regular o **estabelecimento ou alteração** de súmulas, mas não para seu cancelamento. Sugere-se a seguinte redação:

*Art. \_\_\_\_ A superveniência de tese firmada em IAC ou IRDR no âmbito do Tribunal - ou de precedentes vinculantes exarados pelo STF ou TST (art. 988*

*do CPC, e arts. 896-A e 896-C da CLT), ou ainda de texto de lei ou constitucional - que tornem prejudicado um enunciado de súmula do Tribunal autorizará o imediato cancelamento desta pelo Tribunal Pleno, independente dos requisitos do art. 702, “f”, da CLT.*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA, Alexandre de Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 13. ed. Lumen Juris, 2006.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge University Press, 2008.

KANNAN, Phillip M. The Precedential Force of Panel Law. *Marquette Law Review*, v. 76, 1993, p. 755-756). Disponível em: <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1666&context=mulr>>.

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

NUNES, Dierle. *O IRDR do Novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido*. Justificando.com, 18.02.2015, disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>.

PRITSCH, Cesar Zucatti. *Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho: atualizado conforme o CPC 2015 e reforma trabalhista*. São Paulo. Ed. LTr, 2018.

# **A (IM)POSSIBILIDADE DO TRABALHO POR MAIS DE DOIS DIAS POR SEMANA DO TRABALHADOR INTERMITENTE.**

*Danilo Gaspar<sup>5</sup>*

Sumário: 1. Introdução. 2. Diferença entre texto e norma: uma visão alocentrista da interpretação. 3. Diferença entre não-eventualidade e continuidade. 4. O trabalho intermitente como um trabalho de natureza não contínua. 5. Consequências jurídicas de contrato de

---

<sup>5</sup> Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região. Ex-Juiz do Trabalho do TRT da 22ª Região. Mestre em Direito Privado e Econômico (UFBA). Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho (Curso Preparatório para Carreira Jurídica JUSPODIVM - Salvador/BA). Bacharel em Direito (Faculdade Ruy Barbosa - Salvador/BA). Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

trabalho intermitente com prestação de serviços de natureza contínua. 6. Conclusão. 7. Referências.

## **1. Introdução.**

O contrato de trabalho intermitente, criado, no Brasil, pela Lei n. 13.467/2017, vem despertando diversos questionamentos, inclusive sob a ótica de sua (in)constitucionalidade, o que revela, assim, uma necessidade constante de reflexões sobre sua essência, seus limites e suas possibilidades.

Neste breve trabalho, se pretende refletir acerca da existência ou não de uma limitação temporal da periodicidade do trabalho intermitente, tendo em vista não apenas uma previsão legal expressa que leva a esta reflexão, mas também a essência do próprio instituto.

Sem qualquer pretensão de exaurir o tema, as reflexões e propostas ora apresentadas se destinam a alimentar e fomentar o debate plural, democrático e necessário para que os destinatários da Lei n. 13.467/2017 possam, independente do texto, estarem diante de uma verdadeira norma jurídica.

## **2. Diferença entre texto e norma: uma visão alocentrista da interpretação.**

Quando a sociedade se depara com uma nova fonte formal do Direito, sobretudo quando se trata de uma fonte formal heterônoma (criada por terceiro, estranho aos destinatários do texto), como é o caso da Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, há uma ânsia, natural, diga-se de passagem, de recebê-la como um produto acabado e pronto para colocar em prática.

Necessário, contudo, compreender que, após publicada, uma Lei Ordinária (que tem por objetivo regular matérias de competência do Poder Legislativo e precisa da sanção do presidente da República), como é o caso da Lei n. 13.467/2017, encerra apenas seu processo legislativo. Tem-se, a partir daí, um texto, este sim, até alteração posterior, pronto e acabado<sup>6</sup>.

Por outro lado, este mesmo texto é apenas e tão somente o ponto de partida da norma jurídica. A norma jurídica, por sua vez, é o resultado do processo de interpretação que se faz com relação a um determinado texto.<sup>7</sup>

Assim, fundamental dizer que a noção de norma jurídica exige um binômio texto + interpretação.<sup>8</sup> Portanto, diante de um determinado texto, os intérpretes legítimos para tanto (e a legitimidade para o processo interpretativo, atualmente, deve ser entendida e estendida a todo e qualquer cidadão destinatário, direta ou indiretamente, do texto a ser interpretado) precisam, a partir de todos os métodos interpretativos existentes (gramatical, finalístico, histórico, lógico, sistemático, conforme à constituição, conforme os direitos fundamentais, entre outros), atribuir o sentido e o alcance ao referido texto que mais o aproxime da realidade social.

Interpretar, pois, não é um fim, é um instrumento de atribuição (não se pode dizer que interpretar é extrair o sentido e o alcance de um texto, já que só se pode extrair conteúdo de

---

<sup>6</sup> “O Direito é, portanto, o que dele faz o processo de sua produção. Isto nos adverte que ele nunca é algo dado, pronto, pré-estabelecido ou pré-produzido, cuja fruição é possível mediante simples utilização do já feito e acabado. O Direito, em verdade, é produzido em cada ato de sua produção e subsiste com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado.” (PASSOS, J.J Calmon de. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 3-4)

<sup>7</sup> “Também o Direito não é o texto escrito, nem a norma que dele formalmente se infere, nem os códigos, nem as consolidações, nem as leis, nem os decretos, nem as portarias, nem os tratados e monografias. Tudo isso é silêncio. Tudo isso são apenas possibilidades e expectativas. O Direito somente é enquanto processo de sua criação ou de sua aplicação no concreto da convivência humana.” (PASSOS, J.J Calmon de. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 23)

<sup>8</sup> “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.”. (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30)

algo que o tenha, o que não é o caso de um mero texto publicado, que é vazio de conteúdo normativo) de sentido (o melhor possível) e alcance (o melhor possível) a um determinado texto.

Quando se propõe, aqui, o melhor sentido possível e o melhor alcance possível, não se trata, ressalte-se, de uma proposta egocentrista, mas sim alocentrista, tendo, assim, a sociedade (aproximação do Direito da realidade social), de interpretação.

Diante do texto publicado no DOU em 14/07/2017, que entrou em vigor em 11/11/2017, tombado sob o número 13.467/2017 e denominado de Reforma Trabalhista, se apresenta (e deve se apresentar sempre) uma sociedade aberta, plural e democrática de intérpretes, consciente de seu dever interpretativo (papel ativo, que não se resume ao papel de mero aplicador de um texto<sup>9</sup>) e disposta<sup>10</sup> a, repita-se, atribuir ao texto da Lei n. 13.467/2017, um sentido e um alcance capaz de aproximá-lo da realidade social que, no caso específico do Direito do Trabalho, é uma realidade pautada na necessidade de preservação da dignidade do ser humano trabalhador (art. 1º, III, da CRFB/88<sup>11</sup>) e na necessidade de equilíbrio social entre o capital (valores sociais da livre iniciativa) e o trabalho (valores sociais do trabalho), tal qual proposto, em um pacto Republicano, pelo artigo 1º, IV, da CRFB/88, como fundamentos da República Federativa do Brasil.

---

<sup>9</sup> Charles Chaplin, em “O Último Discurso”, já pronunciava: “Juizes, não sois máquinas! Homens é o que sois!”.

<sup>10</sup> “Cria-me, a pior desgraça que poderia ocorrer a um magistrado seria pegar aquela terrível doença dos burocratas que se chama conformismo. É uma doença mental semelhante à agorafobia: é o pavor da independência própria, uma espécie de obsessão, que não espera as recomendações externas, mas precede-as, que não se dobra às pressões dos superiores, mas as imagina e satisfaz antecipadamente.” (CALAMANDREI, Piero. Eles os juizes, vistos por um advogado. Tradução de Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 279).

<sup>11</sup> “Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade da pessoa humana simboliza, desse modo, verdadeiro super-princípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido.” (PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 31).



É justamente neste sentido que este trabalho busca, sem nenhum caráter exaustivo, repita-se, interpretar o art. 443, §3º, da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017, especificamente quanto à expressão “não é contínua”, de modo a aproximá-lo da realidade social.

### 3. Diferença entre não-eventualidade e continuidade.

Prevê o artigo 3º, caput, da CLT que “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços *de natureza não eventual* a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.”. Por sua vez, previa o art. 1º da Lei n. 5.859/72, antigo diploma regulamentador do trabalho doméstico, que “Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços *de natureza contínua* e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei.”, dispositivo que vigorou, no Brasil, até o advento da Lei Complementar n. 150/2015, quando entrou em cena o seu art. 1º, trazendo, de forma inédita, no Brasil, um critério objetivo do que venha a ser considerado trabalho de natureza contínua: “Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que *presta serviços de forma contínua*, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, *por mais de 2 (dois) dias por semana*, aplica-se o disposto nesta Lei.”.

Não por outra razão, para se chegar ao conceito de não-eventualidade (tendo em vista o art. 3º da CLT), a doutrina trabalhista nacional, historicamente, apresenta algumas teorias (teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria da fixação jurídica e teoria dos fins do

empreendimento) que buscam definir o conceito do referido instituto, até porque “o conceito de não-eventualidade é, porém, uma dos mais controvertidos do Direito do Trabalho”.<sup>12</sup>

Neste sentido, a teoria da descontinuidade tenta encontrar o conceito de trabalho não-eventual através do conceito de trabalho descontínuo. Para essa teoria, “[...] eventual seria o trabalho descontínuo e interrompido com relação ao tomador enfocado – portanto, um trabalho que se fracione no tempo, perdendo o caráter de fluidez temporal sistemática”.<sup>13</sup>

Todavia, através de uma comparação entre o texto da CLT e o texto da Lei que trata do empregado doméstico (Lei n. 5.859/72, inicialmente e, atualmente, a Lei Complementar n. 150/2015), constata-se que, para configuração do empregado celetista previsto no art. 3º da CLT, não se foi exigida a característica da continuidade.

Isso porque a CLT, em seu art. 3º, como já destacado, diz que “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador [...]”, enquanto que a Lei de empregado doméstico, em seu art. 1º, define a referida espécie de trabalhador como “[...] aquele que presta serviços de forma contínua [...]”.

Ora, não foi sem razão que a CLT, em seu art. 3º, historicamente, se utilizou do termo não-eventualidade para definir o empregado e, em contrapartida, a Lei de empregado doméstico se valeu, seja na Lei n. 5.859/72, seja na LC n. 150/2015, da expressão “de natureza/forma contínua”. Em verdade, são institutos distintos.

O serviço de natureza contínua, sem dúvida, exige uma prestação de serviços contínua, sem interrupção com relação a um determinado tomador de serviços. É esse conceito de continuidade que retira do diarista a configuração de empregado doméstico.

Nesse diapasão, o TST, até o advento da LC n. 150/2015, vinha pacificando o entendimento no sentido de que o trabalhador doméstico que presta serviços até 03 (três) dias

---

<sup>12</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 273.

<sup>13</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 274.

por semana não pode ser considerado empregado doméstico em razão da ausência do requisito da continuidade, conforme se pode extrair da decisão abaixo:

[...] O reconhecimento do vínculo empregatício do doméstico está condicionado à continuidade na prestação dos serviços, não se prestando ao reconhecimento do liame a realização de trabalho durante alguns dias da semana, no caso, é incontroverso que a Reclamante somente trabalhava três vezes por semana para a Reclamada, não havendo como reconhecer-lhe o vínculo empregatício com a ora Recorrida, pois, nessa hipótese, estamos diante de serviço prestado por trabalhador diarista. O caráter de eventualidade do qual se reveste o trabalho do diarista decorre da inexistência de garantia de continuidade da relação. [...].<sup>14</sup>

Assim, já ficava claro àquela época que o requisito da continuidade exigia uma repetição diária da prestação dos serviços de, no mínimo 04 dias, por semana, conforme jurisprudência que se consolidava à época.

Com o advento da LC n. 150/2015, contudo, a partir do texto do seu artigo 1º, um critério objetivo e claro se instalou no Direito brasileiro, sendo certo que trabalho contínuo é aquele prestado por, no mínimo, 3 (três) vezes por semana e, por outro lado, trabalho de natureza não contínua, é o trabalho prestado por até 2 (duas) vezes por semana.

O fato é que, diante da distinção existente entre os requisitos da continuidade e da não-eventualidade, verifica-se que a continuidade não foi exigida pelo legislador nacional, no art. 3º, para caracterização do empregado celetista em tempo integral (art. 442 da CLT) ou parcial (art. 58-A da CLT).

---

<sup>14</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-17.179/2001-006-09-40.7. Rel. Min. Horácio Senna Pires. Publicado no DEJT, 11 out. 2007. Disponível em: < <http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4262668.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1> > Acesso em: 29 jul. 2010.

O que se que dizer, em verdade, ao afirmar que a teoria da descontinuidade não foi adotada pelo legislador nacional para caracterização do empregado celetista em tempo integral (art. 442 da CLT) ou parcial (art. 58-A da CLT), é que a não-eventualidade não requer, necessariamente, um trabalho de natureza contínua.

Fica claro, portanto, que, historicamente, no Brasil, os conceitos de trabalho de natureza não eventual (e, por sua vez, de natureza eventual) e trabalho de natureza contínua (e, por sua vez, de natureza não contínua) são conceitos absolutamente distintos.

#### **4. O trabalho intermitente como um trabalho de natureza não contínua.**

Prevê o art. 443, §3º, da CLT, que “Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, **não é contínua**, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)”.

Como se vê, o legislador reformador, ao definir, trazendo seus requisitos configuradores, o contrato de trabalho intermitente, se utilizou da expressão que remete à ideia de continuidade/não continuidade.

Em momento algum, na regulamentação do trabalho intermitente, o legislador reformador se utilizou da expressão não eventualidade ou fez alusão ao art. 3º da CLT, fixando, portanto, para definição e caracterização do contrato de trabalho intermitente, o critério da continuidade como determinante para esse fim, só podendo ser considerado, portanto, como empregado intermitente ou contrato de trabalho intermitente, a prestação de serviços que não seja contínua.

É justamente neste momento que se faz necessário o processo/caminho interpretativo fundamental para atribuir o sentido e o alcance à expressão “não é contínua”, prevista no §3º do art. 443 da CLT, conforme já destacado.

Em um primeiro plano e, talvez, suficientemente único, o art. 8º da CLT e o art. 4º da LINDB impõem ao intérprete buscar, no próprio sistema jurídico-trabalhista nacional, um dispositivo que defina, de forma objetiva, o que seja uma prestação de serviços que não é contínua.

Para tanto, difícil negar, o art. 1º da LC n. 150/2015 se apresenta como um dispositivo adequado, inclusive contemporaneamente, já que se trata de dispositivo com menos de 5 (cinco) anos em vigor, e relevante para este fim.

Portanto, a partir do texto do art. 1º da LC n. 150/2015, necessário reconhecer que, no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, a noção, histórica e atual, de continuidade, exige repetição diária, sendo, portanto, a noção de não continuidade, o seu avesso.

Portanto, possível (necessário) afirmar que prestação de serviços contínua é aquela que se repete por mais de 2 (dois) dias por semana; ao contrário, uma prestação de serviços que não é contínua é aquela que não se repete por mais de 2 (dois) dias por semana.

O transporte desse critério para os fins interpretativos do §3º do art. 443 da CLT revela, ainda, aqui já no segundo plano (da interpretação finalística), uma total correspondência prática com a essência do contrato de trabalho intermitente, cuja lógica é a “alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade”.

Esta alternância, portanto, determinada em horas, dias ou meses, não deve (e não pode) revelar uma periodicidade superior a 2 (dois) dias por semana, sob pena, não apenas de violar o §3º do art. 443 da CLT, mas também de desviar a finalidade desta nova modalidade de contratação, estruturada, normatizada, pensada e propagada como forma de regulamentar prestações de serviços que “viviam” em uma zona cinzenta entre o vínculo de emprego celetista (art. 3º da CLT) e o trabalho de natureza eventual (freelancer).

Para tanto, elegeu-se uma das teorias doutrinárias existentes para definir, quanto à periodicidade do trabalho, uma prestação de serviços com ou sem vínculo empregatício, qual seja: a teoria da descontinuidade.

É, pois, no âmbito da regulamentação do contrato de trabalho intermitente, a teoria da descontinuidade que define, quando presentes os demais requisitos necessários à configuração do vínculo de emprego (pessoalidade, onerosidade e subordinação jurídica), se há vínculo de emprego ou não, bem como se este vínculo de emprego revela um contrato de trabalho intermitente ou se revela um contrato de trabalho permanente.

#### **5. Consequências jurídicas de contrato de trabalho intermitente com prestação de serviços de natureza contínua.**

Sendo o contrato de trabalho intermitente um contrato de trabalho de natureza especial, regulamentado de forma expressa pelo art. 452-A da CLT, com evidentes restrições aos direitos trabalhistas mínimos previstos no art. 7º da CRFB/88, afinal, se não houver convocação por semanas, meses ou até mesmo anos (já que o art. 452-D da CLT, inserido pela MP n. 808/2017, teve sua vigência encerrada em 23/04/2018), haverá um contrato de não trabalho, que não realiza a dignidade do trabalhador (pois não lhe garante o acesso efetivo a nenhum direito de natureza social), nem tampouco circula riqueza na economia (já que não revela produção, não realizando, assim, nem mesmo o fundamento da livre iniciativa), trata-se de contrato que deve, necessariamente, ser interpretado de forma restritiva.

Assim, os limites e possibilidades do contrato de trabalho intermitente exigem uma interpretação, quanto ao resultado da interpretação, restritiva, de modo a não permitir mais do que se propõe, nem tampouco impedir menos do que se objetiva.

É desta maneira que se pode afirmar, já partindo para a conclusão do presente artigo, que a validade do contrato de trabalho intermitente exige, cumulativamente, os seguintes

requisitos, extraídos da leitura combinada dos artigos 443, §3º, e 452-A, ambos da CLT: a) contrato de trabalho escrito; b) previsão específica do valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não e; c) prestação de serviços de natureza não contínua, leia-se, ausência de prestação de serviços por mais de 2 (dois) dias por semana.

Assim, a não observância de qualquer um destes requisitos implica, automaticamente, a descaracterização do contrato de trabalho intermitente e, conseqüentemente, a inserção do trabalhador no padrão geral de contrato de trabalho brasileiro, previsto no art. 442 da CLT, ora denominado de contrato de trabalho permanente.

Portanto, se houver, por parte do tomador de serviços, convocações por mais de duas vezes por semana, o contrato de trabalho, formalmente intermitente, deve ser, sob a ótica do art. 9º da CLT, tratado como um contrato de trabalho permanente, sujeito às regras gerais de proteção ao trabalho, com possibilidade, quanto à remuneração devida, é claro, de pagamento de salário proporcional ao número de horas trabalhadas no mês (OJ n. 358, I, da SBDI-1, do TST).

Destaca-se, por fim, que, por uma questão de necessidade de se fixar um critério sempre próximo da realidade social, a noção do limite de dias de convocação deve ser pensada/calculada sob uma ótica de média mensal.

Assim, sendo o limite máximo de convocações de 2 (duas) por semana e possuindo o mês, em média, 4,5 semanas, deve ser entendido que, em um determinado mês, o trabalhador intermitente não pode prestar serviços por mais de 9 (nove) vezes (2 dias por semana x 4,5 semanas), sob pena de, no décimo dia de prestação de serviços em um determinado mês, restar descaracterizado o caráter intermitente do contrato, que passará a valer, desde o seu nascedouro, diga-se de passagem, como um contrato de trabalho permanente, garantindo ao trabalhador, quanto ao salário, o pagamento de salário proporcional ao número de horas trabalhadas no mês, na forma OJ n. 358, I, da SBDI-1, do TST.

## 6. Conclusão

A título de conclusão, como forma de preservação da essência do contrato de trabalho intermitente e impedimento do desvio de sua finalidade, entende-se que a validade do contrato de trabalho intermitente exige, cumulativamente, os seguintes requisitos, extraídos da leitura combinada dos artigos 443, §3º, e 452-A, ambos da CLT: a) contrato de trabalho escrito; b) previsão específica do valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não e; c) prestação de serviços de natureza não contínua, leia-se, ausência de prestação de serviços por mais de 2 (dois) dias por semana, mediante média mensal a ser apurada (o trabalhador intermitente não pode prestar serviços por mais de 9 vezes [2 dias por semana x 4,5 semanas], sob pena de, no décimo dia de prestação de serviços em um determinado mês, restar descaracterizado o caráter intermitente do contrato, que passará a valer, desde o seu nascedouro, diga-se de passagem, como um contrato de trabalho permanente, garantindo ao trabalhador, quanto ao salário, o pagamento de salário proporcional ao número de horas trabalhadas no mês, na forma OJ n. 358, I, da SBDI-1, do TST, e, quanto aos demais direitos trabalhistas, o acesso integral a todos os direitos de natureza trabalhista).

## 7. Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *A produção do direito no Brasil: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de acesso à justiça*. 2. ed. Ilhéus: UESC, 2008.



CALAMANDREI, Piero. *Eles os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

KUNH, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *O caminho desde a estrutura*. Tradução: Cesar Mortari. São Paulo: UNESP, 2006

PASSOS, J.J Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

## A INCORPORAÇÃO DE FERRAMENTAS VIRTUAIS NO PROCESSO DE MEDIAÇÃO

*Téo Luís Freitas da Costa Tourinho*

*Fábio Periandro de Almeida Hirsch*

**Téo Luís Freitas da Costa Tourinho**

Graduando em Direito – Universidade Salvador (UNIFACS).

Correio eletrônico: teo.tourinho@gmail.com

**Fábio Periandro de Almeida Hirsch**

Doutor e Mestre em Direito Público, ambos com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA). Professor Titular Pesquisador do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS (MDGPP-UNIFACS). Professor Colaborador do Programa de Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania da UFBA. Líder do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo da Bahia, Direitos Fundamentais e Efetividade (Faculdade de Direito - UFBA) e CPJ - Centro de Pesquisas Jurídicas (Mestrado - UNIFACS). Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA), da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), da Faculdade Baiana de Direito, da UNIFACS e da UNIJORGE. Advogado. Tem experiência em Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional, Direitos Fundamentais (Segurança Jurídica e Direito Adquirido em particular) e Controle de Constitucionalidade (Jurisdição Constitucional e Controle Difuso em particular).

**RESUMO:**

Este artigo busca discutir a introdução das práticas de mediação virtual no sistema judicial brasileiro. Para tanto, serão apresentadas diversas situações em que esta poderia ser utilizada, assim como possíveis benefícios gerados pela expansão e aceitação de sua prática. Serão feitas comparações e paralelos às técnicas já utilizadas por diversos institutos de arbitragem pelo mundo que fazem uso de tais recursos, demonstrando como sua implantação no âmbito local e para causas cotidianas seriam de extrema importância para a redução do número de processos impetrados diariamente. Haverá discussão sobre a metodologia a ser aplicada pelos árbitros e mediadores para que tais técnicas apresentem o almejado objetivo,

expondo em quais situações as diversas ferramentas podem ser utilizadas e suas eventuais insuficiências. Há de se ressaltar que este artigo não possui a pretensão de sugerir que tais técnicas poderiam substituir as práticas de mediação e arbitragem presenciais, mas sim demonstrar como a utilização da rede mundial de computadores pode mostrar-se valorosa na obtenção de resultados satisfatórios durante as resoluções de conflitos. Seu principal objetivo é, através de uma análise das possíveis benesses e contrapontos, chegar à conclusão de quais determinadas ferramentas hoje disponíveis poderiam, se incorporadas ao processo mediatório, aprimorar a situação do sistema judicial brasileiro, além de avaliar como seria possível utilizá-las em diversas situações cotidianas na resolução de disputas e o que seria necessário aos profissionais responsáveis pela sua atuação para que esta seja eficiente e satisfatória.

**PALAVRAS CHAVE:** Mediação; Arbitragem; Mediação *online*; Resolução de Disputas.

**ABSTRACT:**

This article intends to discuss the introduction of the online mediation techniques in the Brazilian justice system. To do so, multiple situations where this method could be used, as the possible benefits reached by expanding its use will be presented. Comparisons and parallels will be made using the techniques already utilized by varied institutions that work with arbitration around the world that make use of said resources, showing how implementing those would be extremely important in a local scenario and for mundane cases, reducing the daily number of cases being brought to light. There will be discussion about the methodology to be used by arbiters and mediators so said techniques present the foreseen objectives, exposing in which situations the many tools can be used and its eventual shortcomings. However, we must point out that this article has no intention of suggestion that said techniques would be substitutes to the face-to-face mediation and arbitration, but to show that utilizing the internet could be a valorous way to obtain satisfactory results during problem solving cases. Its main objective is,

through na analisys of the possible pros and cons, concluding which certain internet tools available today could be introduced to the mediation procedings and improving the brazilian judicial system's situation, also evaluating how it would be possible to utilize them in diferente costumar situations in dispute resolution and what would the professionals involved need to do in order for their actions are efficient and satisfactory.

**KEYWORDS:** Mediation; Arbitration; Online Mediation; Dispute Resolution.

**SUMÁRIO:** 1. A MEDIAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO; 2. A MEDIAÇÃO *ONLINE*; 2.1 O MEDIADOR NO PROCESSO *ONLINE*; 2.2 A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO *ONLINE*; 3. DAS FERRAMENTAS VIRTUAIS E SUA APLICAÇÃO; 3.1 VIDEOCHAMADAS OU VIDEOCONFERÊNCIAS; 3.2 *CHATS, E-MAILS* E MENSAGENS DE TEXTO EM GERAL; 3.3 *STREAMING* DE VÍDEO EM TEMPO REAL; 4. DA ARBITRAGEM *ONLINE*; 5. ALGUNS EXEMPLOS; 6. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

### **1. A Mediação no sistema jurídico**

O sistema jurídico brasileiro apresenta uma elevada carga de processos acumulados nas suas diversas áreas de atuação. Devido a diversos fatores como o grande desequilíbrio no número de profissionais qualificados para suprir as demandas nos tribunais superiores em relação aos de primeira instância, o elevado número de processos impetrados nestes, além de um costume que se desenvolveu baseado na, errônea, compreensão de que um processo só estaria concluído quando exauridos todos os estágios e recursos a ele permitidos.

Esta situação anômala tomou proporções surreais, desenvolvendo um cenário em que, em média, um processo simples poderá levar entre algo que varie de dois até algo próximo de 9 anos, dependendo de qual área tal processo seja impetrado, para ter seu trâmite propriamente desenvolvido.

Diante do exposto, a resolução extrajudicial de conflitos, seja pela mediação ou arbitragem, apresenta-se como alternativa para a redução desta elevada quantidade de processos por ser uma prática pouco custosa e célere, além de apresentar resultados satisfatórios em relação às resoluções pacíficas e acordadas entre as partes. A redução de demandas é um dos principais motivadores para a utilização do procedimento que lentamente passa a ser compreendido como opção viável dentro do sistema judicial por aqueles que o utilizam.

Apesar das constantes evoluções; tanto no âmbito do progressivo aumento dos casos solucionados, quanto nas melhorias no seu funcionamento como processo jurídico; os procedimentos de mediação ainda não apresentam o alcance necessário dentro do sistema judicial nacional de forma a ser uma solução cabível aos dilemas previamente apontados. Em diversas situações, a inversão de valores presente no sistema judicial ainda sobrepõe-se ao entendimento de que uma resolução amigável e veloz seria o procedimento ideal.

Neste sentido, é compreensível que para que a resolução de conflitos seja uma opção validada e amplamente utilizada, especialmente como a primeira opção no momento do surgimento de uma nova demanda, será necessário ampliar a percepção das vantagens de sua utilização, expondo aos conflitantes que este é um método que resultaria em resultados melhores a ambas as partes

Uma opção é a plena incorporação das diversas ferramentas existentes no âmbito da rede mundial de computadores, a chamada internet, ao processo de mediação, permitindo, assim ampliar o citado alcance da prática ao criar cenários de conforto às partes conflitantes que se mostraria como incentivo maior à sua utilização.

Neste artigo, há de se discutir como o universo digital poderia ser parte integrante dos processos de mediação, assim como nos de arbitragem, além de apresentar possíveis cenários e sugestões para expandir e melhorar o seu uso e funcionamento.

## **2. A Mediação *Online***

A metodologia básica utilizada durante o processo de mediação *online* atual funciona de forma similar ao presencial. Faz-se o cadastro de uma demanda na plataforma escolhida, há o contato com outro conflitante e a partir deste momento inicia-se o processo. Seguindo-se esse modelo inicial, parte-se para o andamento do processo que será, em regra, completamente virtual.

Apesar de a organização nuclear do processo ser essencialmente a mesma, haverá distinções naturais devido a natureza deste formato e seu desenvolvimento no ambiente virtual, em especial na forma de atuação que mediador deverá desenvolver durante o desenrolar da causa.

Uma observação sensata é a de que a Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015, a chamada Lei da Mediação, nada traz sobre a possibilidade de instauração de mediação *online*, especificamente falando. Porém, ao analisar-se às subseções I e II da seção III, nota-se que estas, ao trazerem as disposições comuns e procedimentos básicos para a mediação em geral assim como a extrajudicial, podem ser expandidas ao procedimento virtual, sem quaisquer prejuízos ao estabelecido em letra de lei. Senão, vejamos:

*“Art. 14. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.”*

O artigo 14 da lei traz como deve se dar o início do processo de mediação. Uma leitura rápida pode ver que, ao passo que existe uma especificação através da palavra “reunião” nada impede que esta seja virtual, permitindo assim a plena validade do desenvolvimento do processo deste modo.

Prosseguindo nesta linha, há o artigo 22 da mesma Lei:

*“Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo [...]”.*

Mais uma vez, temos uma exemplificação taxativa sobre como desenvolver o processo de mediação, neste caso a confecção do seu referido contrato, mas prosseguimos sem ter quaisquer limitações para que este seja virtual. Então é possível compreender que o contrato em questão,

este seguindo o estabelecido nos diversos incisos e parágrafos apresentados no artigo, poderá ser digital, utilizando-se de assinaturas virtuais.

Diante do exposto, é possível compreender que, apesar de não haver definição expressa sobre a resolução *online* de disputas, o que seria o ideal, a natureza interpretativa do texto de lei permite que projetemos o procedimento virtual como se fosse o tradicional.

## **2.1 O Mediador no processo *online***

Aproveitando-se de tal observação, é natural compreender que a mediação online irá exigir do mediador adaptações a sua metodologia no andamento da resolução. Pode parecer óbvio, uma vez que é uma realidade em qualquer processo de mediação ou arbitragem, mas quem estiver no papel de mediar o caso deve ser capaz de entender o ambiente de conflito e controlá-lo dentro deste cenário.

É necessário lembrar que nem sempre o mediador terá contato presencial com as partes, como consequência deste fato é possível que se desenvolva desconfiança por parte dos conflitantes frente aquele quem rege o processo, dessa forma o mediador deverá trabalhar para manter o ambiente de imparcialidade e distanciamento necessários ao bom andamento da resolução do conflito.

É essencial para o mediador especializar-se na metodologia *online*, pois este terá de demonstrar total domínio do ambiente ao qual está submetido ao utilizar as diversas ferramentas a ele disponíveis de forma a moldá-las ao andamento do processo extraíndo, assim, o máximo possível destas e demonstrando as partes que estas podem utilizar-se destes recursos de forma plena para alcançar o seus objetivos almejados.

## **2.2 A utilização da Mediação *online***

A mediação *online* apresenta-se como opção direta para conflitos originados no próprio ambiente virtual da internet, aqueles em que as partes se encontram em regiões geográficas

distintas de forma que se torna inviável a realização das audiências presenciais ou até mesmo por uma das partes se sentir ameaçada ao estar diante da outra parte. Naturalmente, é um processo que não está restrito às hipóteses citadas acima, sendo possível estender conflitos de naturezas diferentes caso o mediador sinta-se confiante de poder assegurar o devido andamento do processo além de entender que é seria proveitoso para ambas as partes conflitantes.

Não obstante, faz-se questão de reconhecer o fato de que a utilização da mediação *online* não deve ser a regra geral para a resolução de conflitos. A ausência do contato pessoal afeta diretamente a atuação do mediador e somente deve ser escolhida caso este tenha total confiança em sua capacidade de mediar mesmo na ausência deste elemento, sendo capaz de mitigar quaisquer situações em que uma das partes tente utilizar-se da impessoalidade a seu favor.

### **3. Das ferramentas virtuais e sua aplicação**

Não há carência de recursos úteis ao processo de mediação no ambiente virtual. A alta proliferação e a fácil acessibilidade às plataformas de videoconferências, telefonemas, *chats* e *Streaming* de vídeos em tempo real existentes na *internet* aparentam ser soluções viáveis para ampliar o alcance das práticas de resolução de conflito, cabe ao mediador, ou a plataforma a qual ele se submete, estabelecer as guias de utilização destas ferramentas, agregando-as ao procedimento e extraindo todo o valor possível destas.

Não obstante, parece razoável afirmar que a aplicação de tais ferramentas deverá ser realizada em plataformas especificamente desenvolvidas com tal objetivo. Ainda que a utilização de correio eletrônico, através de algum de seus diversos fornecedores, escape a tal necessidade, não parece interessante utilizar serviços terceirizados como, por exemplo o *Skype* ou o *Twitch*, na resolução de conflitos. Nesse sentido, a aplicação apropriada de tais técnicas requererá dos interessados investimentos em tecnologia para a criação de plataformas eficientes, seguras e que guarneçam a privacidade dos conflitantes e outros interessados.



Neste sentido, analisa-se que as diversas ferramentas existentes poderão ser aplicadas durante as hipóteses mais variadas, mas com o devido cuidado para que sua aplicação seja razoável e útil ao andamento do processo e esteja de acordo com as suas necessidades. Assim, vejamos alguns recursos que podem ser utilizados e a forma como eles são traduzidos ao procedimento de mediação.

### **3.1 Videochamadas ou videoconferências**

A utilização de videochamadas ou videoconferências torna-se uma das opções mais interessantes entre as diversas ferramentas de comunicação virtual devido a sua praticidade, simplicidade, além de representar uma diminuição considerável tanto nas questões das custas do processo como diminuição do tempo gasto. A sua utilização também pode ser importante caso o mediador identifique a existência de possíveis animosidades entre as partes conflitantes, podendo, dessa forma, tentar reduzir o contato pessoal entre ambas e contornar tal entrave.

Não é incomum em processos de mediação que uma das partes já se apresente para as audiências opondo-se a qualquer tentativa de acordo. Em geral, este é um desenvolvimento da compreensão da necessidade de recorrer ao sistema judiciário citado anterior, mas outro fator que pode desenvolver tal atuação é a simples presença da parte oposta que, em si, serve como fator para reavivar a memória do conflito que gerou tal situação. Sendo essa a principal motivação para tal comportamento, aparenta ser tentativa válida aos conflitantes utilizarem-se de recursos digitais para romper este contato direto que está sendo prejudicial à plena resolução do conflito, torna-se uma hipótese a ser cogitada. Neste ponto, caberá ao mediador administrar a situação de forma a tornar o ambiente virtual mais confortável e amistoso e assim prosseguir com a tentativa de resolução amistosa do conflito.

Outro cenário possível é o de que uma das partes conflitantes sintam-se ameaçada diante da presença da outra, seja por causa da demanda que se desenvolveu em um cenário mais conturbado e opressivo seja porque a pessoa em questão simplesmente não é capaz de estar próximo à parte contrária. Neste caso não parece razoável submeter este indivíduo a uma

situação constrangedora em que ele será forçado a estar diante de uma pessoa que lhe cause tamanho desconforto. Apresenta-se, assim, nova situação em que se pode requerer a mediação *online*, quebrando com o contato presencial e evitando a problemática apresentada. Cabe notar que, nessa hipótese, a mediação por meios virtuais também servirá como um nivelador do processo, aproximando-se do equilíbrio entre partes que deve reinar durante a resolução do conflito.

Dentro do exposto, a realização de uma videoconferência, marcada em consenso entre partes e podendo ser realizada com ambos os conflitantes no conforto do seu lar, esta pequena mudança poderá excluir a tensão gerada pelo próprio ambiente da audiência, fator real e por vezes esquecido quando do tratamento com as partes, uma vez que há indivíduos que naturalmente sentem-se desconfortáveis em situações de audiência, mesmo que esta seja extrajudicial.

### **3.2 Chats, e-mails e mensagens de texto em geral**

A principal vantagem da utilização das mensagens de texto na resolução de conflitos vem da eliminação de uma possibilidade que existe durante a mediação que é a de uma das partes, por questões normais de personalidade individual, ter maior domínio sobre o andamento do processo e das negociações. Neste ponto, um *chat* torna-se um campo neutro onde nenhuma das partes poderá utilizar-se de recursos normais deste tipo de negociação, como a linguagem corporal.

Optar pela utilização de *chats* ou mensagens de texto em geral, apesar de não ser o ideal por ser excessivamente impessoal, também demonstra sua utilidade quando o mediador perceber o conflito como algo de solução fácil, ou em que as partes estejam amplamente dispostas a encerrar o litígio. Nesse panorama, o responsável pela resolução pode buscar a resolução em poucas mensagens, servindo apenas como um intermediário frente à boa vontade das partes de resolver a disputa de forma amigável.

Invertendo-se a perspectiva, a utilização de *chats* ou correio eletrônico pode possibilitar ao mediador montar sua estratégia de atuação cuidadosamente em casos mais complexos, uma vez que este é um recurso naturalmente mais lento, podendo ser útil em situações em que os conflitantes apresentem ânimos acirrados durante a disputa, pois o mediador disporá de maior tempo para organizar sua estratégia de atuação, uma vez que, diferente da negociação presencial não há a necessidade de controlar a situação de acordo com as reações das partes de forma imediata para evitar o descontrole da situação.

O uso de mensagens de texto também aparenta ser o ideal quando houver necessidade de resolução de uma causa simples, com montantes em disputa de baixo custo. A natureza desses sistemas de mensagens instantâneas permite ao mediador ter rápido acesso à situação e resolvê-la com celeridade, evitando custas e gastos de tempo desnecessários, dois dos principais problemas quando observamos a situação atual do sistema judicial brasileiro e que poderiam ser evitados com uma medida tão simples quanto esta.

Em suma, é possível observar que utilizar-se de mensagens de texto permite ao mediador um recurso com uma considerável flexibilidade.

### **3.3 *Streaming* de vídeo em tempo real**

Uma das plataformas mais modernas no campo da comunicação em tempo real são as de *Streaming* de vídeo. Diferenciando-se das videochamadas tradicionais, as plataformas de *streaming* põem um indivíduo como foco principal da comunicação, permitindo, em geral, que este utilize livremente o recurso visual a sua maneira, enquanto aqueles que acompanham à transmissão podem interagir através de mensagens de texto localizadas na própria plataforma. Outra vantagem deste foco é a qualidade da transmissão, a qual passa a depender apenas da operação de dados estabelecida pelo *host*, o que viabiliza maior estabilidade durante toda sessão.

A princípio, este é um recurso que se mostra mais em linha com os procedimentos de arbitragem, uma vez que estes tratam de causas de maior magnitude e que em geral envolvem

pessoas jurídicas de nacionalidades diferentes, a exemplo dos casos tratados pelas diversas câmaras de comércio. A possibilidade de que as partes possam acompanhar, em tempo real, onde quer que estejam sediadas, uma audiência arbitral ocorrendo em corte internacional, ao passo que ainda tenham a possibilidade de manter contato direto com os árbitros poderia ser um grande progresso ao procedimento, uma vez que haveria redução de complicações como a dificuldade de marcar audiências e as locomoções internacionais que representam grandes gastos.

Apesar disto, resta lembrar que, hoje, não existe plataforma de *streaming* especializada em tópico tão específico. Ao passo que a tecnologia já é uma realidade, até certo ponto, altamente acessível, não há como negar que para tão específica atuação seria necessário o desenvolvimento de plataforma voltada para a utilização por parte das grandes câmaras de arbitragem e mediação para que tal método obtenha sucesso.

Neste sentido, esta ferramenta apresenta-se mais como uma sugestão a ser observada e estudada, pois sua praticidade poderia ser amplamente explorada como técnica de resolução de conflito.

#### **4. Da Arbitragem Online**

Já existe plena aceitação das práticas virtuais no ambiente da arbitragem. As mais notórias Câmaras de Arbitragem no país já dispõem da possibilidade de comunicação direta mediante videochamadas com filiais e parceiros no cenário internacional, facilitando a resolução de processos que seriam extremamente complexos e demorados. Neste sentido, observa-se que seções dessa magnitude necessitam ser ministradas utilizando a língua inglesa, ainda assim os casos costumam ser decididos em alguns meses.

Ora, se por vez um procedimento de grande intensidade e que requer maior esforço das partes conflitantes, além dos profissionais de Direito que ministrem o processo, são solucionados com tamanha presteza e celeridade, é mais que natural crer que seria possível

transferir a experiência utilizada aqui às práticas de mediação para obter-se resultados ainda melhores e mais marcantes.

Nota-se que a utilização de tais recursos já é incentivada, ainda que não explicitamente, pela Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, através da implantação de recursos como o Portal da Conciliação, estabelecido no artigo 15 desta. Vejamos:

*“Art. 15 Fica criado o Portal da Conciliação, a ser disponibilizado no sítio do CNJ na rede mundial de computadores, com as seguintes funcionalidades, entre outras: [...]”.*

O estabelecimento de uma ferramenta como o Portal da Conciliação demonstra, ao menos, o interesse em subsidiar um método de aproximar os profissionais ao ambiente de prática virtual, afirmando-a como uma das frentes a serem seguidas no ambiente da resolução de conflitos, ainda que este não esteja dentro do ideal para ser utilizado.

## **5. Alguns exemplos**

A utilização de *softwares* e plataformas específicas como serviço é uma das metodologias mais aceitas no ambiente jurídico global e inevitavelmente terá efeitos no cenário brasileiro. Compreendendo esse fato, diversas start ups nacionais buscaram adentrar ao campo das Lawtechs e Legaltechs visando aproveitar este cenário virtual fértil para o desenvolvimento de novas técnicas, parte delas justamente na área de mediação e resolução de conflitos.

Desenvolvendo plataformas próprias e com objetivos específicos, observando as diversas tecnologias e técnicas abordadas anteriormente neste artigo, foi possível a estas start ups explorar um mercado abundante e necessitado de avanços tecnológicos para enfrentar ou até suprir as dificuldades e imbróglis citados anteriormente.

Um exemplo atual e notório de como integrar os recursos *online* à prática da mediação é a plataforma Mediação Online, iniciativa privada que atua como intermediário no processo de mediação, mas sendo este feito por completo de forma virtual, reduzindo custos e

possibilitando um andamento mais fluído da resolução. O sistema oferece ao indivíduo, seja esta pessoa física ou jurídica, apresentar a situação, além do contato da outra parte conflitante e assim segue em busca de convencê-la de participar do procedimento, através de videoconferências ou mesmo *chat*, demonstrando, assim, exemplos práticos da adoção de diversas técnicas e ferramentas anteriormente citadas.

Para abranger seus objetivos, a empresa construiu sua própria plataforma para propriamente atender suas demandas, confirmando a necessidade de investimento no quesito tecnologia para que tenha-se um funcionamento próprio da prática *online*.

Vale apontar que Melissa Gava, *CEO* da empresa, a capacidade do serviço disponibilizado redução do tempo gasto em “um caso que demoraria de 3 a 4 meses para ser agendado na justiça é resolvido em apenas 1 semana” (BATISTOTI, 2017), comprovando a afirmação de que o procedimento da mediação *online* é capaz de apresentar resultados amplamente satisfatórios.

O sítio virtual da empresa também faz questão de ressaltar os resultados da pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), demonstrando os números da mediação no país.

Figura 1 – Estatísticas da mediação no Brasil.



A termo de comparação, a empresa em questão afirma ter, até o ano de 2017, mediado cerca de 1500 (mil e quinhentos) (DESIDÉRIO, 2017) casos em sua plataforma *online*, ao passo que o Conselho Nacional de Justiça, em 2016, divulgou ter apenas 55 (cinquenta e cinco) casos desta natureza em andamento.

Ainda que haja uma diferença de um ano entre os dados, a discrepância é tamanha que não se pode deixar de acreditar que não há, ainda, uma compreensão da prática como algo plausível como mostram os resultados.

Tais números ainda são extremamente inferiores aos praticados no âmbito internacional. A empresa estadunidense *VirtualCourthouse.com*<sup>™</sup>, estabelecida em 2001, pode ser usada para exemplificar a utilização de técnicas anteriormente citadas. O processo de mediação na empresa funciona utilizando-se, como é recomendado, de uma plataforma própria, nesta as partes poderão expressar a situação e encaminhá-la para o mediador, referido no sítio como *neutral*, e após resposta agendar audiência ou videoconferência dependendo de seu pleno interesse, *in verbis*:

The parties and representatives start a case with a brief description. Then they select 3 or more mediators/arbitrators , rank them and send them to the opposing party along with an invitation to participate in an alternative dispute resolution process through VirtualCourthouse.com. The parties present their case online, schedule a meeting or video conference and use the VirtualCourthouse Secure Confidential asynchronous messaging system.

A metodologia, aqui já estabelecida e utilizada, demonstra que o sistema sugerido já apresenta resultados satisfatórios no âmbito internacional, inferindo que esta poderia ser emulada no cenário nacional.

Voltando ao cenário necessário nacional, a *Startup* Acordo Fechado especializou-se na busca da resolução do conflito ainda de forma extrajudicial. O principal objetivo da *Legaltech* é a resolução de casos de negociação simples, retirando-as o mais rapidamente possível do sistema jurídico.

Similarmente ao apresentado anteriormente com o sistema da Mediação Online, o Acordo Fechado utiliza uma plataforma virtual própria buscando o contato com uma das partes litigantes, a grande diferença vem no foco de atuação que busca a resolução do conflito ainda antes do início da fase de conciliação e suas tratativas. A *Startup* acredita que a referida fase já é desnecessariamente prolongada e apresenta-se como opção para a redução do tempo de vida útil de uma litigância, evitando inclusive esta espera.

Estes exemplos, tanto nacionais como internacionais, servem para demonstrar como a adoção das tecnologias mais recentes pode beneficiar o sistema jurídico nacional. Tal visão vanguardista poderá significar um grande avanço na redução do tempo de vida útil de um processo e melhorando não somente a qualidade de atendimento ao cliente como os resultados advindos deste.

## **6. Conclusão**

A resolução de disputas *online* pode desenvolver-se de forma a ser o principal método utilizado quando se trata do assunto.

Entretanto, será necessário, ainda, extensa discussão sobre a regulamentação das práticas, além de um investimento próprio na área de tecnologia que permeia este campo do Direito, uma vez que a jurisdição brasileira não apresenta nada específico sobre o assunto, deixando a cargo dos profissionais particulares definirem a forma como este processo se desenvolve.

Afastando-se os pesares, entende-se que as ferramentas necessárias para tornar a mediação online, assim como a arbitragem, práticas primorosas no sistema judicial brasileiro, ajudando no enfrentamento da descabida morosidade deste, já são realidade e estão comprovadas como sendo efetivas em instâncias nacionais e internacionais, restando somente a aceitação por parte do sistema jurídico brasileiro para que seja possível iniciar-se uma devida utilização deste meio de resolução de disputa.

Por fim conclui-se que a incorporação de ferramentas virtuais às práticas de resolução de conflito, em especial a mediação, é uma evolução necessária ao instituto que pode, sem dúvidas, desenvolver-se como uma das principais formas de solução de demandas e um dos principais aliados do na recuperação do fragilizado e moroso sistema judicial brasileiro.

## **Referências**



BATISTOTI, Vitória. *Empreendedoras criam primeira plataforma online de mediação de conflitos no brasil*. Disponível em: <<https://revistapegn.globo.com/Startups/noticia/2017/08/advogadas-criam-primeira-plataforma-online-de-mediacao-de-conflitos-no-brasil.html>>. Acesso em: 28 maio 2018

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Fase de execução é a que mais aumenta tempo de tramitação de processos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83679-fase-de-execucao-e-a-que-mais-aumenta-tempo-de-tramitacao-de-processos>>. Acesso em: 30 maio 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Acordos resolvem 12% do conflitos levados à justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85383-acordos-resolvem-12-dos-conflitos-levados-a-justica>>. Acesso em: 29 setembro 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório em Números traz índices de conciliação*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83676-relatorio-justica-em-numeros-traz-indice-de-conciliacao-pela-1-vez>>. Acesso em: 14 junho 2018.

BRASIL. Lei nº 13.140, *Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública*, 26 de junho de 2015.

BRASIL. Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, 29 de Novembro de 2010.

DESIDÉRIO, Mariana. *Brasileiras levam Startup para o Vale do Silício e contam como é*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/pme/brasileiras-levam-startup-para-o-vale-do-silicio-e-contam-como-e/>>. Acesso em: 14 junho 2018.

TROMANS, Richard. *The rise of brazilian Legal Tech Scene*. <<https://www.artificiallawyer.com/2018/05/18/the-rise-of-the-brazilian-legal-tech-scene/>>. Acesso em 01 outubro 2018.

*USING E-Mediation and Online Mediation Techniques for Conflict Resolution.*  
Disponível em: <<https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/dispute-resolution-using-online-mediation/>>. Acesso em: 26 maio 2018.

## **CARONAS EM REGISTRO DE PREÇOS E A VULNERAÇÃO AO PRINCÍPIOS DA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

*Fábio Periandro de Almeida Hirsch*

*Zulene Barbosa Gomes*

### **Fábio Periandro de Almeida Hirsch**

Doutor e Mestre em Direito Público, ambos com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA). Professor Titular Pesquisador do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS (MDGPP-UNIFACS). Professor Colaborador do Programa de Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania da UFBA. Líder do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo da Bahia, Direitos Fundamentais e Efetividade (Faculdade de Direito – UFBA) e CPJ – Centro de Pesquisas Jurídicas (Mestrado – UNIFACS). Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA), da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), da Faculdade Baiana de Direito, da UNIFACS e da UNIJORGE. Advogado. Tem experiência em Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional, Direitos Fundamentais (Segurança Jurídica e Direito Adquirido em

particular) e Controle de Constitucionalidade (Jurisdição Constitucional e Controle Difuso em particular).

### **Zulene Barbosa Gomes**

Graduada em Administração em Marketing – 2006 – UNIÃO METROPOLITANA DE EDUCAÇÃO E CULTURA – UNIME – SALVADOR/BA. Atuou como pregoeira no Ministério Público do Estado da Bahia (2012-2014). Atualmente Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado – UNIJORGE – Salvador/ BA (10º Semestre). Analista de Procuradoria na Procuradoria Geral do Estado da Bahia ( 2014 – atualmente). Pesquisadora no Grupo de Análise Econômica do Direito – UFBA (2018 até 2019). Pesquisadora no Grupo de Iniciação Científica – Processo Penal – UNIJORGE (2017). Pós graduada em Advocacia Pública – IDDE/ MINAS GERAIS.

### **RESUMO:**

Este artigo apresenta a historicidade do Sistema de Registro de Preços e os posicionamentos doutrinários sobre a juridicidade da carona. Ademais demonstra o volume financeiro de aquisições públicas dos órgãos do Executivo Federal, no período entre 2013 a 2017, das caronas entre os anos 2012 a 2016. Nesse sentido, são demonstrados aspectos históricos do registro de preços, evidenciando suas vantagens, regulamentação e vulnerabilidades. Com efeito, o trabalho apresenta o volume contratado por registro de preços entre 2013 e 2017 e objetiva apresentar o total contratado por meio de caronas em atas federais. Por fim, a pesquisa apresenta formas com as quais a carona em registro de preços vulnera a Constituição, a Lei de Licitações nº 8.666/93, Lei de Acesso à informação e princípios da administração pública. A vertente jurídico – dogmática é utilizada preponderantemente ao relacionar a Constituição Federal, a Lei de Licitações e Contratos, Acórdãos TCU e

jurisprudência e legislação infraconstitucional na compreensão do alcance da liberdade de expressão.

**Palavras-chave:** Sistema de Registro de Preços. Princípios Constitucionais. Carona.

## INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos) previu no art. 15 o sistema de registro de preços (SRP) como procedimento preferencial de compras, com o escopo de contribuir com o planejamento das aquisições.

A despeito da vantajosidade do SRP doutrinadores e determinados Tribunais de Contas têm destacado o seu desvirtuamento, sobretudo em razão do reiterado uso da carona.

O tema do estudo é a vulneração dos princípios constitucionais a partir da sistemática de compras denominada caronas em registro de preços. Nesse contexto, o problema de pesquisa circunscreve-se à seguinte indagação jurídica: De que modo a contratação de bens e serviços por meio de caronas em registro de preços vulnera os princípios da administração pública?

Nesse sentido, são demonstrados aspectos históricos do registro de preços, evidenciando suas vantagens, regulamentação e vulnerabilidades. Com efeito, o trabalho apresenta o volume contratado por registro de preços entre 2013 e 2017 e objetiva apresentar o total contratado por meio de caronas em atas federais.

Por fim, a pesquisa demonstra algumas formas com as quais a carona em registro de preços vulnera a Constituição, a Lei de Licitações nº 8.666/93, Lei de Acesso à informação e princípios da administração pública.

Com efeito, a pesquisa quantitativa e qualitativa e utiliza a vertente jurídico – dogmática e utiliza como dados secundários pesquisas bibliográficas, artigos científicos, livros, regulamentos, leis, Acórdãos de Tribunais de Contas, bem como consultas de jurisprudências,

ao portal SIASG, bem como pedido de acesso à informação através do formulário E-SIC entre agosto de 2017 a abril de 2018.

Este estudo revela-se útil a órgãos de controle interno e externo, legisladores, membros da magistratura, Procuradorias Gerais de Justiça, partidos políticos, organizações da sociedade civil, imprensa, agentes públicos, professores, empresários, acadêmicos, e, sobretudo, cidadãos.

## **1 Sistema de Registro de Preços**

A gênese do Sistema de Registro de Preços é atribuída ao Código de Contabilidade da União, notadamente ao artigo 52 do Decreto n. 4.536 (1922) previa os concorrenciais permanentes. Mais tarde, o Decreto-Lei n. 2.300 (1986), no art. 14, inciso II, preconizava que as compras, sempre que possível e conveniente, deveriam ser processadas através de sistema de registro de preços. Por seu turno, o Decreto n. 449 (1992) previa facultativamente os Sistemas Integrados de Registro de Preços e de Cadastro de Fornecedores.

Nessa senda, a Lei nº 8.666/1993 preconizou que o sistema de registro de preços deveria ser adotado preferencialmente nas aquisições enquanto ferramenta de eficientização da gestão das aquisições, conforme art. 15.

A partir daí, o registro de preços federal foi regulamentado pelos Decretos nº 2.743/98, Decreto n. 3.931 (2001), Decreto n. 4.342, (2002) e na atualidade, disciplinado pelo Decreto n. 7.892 (2013). Importa destacar que no âmbito do Executivo Estadual, a integralidades dos Entes reproduziram localmente as regras delineadas pelo Executivo Federal, o que tornou inócua a ideia do legislador de que o registro de preços fosse uma normal setorial.

Ainda sobre regulamentação deste procedimento, Rigolin (2011) defende o edital como instrumento hábil a normatizar os sistemas de registro de preços, sendo dispensável a criação do regulamento. Para ele, o art. 15 da Lei 8.666/93 é auto-aplicável. Por outro lado, Odete Medauar defende a regulamentação por decreto para cada âmbito administrativo (federal, estadual, municipal).

Para o STJ, no Mandado de Segurança n. 15.647, embora autoaplicável o art. 15 da Lei n. 8.666 (1993) pode sofrer limitações por regulamento estadual, ou municipal. Por outro lado, há doutrinadores e determinados Tribunais de Contas que defendem que só por lei da União o SRP deveria ser regulamentado, consoante art. 84 da CF. (Melo, 2006, p. 321).

Para além disso, insta asserir que o SRP foi idealizado para servir de ferramenta de planeamento das compras por um período de até 12 meses, notadamente para enfrentar o problema de escassez de recursos orçamentários.

Portanto, nas compras através do registro de preços devem ser observadas as regras da Lei nº 8.666/93, bem como da Lei nº 10.520/02, Decreto 5450/2005 e demais legislações de regência. Isto porque o registro de preços não é uma modalidade de licitação, nem mesmo um tipo de registro cadastral ou pré-qualificação, traduz-se em procedimento auxiliar de compras executado por pregão ou concorrência.

Destarte, Justen Filho (2008, p. 195) destaca algumas vantagens do Sistema de Registro de Preços, a exemplo da redução de custos de armazenamento, celeridade no ressuprimento, distribuição de materiais ou na prestação de serviços, contratação ao preço médio praticado no mercado, uniformidade e regularidade na aquisição dos bens e serviços e desnecessidade de indicar dotação orçamentária como vantagens ínsitas a este procedimento.

O SRP é indicado para demandas incertas, especialmente para evitar o fracionamento de despesas<sup>15</sup>, bastante utilizado para compras rotineiras, porquanto dispensa indicação de dotação orçamentária.

De forma distinta, da licitação tradicional, no Sistema de Registro de Preços, há a figura do Gerenciador, participante e do caroneiro, todos com competências definidas pelo decreto federal.

---

<sup>15</sup> (Acórdão TCU 1365/2003, 2003) (Acórdão TCU 3146/2004, 2004, Acórdãos Plenário, Acórdão n. 158/2003 (2003), Acórdão TCU 1365/2003 (2003) e Acórdão TCU 214/2006 (2006); Acórdãos Primeira Câmara, Acórdão 1586/2003 (2003), Acórdão TCU 2366/2003 (2003), Acórdão TCU 2521/2003 (2003) e Acórdão n. 2582 (2005).

A característica marcante é que a contratação ocorre através da formalização de preços em ata, com vigência máxima de 12 meses. Para o TCU, se houver medida cautelar suspensiva e forem ultrapassados doze meses (art. 12 do Decreto 7.892, 2013), a própria vantagem da contratação pode estar prejudicada, seja qual for o adquirente (gerenciador, participante ou "carona"). Ao revés, em Minas Gerais, a contratação da totalidade do objeto da ata a exaure.

O fato é que a ata de registro de preços pode ser utilizada para atender a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo, sobretudo quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Assim, ao longo de 12 meses podem ou não ensejar contratações. Isto porque o órgão que faz a licitação por meio do procedimento de registro de preços, contrata se quiser. Para Leão (1996, p. 98) a ata de registro de preços é um pacto leonino, pois não impõe ao Poder Público nenhuma obrigatoriedade de compra, porquanto somente o fornecedor fica vinculado ao conteúdo obrigacional.

Souto Filho e Garcia (2007) defendem que é discricionária a contratação de bens e serviços pelos preços registrados e que a decisão de não adotar deve ser motivada e justificada em razão de a Lei n. 8.666 (1993) (art. 15) e que o art. 15 da Lei n. 8.666 (1993) expressou uma preferência pelo sistema, o que elide a obrigatoriedade.

Ressalve-se que, sob a perspectiva do beneficiário da ata, o prazo de vigência da ata (12 meses) impacta na referida margem de lucro, especialmente a partir de contratos passíveis de aditivos contratuais.

Outrossim, ainda que a ata represente um documento com mera expectativa de contratação, este documento oportuniza à iniciativa privada uma indiscutível vantagem competitiva. Primeiro, por não submeter-se a um novo procedimento licitatório, com exigências quanto aos requisitos de habilitação, sem quaisquer contraditórios ou impugnação de eventuais concorrentes.

Ressalve-se que, de acordo com o Painel de Compras do Governo Federal entre 2013 a 2017 foram adquiridos R\$ 264.223.488.483,64 (duzentos e sessenta e quatro bilhões, duzentos e vinte e três milhões, quatrocentos e oitenta e oito mil, quatrocentos e oitenta e três reais e sessenta e quatro centavos).

Com efeito, 53,99% foram contratação de prestação de serviços e 46,01 % à aquisição de material. Ademais, do volume de R\$ 264.223.488.483,65, R\$ 169.153.930.518,68 foram compras para fornecimento imediato. Deste valor, 71 % ocorreu por meio de dispensa e inexigibilidade, ou seja, R\$ 120.300.036.474,70. Logo, a regra, para compras imediatas, não é o procedimento licitatório.

Para além da dispensa e inexigibilidade, o registro de preços é o procedimento mais utilizado por órgãos e entidades federais. Do montante de compras para fornecimento não imediato, exatamente quanto ao que se propõe o registro de preços, foram contratados R\$ 95.182.984.659,7. Destes, 73% através de pregão, ou seja, R\$ 95.069.557.964,88 e R\$ 113.426.694,91 por concorrência e tomada de preços, ou seja, R\$ 13.306.318.919,42. Todavia, a despeito das suas vantajosidades, a partir do SRP, instaura-se o problema jurídico da reiterada e polêmica forma de aquisição, denominada carona.

## **2. Caronas em Registro de Preços e Ofensa aos Princípios da Administração**

### **Pública**

É cediço que o art 37 da Constituição aduz que 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.

Com efeito, notadamente, o inciso XXI do referido artigo diz que “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, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.



Ao revés, a permissão da carona no âmbito pátrio subverte toda lógica do procedimento de licitação e por consequência do referido mandamento constitucional. Sob o argumento de vantajosidade, são transgredidos princípios constitucionais e notadamente vários diplomas legais.

A carona, tem sido tratada por determinados órgãos e entidades como modalidade de licitação, o que é um absurdo. Nessa mesma perspectiva, órgãos federais e entidades federais, seguem na contramão dos Acórdãos TCU e a tratam como regra e não como excepcionalidade.

A carona, é órgão ou entidade que não tendo participado na época oportuna informando suas estimativas de consumo, requer, posteriormente, ao gerenciador, o uso da Ata de Registro de Preços. Todavia esse requerimento acontece após tratativas com as empresas selecionadas.

O fato é que esta forma de se adquirir bens e serviços triangulariza fornecedor ou detentor da ata de registro de preços com órgão gerenciador e órgãos aderentes. A carona rompe com o princípio da isonomia e da impessoalidade.

O procedimento em si tende a viabilizar negociatas, notadamente, pelo fato de que as atas de registro de preços são mercantilizados comercialmente e por não existir transparência nos processos de adesão.

Em termos gerais, o órgão carona escolhe a ata que vai aderir, elabora o termo de referência de modo a adequá-lo à ata de registro de preços do Gerenciador. Portanto, a sistemática consiste na quebra da impessoalidade pelo órgão carona, que antes de formalizar a adesão já mantém relação direta com o fornecedor. Neste procedimento, há um alto grau de discricionariedade por parte do gestor de compras, de tal modo que transgride-se o princípio da razoabilidade.

A seguir, o órgão carona oficia o órgão gerenciador, que a esta altura já sabe da intenção da contratação e emite autorização apenas formal. Frise-se que todas as tratativas ocorrem sem conhecimento pelos demais licitantes, apenas restritas ao âmbito da repartição, o que vulnera os princípios da publicidade, impessoalidade, isonomia, legalidade, como abaixo se exemplifica:

**Ofício n.º xxx/2018 – ÓRGÃO A**

**Local, 22 de setembro de 2018**

**Ao Ilustríssimo Senhor**

**XXXXXX**

**MD Diretor do Departamento de Compras**

**Senhor Diretor,**

**Reitero e retifico o Ofício nº XXX/2018 – XXX que versa sobre a solicitação da adesão à Ata de Registro de Preço nº XX/2017 do Pregão Eletrônico nº XX/2017 e à Ata de Registro de Preços nº XX/2017 do Pregão Eletrônico nº XX/2017, ambas realizados pela EMPRESA BENEFICIADA XX, ao tempo que encaminho a Vossa Senhoria o termo de referência**

**Respeitosamente,**

**ÓRGÃO CARONA**

Ou seja, no contato com o Gerenciador, o aderente já indica a empresa com a qual deseja contratar. Inclusive, o Gerenciador em muitos contextos solicita do aderente cartas de anuência dos fornecedores concordando com o pedido de adesão às atas de referência, quase sempre com valores milionários.

Em suma, a carona vulnera o princípio da finalidade pública, porquanto tende a viabilizar interesses particulares, sobretudo pela falha no controle e pela deficiência de participação social, de tal modo que também resta elidido o princípio da moralidade administrativa, bem como a eticidade nas relações ora travadas.

Outro ponto que merece destaque é o no tocante ao prazo para realizar a carona em cotejo com o prazo de vigência da ata. Seria razoável proposição de carona no último dia de vigência da ata? Certamente que essa postura denota ausência de planejamento por parte do órgão e ofensa ao princípio da proporcionalidade e eficiência, porquanto o agente deve cumprir suas competências, visando ao melhor resultado e com o menor custo possível, notadamente no sentido econômico-jurídico.

Dessarte, os regulamentos estaduais e municipais atribuem outros nomes para o carona: órgãos não participantes, mero usuário, caroneiro, órgãos não licitantes, participante extraordinário, ponga, terceiro, extra-ata, aderente, partícipe, órgão interessado, ou até mesmo já se emprega o verbete licitação carona. Destaca-se, inclusive, que em determinadas legislações estaduais, há a extensão da ata de registro de preços para entidades de direito privado não integrantes da Administração Pública.

Registre-se que a doutrina majoritária considera a carona sistemática de aquisição antieconômica que incrementa riscos de aquisições favorece a corrupção e a prática de atos de improbidade administrativa.

Destarte, a carona é tão prejudicial ao erário quanto a dispensa forjada, notadamente, pelo fato de que no processo de pegar e dar carona não há critérios procedimentais previamente estabelecidos, cada órgão atua de uma maneira e sem publicidade na maioria dos casos.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório segue vulnerado, como abaixo se vê:

A EMPRESA X, em atenção ao Ofício nº XXX/2018 encaminhada por V.Sa., no qual solicita adesão e saque da Ata XX/2017, vem informar que recepcionou a solicitação ao tempo em que delibera o que se segue:

- 1 Autoriza o pleito de adesão de
  - 100 (cem) SWITCH POE, Deve possuir no mínimo 24 Un 20,00 (vinte e quatro) portas 10/100/1000 Base-T com autosensing de velocidade e conectores RJ-45
  - 30 (trinta) INSTALAÇÃO DO SWITCH POE, com distância até 100 km da capital.
2. **Recomenda a contratação da referida empresa para gestão e acompanhamento da execução do serviço em pauta, como forma de assegurar a qualidade do serviço prestado, bem como garantir a efetivação das conformidades técnicas.**

Ou seja, a lógica é inversa: não é o Ente Público quem realiza pesquisa de mercado para instruir determinado processo licitatório, é o particular quem vende ao Ente público pré

selecionado. Não é incomum, inclusive, a oferta de atas às equipes de licitação e de compras, sob o fundamento de que são preços vantajosos e de que a adesão é simples e rápida. Nesse caso, para além da carona a empresa propôs a contratação de serviços específicos, o que desnatura a proposta inserta no edital da licitação original.

Historicamente, a carona foi inserida no ordenamento pátrio por meio de decreto e parece ter sido projetada para beneficiar a iniciativa privada. O Decreto nº 4.342/ 2002 incluiu artigo 8º ao Decreto nº 3.931/2001, a possibilidade de adesão, como abaixo se vê:

Art. 8º A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem. § 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na Ata de Registro de Preços.

A doutrina segue bastante dividida quanto à legalidade e juridicidade da carona, grande parcela a considera prática danosa ao erário. Nesse sentido, Justen Filho (2008, p. 195) carona representa dispensa de licitação sem previsão na Lei n. 8.666 (1993). Mukay, inclusive, diz que a carona vulnera a lei orçamentária (Lei nº 4.320/64) e representa crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666 (1993).

Guimarães e Niebuhr (2013) ponderam que o Decreto nº 7.892/2013 (atual decreto de registro de preços federal) e grande parte dos regulamentos locais, são inconstitucionais, por inovarem juridicamente, o que afrontaria o art. 84, VI, CF/88.

Outrossim, no tocante à vulneração ao princípio do planejamento e eficiência, a carona tende a desestimular órgãos a promover licitação. Inclusive, é prática comercial a divulgação das atas para que sejam contratadas pelos caroneiros tão logo sejam vencedores.

Em sentido oposto, Fernandes (2007) diz que a carona é ferramenta de gestão que desburocratiza o processo de compras ao reduzir custos operacionais de realizar um novo certame. Para ele, a Constituição Federal não obrigou a vinculação de cada contrato a um só

processo e que limitar a carona é reduzir a competitividade da disputa pois diminui a possibilidade de o particular ganhar com a economia de escala obtida pela carona de outros entes da Administração. Veja, que o autor defende a economia de escala sob a ótica privada.

Frise-se que até 2013 as compras por carona não eram submetidas a quaisquer limites quantitativos, quando a SECEX representou ao TCU com pedido de suspensão das adesões às atas do Ministério da Saúde, decorrentes do Pregão nº 16/2005 (2005).

Neste caso, o vencedor de uma ata no valor de R\$ 32 milhões, já havia comercializado para mais de 60 caroneiros, o que totalizou mais de 2 bilhões em contratos, sem qualquer contrapartida em termos de economia de escala. Além do exposto, no processo de licitação foi identificado pelo denunciante a prática danosa de jogo de planilhas.

Ao analisar a referida denúncia, o TCU exarou o Acórdão 1487/2007 cujo resultado foi a vedação de carona ilimitada. O fundamento jurídico foi de ofensa à economia de escala, a isonomia, a vinculação ao instrumento convocatório. A Corte assentou a tese de que a carona sem limites desvirtua o Sistema de Registro de Preços, além de favorecer fraudes, conluio, corrupção e ofender o princípio da livre concorrência.

Dentre outros pontos o Acórdão TCU 1487/2007 (2007) exortou que órgãos e entidades deveriam estimular a adesão prévia, bem como inadmitir a majoração e prorrogação do prazo de vigência da ata de registro de preços e que o Executivo Federal reavaliasse as regras estabelecidas no Decreto n. 3.931 (2001) de modo a fixar limites para a concessão de caronas.

Para o Executivo Federal, à época da referida representação, a carona desburocratizaria as aquisições e fixa requisitos mínimos, suficientes para resguardar a Administração, incrementa o interesse do fornecedor em participar do certame.

O Executivo federal arguiu que os licitantes não possuem certeza de que as contratações caronas ocorreriam, que a economia de escala é auto-compensativa, desestimula a oferta de preços elevados. Também arguiu que a vigência da ata de um ano elide a perenização de um só contratante. (Acórdão TCU 1487/2007, 2007)

O Executivo Federal não implementou quaisquer das recomendações do TCU, de modo a Corte exarou o Acórdão TCU 1233/2012 (2012) que restringiu os limites para caronas. Em

2012, o Executivo Federal disse não possuir tempo hábil para interromper as caronas ilimitadas, que a imposição de limite inviabilizaria os planejamentos efetuados pelos órgãos causando transtornos à logística de compras e contratações públicas com possível risco de desabastecimento em diversos setores.

Como visto, o planejamento do Executivo era pegar carona e não licitar, o que revela desproporcional, pois licitação é ou deveria ser a regra, cenário atemporal. Portanto, o decreto federal nº 7.892/2013 nasce de um contexto de necessária fixação de limites quantitativos à carona, sobretudo pelos sucessivos Acórdãos do TCU.

Para o TCU o art. 4º, § 2º, do Decreto n. 3.931 (2001) contradizia o art. 15, § 3º, inciso III, da Lei n. 8.666 (1993) de modo que o § 1º, art. 12, do Decreto n. 7.892 (2013), revogou expressamente.

Dentre outros pontos, o Decreto revogado admitia que a equipe de licitação realizasse prévias reuniões com licitantes, caronas sem fixar limites quantitativos, além de não definir carona, bem como exigir consulta prévia ao Órgão Gestor do Registro para autorizar a carona, não havia no edital estimativa para compras caronas.

O Decreto nº 7.892/2013 em conformidade com Acórdãos TCU vedou acréscimos nos quantitativos fixados na ata de registro de preços, bem como prorrogação do prazo de vigência da Ata de Registro de Preços como dispunha o Decreto nº 3.931/2001.

O Decreto n. 7.892/213, em nada inovou, porquanto transmutou dispositivos do Regime Diferenciado de Compras, a exemplo do cadastro de reserva<sup>16</sup> e do limite quantitativo para caronas a exemplo do art. 102, §3º do Decreto n. 7.581 (2011) (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC) e dos Acórdãos TCU, salvo o limite quantitativo recomendado pela Corte em 2012.

---

<sup>16</sup> O cadastro de reserva é formado após a etapa competitiva, quando os licitantes remanescentes na ordem de classificação do certame, poderão reduzir seus preços ao valor da proposta vencedora e incluídos na ata da sessão do pregão ou concorrência. Em Sergipe e na Procuradoria Geral de Justiça da Bahia, o cadastro de reserva compõe-se dos preços do primeiro colocado e dos demais fornecedores, desde que as ofertas sejam em valor inferior ao máximo admitido, sistemática mais funcional que o federal, pois aumenta o número de remanescentes.

A rigor, o Decreto nº 7.892/2013 igualou as regras das contratações de bens e serviços sem a existência das excepcionalidades que justificam a adoção do regulamento do RDC, o que por si é um ato normativo questionável.

Destarte, em relação à fixação de limites para caronas, como dito não foi utilizado o recomendado pelo TCU e sim o do RDC. Ademais, o TCU já afirmava que a falta de estimativa prévia, no edital, das quantidades a serem adquiridas por não participante impede a adesão desses entes (caronas) a atas de registro de preços constituídas após o início da vigência do Decreto 7.892/2013.

O Decreto 7.892/2013 trouxe expressamente a previsão de que o edital tem de prever o limite para caronas, assim como já exortado pelo TCU. Outro dispositivo em consonância com Acórdão TCU é o que veda a carona vertical, ou seja, que órgão ou entidade federal pegue carona em atas estaduais, municipais e do Distrito Federal.

O limite para caronas conjuga a demanda do participante com a do Gerenciador, como abaixo se vê:

§ 3º As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes.

§ 4º O instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao quádruplo do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independente do número de órgãos não participantes que aderirem.

Ademais, trouxe expressamente o conceito de Gerenciador como órgão ou entidade da administração pública federal responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços.

Por outro lado, participante é o órgão que integra sua estimativa de consumo no edital do Gerenciador na adesão prévia, incluindo outros Poderes, Estados Distrito Federal,

Municípios que compartilham um só edital e possui dos fornecedores o compromisso de fornecimento.

Nesse contexto, o decreto federal denomina de Intenção de Registro de Preços a comunicação feita pelo gerenciador através do portal SIASG. Compete ao Gerenciador aceitar ou recusar a integração de demanda de outros órgãos, além de estabelecer, o número máximo de órgãos participantes em consonância com sua capacidade de gerenciamento.

Portanto, se o órgão A (federal, com dotação específica) decide adquirir licença de uso de software por meio de registro de preços e promove a licitação de forma compartilhada com mais 05 órgãos: B, C, D, E, F, todos de Estados distintos, o limite quantitativo para órgãos caroneiros, é feito a partir da soma da quantidade estimada do Gerenciador e dos participantes, o que é um equívoco. O problema jurídico é que não há qualquer contrapartida ou observância à economia de escala, como abaixo se vê:

Tabela 1

**Cálculo de Estimativa para Caronas (R\$) – Decreto nº 7.892/2013 ( decreto federal)**

LOTE	Gerenciador	Participante	Preço Unitário	Limite Caronas	Limite por carona	Limite total caronas
1 Serviço A	1	8	2.481,352,12	40	19.850.816,96	99.254.084,80
2 Serviço B	8	61	165.423,48	305	10.090,832,28	50.454.161,40
3 Serviço C	1	11	116.400,00	55	1.280.400,00	6.402.000,00
4 Serviço D	1	8	1.934.264,79	40	15.474.118,32	77.370.591,60

**Nota.** Fonte: Elaborado pela autora.

Portanto, caso um fornecedor vença a licitação e sagre-se detentor da ata para fornecer R\$ 2.481,352,12, sua expectativa incrementa-se para até 99.254.084,80, sem considerar os eventuais termos aditivos.



De forma inconteste, a carona foi projetada para beneficiar a iniciativa privada, como visto, a integração da demanda do participante também impacta na vulneração ao princípio da economia de escala, especialmente quando edital admite a carona.

Portanto, é mais um equívoco da regulamentação da carona integrar a demanda do participante ao do Gerenciador, pois está o órgão federal intervindo indevidamente na autonomia do órgão participante autorizando um quantitativo adicional que não decorreu de sua contratação.

A carona que, em tese, seria apenas da demanda do Gerenciador é incrementada pelo volume da demanda dos participantes que já são aderentes. Portanto, vulnera-se de igual modo a economia de escala, dinâmica que só beneficia o empresariado. Ademais, em caso de crime contra a administração pública envolvendo aquisição carona, a qual jurisdição compete o processamento da ação penal?

Portanto, um dos aspectos mais polemizados em relação à legalidade da carona relaciona-se com o princípio da economicidade e vinculação ao instrumento convocatório. Primeiro, pelo fato de que a quantidade adicional comercializada pelo vencedor da ata aos caroneiros ocorre pelos mesmos preços da proposta feita ao órgão que promoveu a licitação, sem qualquer redução do preço unitário originalmente proposto no edital, vulnerando a economia de escala.

Com efeito, no âmbito de programas de governo as adesões prévias são mais recorrentes, de modo que o volume financeiro com expectativa de contratação é ainda mais expressivo. Por exemplo, a ata de registro de preços nº 11/2018 no âmbito do Programa Proinfância para compra de ônibus escolar no valor de proposta de R\$ 362.480.000,00 que de acordo com o limite do Decreto n. 7.892 (2013) pode ser majorada em até R\$ 18.124.000.000,00 (dezoito bilhões de cento e vinte e quatro mil reais).

Portanto, a carona burla os limites fixados na lei de licitações para a audiência pública e demais disposições. O Acórdão 248/2017 - Plenário (2017) diz que em licitações pelo Sistema de Registro de Preços, deve ser computado o valor previsto das caronas para aferir o limite que torna obrigatória a realização da audiência pública disposta no art. 39, caput, da Lei 8.666 (1993).

Por conseguinte, Justen Filho (2008, p. 195) destaca que a carona vulnera as regras da habilitação, porquanto com essa sistemática os limite máximo de 25% para ampliação dos quantitativos originalmente contratados não é observado.

Frise-se, que a quantidade adicional comercializada aos caroneiros não é considerada para qualificação técnica, econômico-financeira na habilitação do licitante, o que enseja questionamentos sobre a vulneração ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, isonomia e segurança jurídica.

Inclusive, há vulneração aos sistemas de registro cadastral dos entes participantes, porquanto diplomas legais estaduais requerem a formalização dos requisitos de habilitação em sistemas específicos. De tal modo que o processo de contratação decorrente da ata ocorre sem impugnações, o que vulnera o princípio da isonomia, segurança jurídica e dever de informação, dentre outros.

Para Niebuhr (2006, p. 18) a carona, favorece o lobby, tráfico de influência, o que inclui perenização de determinada empresa contratante com a Administração, ou seja, fere os princípios da impessoalidade, moralidade.

De fato, a forte guerra comercial entre os detentores de atas de registro de preços revela uma tênue aproximação entre o público-privado, relação que, por si, já vulnera o princípio da impessoalidade, pois coloca determinada empresa em vantagem competitiva em relação às demais que não participam do processo deste processo, quebra-se a impessoalidade.

De forma comparativa, é como se o vencedor da ata fosse o detentor de um título de crédito, todavia com possibilidade exponencial de auferir lucro. Inclusive, há empresas que apenas participam de licitação cujo edital admitam caronas.

Por outro lado, ao Gerenciador atribui-se um cheque em branco, porquanto além de promover a licitação, autoriza caronas, negocia com o fornecedores a redução de preços, e no caso de descumprimento da ata de registro de preços promove o seu cancelamento.

Para o regulamento federal a carona provém de um desejo, ou seja, traz um elemento subjetivo para um ato administrativo objetivo e técnico, o que ofende o princípio da segurança jurídica. Por seu turno, a redação do dispositivo aduz que após esse ato de desejo o "futuro

carona" deve justificar a vantagem da adesão em comparação à deflagração de uma licitação autônoma e obter anuência do Gerenciador.<sup>17</sup>

O decreto federal não define a autoridade competente para tais compras adicionais. De um modo geral, o pedido de adesão ocorre por meio da equipe de compras do órgão gerenciador, ou até mesmo através da equipe de licitação.

Para o Acórdão nº 2842/2016 - TCU – Plenário (2016) a carona é medida excepcional, de tal modo que a utilização deve estar fundamentada e não deve originar-se de mero costume ou liberalidade do gestor.

No tocante ao princípio da motivação, o Acórdão TCU 1297/2015 (2015) - TCU diz que o Gerenciador do registro de preços deve justificar eventual previsão editalícia de adesão à ata por órgãos ou entidades caronas, ou seja, motive a permissão de carona em editais.

Se o edital previr carona é necessário que o gerenciador realize uma justificativa específica, lastreada em estudo técnico referente ao objeto licitado e devidamente registrada no documento de planejamento da contratação, consoante previsto no Acórdão 311/2018 - Plenário (2018). Este Acórdão impõe uma obrigação de fazer ao Gerenciador, ocorre que os órgãos não o cumprem.

Em sentido contrário, diversas adesões são lastreadas em justificativas subjetivas, como abaixo se vê:

O ÓRGÃO XXX considera vantajosa a referida contratação, considerando que trata-se de uma ARP, onde já houve uma disputa prévia através de respectivo pregão.

---

<sup>17</sup> Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.

§ 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da ata de registro de preços, deverão consultar o órgão gerenciador da ata para manifestação sobre a possibilidade de adesão.

Para além disso, o TCU inadmite carona em editais que exijam visita técnica, em contratação de eventos e na aquisição separada de itens adjudicados por preço global para os quais a licitante vencedora não tenha apresentado o menor preço, como disposto no Acórdão 7243/2017 - Segunda Câmara (2017). Inclusive, considera irregular carona derivada de licitação na qual foram impostos critérios e condições particulares às necessidades do gerenciador no instrumento convocatório.

O fato é que o contato dos órgãos caronas com o beneficiário da ata é uma inquestionável quebra de isonomia e de impessoalidade. No tocante ao dever de transparência, o portal [comprasgovernamentais.org](http://comprasgovernamentais.org) não apresenta o volume financeiro de contratações decorrentes de caronas, sobretudo se as caronas são dadas para órgãos estaduais e municipais, o que transgride o princípio do controle e da eficiência.

Registre-se que o acesso a informação é direito fundamental que decorre da liberdade de expressão, prevista no Art. 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica, tratado internacional ratificado pelo Brasil em 1992.

O direito à informação pública segue regulamentado pela Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação - LAI). Esta legislação obriga União, Estados, Distrito Federal e Municípios, Tribunais de Contas e Ministério Público a disponibilizarem informação pública aos cidadãos, inclusive, por meio de pesquisa de conteúdo, relatórios em planilhas e textos, independente de requerimentos, incluindo a divulgação obrigatória em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

Por seu turno, dentre os comandos trazidos pela Lei de Acesso à informação destaca-se a transparência ativa das licitações e contratos. Ao revés, importa asserir que não há publicização das contratações caronas no âmbito do portal SIASG de forma que atenda aos comandos da Lei de Acesso à Informação.

Com efeito, até 2015 o controle do limite quantitativo das caronas era feito em uma planilha do Excel, retidas em repartições internas. Portanto, atualmente não há informação disponibilizada a respeito dos segmentos de mercado beneficiários destas contratações caronas no âmbito SIASG.

Na seara federal toda compra é feita por meio do sistema denominado SISME. Mas se o órgão não utilizar esta ferramenta o controle do limite de caronas fica restrito à repartição. Ou seja, empenhos emitidos via SIAFI, sem uso do SISME não se comunicam com o SIASG, o que significa afirmar que o volume contratado através de caronas é superior ao exposto abaixo, uma vez que a pesquisa limitou-se ao sistema SIASG e aos órgãos listados no Anexo A. <sup>18</sup>

Tabela 2

**Volume Financeiro - Caronas em Atas Federais**

Ano	Volume
2012	R\$2.776.301.974,85
2013	R\$1.660.908.829,62
2014	R\$2.541.959.966,35
2015	R\$2.379.073.940,55
2016	R\$3.119.067.234,17

**Nota.** Fonte: Elaborado pela autora <sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Informação obtida por meio de pedido de acesso à informação, através do E-SIC.

<sup>19</sup> Os dados abaixo foram obtidos através do formulário E-SIC federal, por meio de pedido de acesso à informação.

Como visto, o volume financeiro das aquisições caronas entre órgãos federais já supera os valores de 2013, época da introdução de “ limites à carona” por meio do Decreto nº 7.892 (2013), em descompasso com os Acórdãos TCU.

De acordo com dados expostos vê se que o limite imposto ao Decreto nº 7.892/2013 não inibiu o avanço da prática carona, especialmente reforçada pela cultura do discurso de rapidez, facilidade e desburocratização desta forma polêmica de aquisição. Importante destacar que não integram tais números o volume contratado por órgãos do Judiciário e Legislativo, bem como sociedades de economia mista e empresas públicas, de tal modo que há déficit de informação pública.

Importa destacar que Executivo implantou em abril de 2018, no portal SIASG, o módulo Gestão de Atas de Registro de Preço/SRP funcionalidade que restringe-se a órgãos e entidades que concedam ou pegam carona, sem permitir o acesso aos dados consolidados ao cidadão. Registre-se que esta ferramenta está parametrizada para aceitar automaticamente caronas, salvo disposição em contrário por meio do edital.

Portanto, este é mais uma ação do Executivo Federal que vulnera o princípio da publicidade, da eficiência, do planejamento e do dever de transparência esculpido na Lei de Acesso à Informação.

Os dados quantitativos das compras por registro de preços entre 2013 a 2017, demonstram o potencial econômico de lucratividade para os fornecedores vencedores das atas, especialmente pelo fato dos editais federais admitirem a carona como regra.

Frise-se que, as contratações caronas além de não observarem a economia de escala, ou seja, o fornecedor que contrata com órgãos caronas mantém-se em vantagem competitiva em relação aos demais concorrentes, porquanto tende a perenizar-se no âmbito da Administração Pública, como abaixo é delineado.

## **Vulnerabilidades decorrentes de caronas, Lacunas do Decreto nº 7.892/2013 e**

### **Acórdãos TCU após 2013**

Dentre vulnerabilidades nas aquisições caronas destacam-se a alteração posterior do objeto registrado em ata e suas condições contratuais. Por exemplo, o edital de registro de preços previu a compra de determinado computador com determinada especificação, no momento de contratação com o carona, o fornecedor entrega outro produto, ou mesmo o contrato inclui outras especificações. O fato é que essa ação claramente burla ao procedimento licitatório.

Destarte, outra irregularidade advinda de carona é quando a demanda do carona não ajusta-se ao edital da licitação, que transgride o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Ainda sobre esta perspectiva, o fornecedor vincula-se à proposta de preços que o sagrou vencedor, de tal modo que há ofensa ao referido princípio o fornecimento de quantidade adicional a outros órgãos sem oportunizar o contraditório aos demais fornecedores, uma vez que esta forma de compras está imunizada quanto ao controle social.

Neste particular, o Acórdão 2600/2017 TCU – Plenário (2017) diz que não compete ao Gerenciador aferir a vantagem da adesão de cada interessado. Para a Corte, é imperioso a compatibilidade do referido planejamento de compra do carona com o objeto consignado na ata, não servindo a esse propósito a mera reprodução, parcial ou integral, do plano de trabalho do órgão gerenciador. Todavia, é exatamente assim que as compras caronas ocorrem, a partir da reprodução do termo de referência constante no edital e adequação à necessidade do carona.

Segundo o TCU a comprovação da vantagem da adesão deve estar evidenciada pelo cotejo entre os preços unitários dos bens e serviços constantes da ata de registro de preços e referenciais válidos de mercado.

Data vênia, esse critério, em termos comerciais só é vantajoso sob a perspectiva do fornecedor. Vejamos, as pesquisas de mercado, notadamente, apresentam preços superiores aos registrados em ata, porquanto são preços ainda não submetidos à fase de disputa, ou seja, são cotações com “gordura”. Apesar de imoral, é prática comercial o incremento de preços na fase de orçamento à Administração Pública.

Portanto, o cotejo que se faz da vantajosidade da carona é superficial e não se sustenta, especialmente pelo fato serem utilizados parâmetros distintos para a referida justificativa de contratação adicional.

Cite-se que a Corte já asseriu a tese de que os preços registrados em atas podem ser usados como pesquisa de mercado aptos à instrumentalizar a fase interna da licitação (Acórdãos nº 76/2002, 2002). Ora, se estão aptos a instruir a fase interna da licitação, porque razão não está para instruir a contratação carona? Portanto, o atual cenário em que sustenta-se o conceito de vantajosidade da carona como visto, é bastante frágil, subjetivo e questionável.

Segundo, porque na aferição de vantajosidade não são considerados o impacto da economia de escala decorrente da contratação do quantitativo adicional. Terceiro pelo fato das tratativas restringirem-se aos interessados: empresa, gerenciador, caronas, sem oportunizar a ampla divulgação dos preços para que sejam cotejados com outras atas de registro de preços.

Em síntese, para o TCU o pegar carona requer planejamento, com efetivo levantamento das necessidades do caroneiro, não se admitindo a contratação baseada tão-somente na demanda originalmente estimada pelo órgão gerenciador, como disposto no Acórdão n. 998 - Plenário (2016).

Nesse íterim, é competência do carona utilizar os preços previstos na ata combinados com os quantitativos da contratação que pretende realizar para avaliar e demonstrar a economicidade de sua adesão. O TCU veda a reprodução, parcial ou integral, do plano de trabalho do órgão gerenciador, consoante Acórdão n. 1823/2017 - plenário (2017).

Dessarte, como caroneiros precisam justificar os quantitativos solicitados, a pertinência dos requisitos, das restrições e das especificações dispostos no edital às suas necessidades e peculiaridades, em obediência ao art. 6º, do Decreto 7.892 (2013) c/c artigos 3º, caput, e 15, § 7º, incisos I e II, da Lei n. 8.666 (1993), em consonância com o Acórdão 248/2017 - plenário (2017).

Neste lastro, a adesão condiciona-se à comprovação da adequação do objeto registrado às reais necessidades do órgão ou da entidade aderente e à vantagem do preço registrado em



relação aos preços praticados no mercado onde o serviço será prestado, como exarado no Acórdão n. 2877 - Plenário (2017).

Já o Acórdão 420/2018 - Plenário (2018) exorta que o carona deve utilizar outras fontes de pesquisa, a exemplo de licitações e contratos similares realizados no âmbito da Administração Pública. Destarte, a mera comparação dos valores constantes em ata de registro de preços com os obtidos junto a empresas consultadas na fase interna de licitação não é suficiente para configurar a vantajosidade da adesão à ata, haja vista que os preços informados nas consultas, por vezes superestimados, não serão, em regra, os efetivamente contratados.

Segundo o TCU é incabível o concedente dos recursos exigir que as entidades públicas de entes federados se utilizem de Atas de Registro de Preços gerenciadas por órgãos federais como condição para a celebração de convênios, ante a ausência de amparo nas normas constitucionais e legais vigentes. Esse cenário é recorrente, especialmente em âmbito municipal.

Outrossim, o TCU aduz que não há interesse recursal de empresa contratada por meio de de caronas, quando a Corte julga pela impossibilidade de renovação e prorrogação de contratos decorrentes de pregão para registro de preços e de adesão de outros órgãos à respectiva ata, tendo em vista que a contratada não possui direito subjetivo nesses casos, mas mera expectativa de direito, como disposto no Acórdão n. 1477 (2016) - Plenário.

Já o Acórdão 4222 - Primeira Câmara (2017) aduz que é irregular a adesão de entidades do Sistema S a atas de registro de preços de órgãos e entidades da Administração Pública, caso seus regulamentos próprios de licitações não prevejam tal possibilidade.

Há uma série de situações que envolvem a carona em registro de preços sem tratamento jurídico pelo decreto federal. Por exemplo, nada é dito sobre a possibilidade do carona aderir à mesma ata mais de uma vez durante a respectiva vigência. Outra lacuna é se o carona pode executar parceladamente o objeto contratado na ata.

Nesse sentido, para o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle (CGU) a assessoria jurídica do carona deve analisar a legalidade da ARP e do contrato e uma vez autorizado o procedimento a carona deve utilizar a Ata de uma única vez, não pode executá-la

de forma parcelada, o que só é permitida aos órgãos participantes e gerenciador da ARP. Com efeito, para o referido órgão, é admitido o participante ser carona na mesma ARP, quando a licitação ocorre por item e a demanda do participante não contemple todos os itens da licitação.

No âmbito federal toda e qualquer penalidade aplicada às empresas deve ser registrada no SICAF, conforme estabelece o item 6.1, da Instrução Normativa MARE-GM nº 5/1995. Ocorre que fornecedor não resta suspenso no SICAF se descumpra obrigação com o carona.

É cediço que o processo licitatório veda a participação de parentes, todavia essa regra é sucumbida com a compra feita por meio de carona. Nesse cenário, é possível que o fornecedor através do órgão gerenciador venda para órgão carona para benefício de familiares, sem controle.

Ao revés, o Decreto nº 7.892 (2013) não define responsabilidades sobre quem deve autorizar a carona e qual autoridade tem competência para solicitar a adesão tardia. Há Estados que admite o absurdo, da própria comissão de licitação anuir a referida contratação adicional.

Para além do exposto, ausência de previsão ou tratamento na possibilidade de órgão solicitar adesão a mais de uma ARP, cujos objetos registrados sejam os mesmos, bem como um órgão solicitar adesão a uma mesma ARP mais de uma vez. Outro cenário sem previsão é se órgãos participantes e gerenciador de uma ARP podem, durante a sua vigência, podem aderir à outra ARP cujo objeto seja idêntico ao já registrado em sua ata.

Dessarte, não há qualquer orientação sobre a competência de qual órgão de controle externo no caso de múltiplos entes envolvidos na referida carona e falhas no processo licitatório, ou até mesmo indícios de irregularidade na formalização das adesões.

Em sentido contrário, qual a vantagem para o interesse público o afastamento da licitação? Nesta perspectiva qual o interesse de não transparecer à sociedade e demais licitantes o processo de adesão? Com efeito, esse conceito indeterminado de vantajosidade é falacioso na medida que não decorrer de metodologias fincadas em análise econômica do direito.

Outro problema do carona é a extensão das falhas na licitação. Ora, se vício no edital este vício se estende para as demais contratações decorrentes, sem controle, portanto. Ademais, os preços registrados poderão ser revistos em decorrência de eventual redução dos preços

praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos serviços ou bens registrados. Destarte, pode ocorrer defasagem tecnológica ou obsolescência quanto a bens e serviços no prazo de 12 meses de vigência da ata.

Isto tem impacto financeiro, pois neste caso a carona concedida está sendo realizada com bens defasados a preços que em tese seriam de bens atuais. Promoveria o ininteresse público a concessão da carona em um contexto de inovação tecnológica? Certamente não, os Entes públicos estariam a adquirir com valores equiparados aos modelos atuais um bem que sairá de mercado.

Com efeito, o Decreto nº 7.892/2013 também padece de inconstitucionalidades, a exemplo da obrigatoriedade de que órgãos e entidades da Administração Federal direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista utilizem este normativo.

Guimarães e Niebuhr (2013) aduzem que decreto é ato de competência exclusiva do Poder Executivo, de modo que entidades da Administração indireta, como sociedades de economia mista, empresas públicas, bem como o Sistema S, possuem autonomia administrativa e possuem o condão de editarem regulamento próprio, ou seja, só há subordinação hierárquica no âmbito da Administração direta do Poder Executivo.

Portanto, para o referido autor o regulamento federal ultrapassa os limites da sua competência, usurpa a autonomia e a competência da Administração indireta e exorta que Estados, DF, Municípios, devam produzir seus próprios regulamentos, sendo sobretudo recomendável que não reproduzam a as normas federais.

Outro absurdo é o dispositivo do Projeto de Lei nº 6.814/2017 (2017) que reintroduz inconstitucionalidades ao referido texto, admitindo a prorrogação do prazo de vigência da ata de registro de preços.

Frise-se que o Gerenciador muitas vezes possui demanda inferior ao dos participantes e indevidamente autoriza caronas para entes com jurisdição distinta, o que é um problema jurídico incontestado e não enfrentado pela Doutrina.

Portanto, a carona é ação seletiva lastreada na autonomia privada que afronta o interesse público, o princípio do controle, legalidade, impessoalidade, moralidade, da probidade administrativa, igualdade, publicidade, eficiência, eficácia, motivação, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, da economicidade e da sustentabilidade. Ademais, essa forma de aquisição melindra o princípio do planejamento, desestimula o procedimento licitatório, tornando-o a exceção e não a regra constitucional.

## CONCLUSÃO

O Brasil tem se constituído uma democracia pelo avesso, em que não é suficiente ter a regra estabelecida constitucionalmente, algo semelhante ao que Lassale denominou de Constituição como mera folha de papel. De fato, a licitação não alcançou as suas promessas, a carona em registro de preços atesta um Estado de Coisas Inconstitucional, o que tende a perpetuar teatros de cartas marcadas e dano ao erário e à coletividade, notadamente pela omissão de informações não sigilosas.

Como visto a carona é uma sistemática de compras construção utilitarista que induz ao implemento de riscos à política de incentivo e desenvolvimento das micro empresas e empresas de pequeno porte porquanto a falha na entrega da informação repercute no incremento da desigualdade social e na efetivação de políticas públicas. Ao revés, as grandes empresas têm sido imunizadas e dominado o mercado consumidor estatal.

Portanto, o discurso de desburocratização tem sido sobreposto, indevidamente, aos demais princípios constitucionais e com eles colide. Essa prática não excepcional, tem contribuído por tornar a licitação prescindível, o que repercute ao incremento aos riscos da própria configuração de Estado democrático de direito e de consolidá-lo como um Estado de Coisas Inconstitucional.

Nessa senda, é inconteste que o Brasil é o celeiro de um complexo de desigualdades, seja na implementação de políticas públicas, na distribuição de riqueza, no acesso à

empregabilidade, acesso à jurisdição, sobretudo na regulamentação de leis e como visto na permissividade de modelos anti econômicos lastreados por regulamentos contrários à Constituição.

Rousseau na obra a Origem da Desigualdade entre os Homens critica que um punhado de pessoas nade no supérfluo, enquanto à multidão esfomeada falta o necessário e destaca o estabelecimento e o abuso das sociedades políticas. De fato, a carona em registro de preços e o descumprimento dos princípios consitucionais, especialemtne o dever de informar repercute no implemento de política pública, sobretudo porque o custo da corrupção é inconteste.

Como exposto, não são publicados termos de adesão, relação de bens e serviços contratados, ou seja, tais compras ocorrem sem oportunizar impugnação ou recursos e não há certeza econômica de que o aderente está contratando com a proposta mais vantajosa. Neste particular, esta forma de contratação incompatibiliza-se com os objetivos da Lei Complementar n. 123 (2006), com dispositivos da Lei n. 4.320 (1964), Lei Complementar n. 101 (2000), Constituição Federal e tende a esvaziar a finalidade de regulamento próprio para aquisições das Estatais.

O argumento padrão de omissão de informação em relação à contratação carona é de que órgão não tem competência para estruturar dados para eventual análise do usuário o que contribui com o incremento da omissão de informação à sociedade, com o déficit democrático e como corolário com o descumprimento do princípio da legalidade, porquanto torna inócua a própria legislação de regência, o que, nitidamente, repercute na participação democrática e no recrudescimento de práticas impregnadas de corrupção.

Cite-se a cultura de corrupção instalada na gestão privada da coisa pública, bem como negociatas com empresas que só restringem o espaço público e a participação popular. Nesse contexto, o cidadão resta limado do processo democrático e sofre os nefastos prejuízos da corrupção.

Portanto, a carona promove desigualdades, inclusive sociais, e repercute no modelo de governabilidade corrupto, ora existente e no incremento ao déficit democrático. Diante do escopo de vulnerabilidades expostas até aqui, propõe-se a vedação da carona por

consubstanciar-se ato de improbidade administrativa, tipificado no art. 10 e art. 11 da Lei n. 8.429 (1992) porquanto indiscutivelmente causa lesão ao erário e perda patrimonial.

Ao revés, propõem-se a revisão normativa do Decreto 7.892 (2013) face às suas incompletudes de modo a alinhar-se aos Acórdãos TCU. A segunda proposição é previsão da carona como sistemática de compras autônoma destinada exclusivamente à micro e empresas de pequeno porte que constarem no cadastro de reserva. No tocante a programas de governo propõem-se a carona através do cadastro de reserva.

Uma quarta proposta é a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, por ofensa à liberdade de expressão, à publicidade, moralidade, legalidade, probidade administrativa nesta sistemática de compras, bem como proposição de ação civil pública pelos legitimados e/ou ação popular.

A pesquisa reconstrói o conceito de carona e considera que é o fornecedor quem aproveita o processo licitatório, quem lucra com a deficiência de planejamento das aquisições públicas. Por seu turno, o órgão aderente neste percurso representa o veículo utilizado para concretização deste negócio empresarial, sendo mero intermediário, que também pode ter interesses escusos.

O Gerenciador é o motorista orientado pelo ponto cego, qual seja, a supervalorização da velocidade do processo de compras que tem justificado o descumprimento das regras de trânsito ora estabelecidas. Ou seja, nesta sistemática de compras a iniciativa privada segue imunizada.

Em conclusão, o Estado brasileiro experencia uma grave crise democrática, que perpassa o contexto das aquisições públicas. Infelizmente, o estado social e político segue uma perspectiva de normas utilitaristas, desiguais e assimétricas, em contraposição à proteção dos direitos fundamentais e à própria efetivação da eficácia normativa dos princípios constitucionais, ora preteridos.

## REFERÊNCIAS

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, out. 2007, p. 10. Disponível em: <<http://www.jacoby.pro.br/Carona.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

GUIMARÃES, E.; NIEBUHR, J. DE M. **Registro de preços: aspectos práticos e jurídicos**. 2 ed. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 195.

LEÃO, Eliana Goulart. O Sistema de registro de preços. Campinas: Bookseller. 1996.

MELLO, Elizabete Rosa. REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, vol. 3, n. 2, p. 343-366, USP. 2016. **A (i)legalidade da regulamentação da licitação por adesão e a aplicação da lei de acesso à informação**. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/114232/115773>>. Acesso em: 17 set. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed, rev. e atual. até a Emenda Constitucional 48. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 321.

NIEBUHR, JOEL “**O novo perfil da adesão à ata de registro de preços conforme Acórdão 1.233/2012, do Tribunal de Contas da União**”. Disponível em: <[http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/perfil\\_adesao.pdf](http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/perfil_adesao.pdf)> Acesso em: 30 ago. 2017.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Amostras no registro de preços e no pregão e o carona**. Revista Zênite Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba, n. 204, p. 136, fev. 2011.

SOUTO, Marcos Jurema Filho; GARCIA, Flávio Amaral. **Sistema de registro de preços : o efeito “carona”**. Boletim de Licitações e Contratos – BLC, São Paulo, n. 3, p. 239-248, mar. 2007.

## **O FIM DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL NA REFORMA TRABALHISTA: UMA APROXIMAÇÃO À CONVENÇÃO 87 DA OIT OU UM SUCATEAMENTO DOS SINDICATOS?**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Contribuição sindical: conceito e natureza jurídica; 3. O Direito Sindical na Convenção nº 87 da OIT; 4. O Direito Sindical na Constituição brasileira; 5. As mudanças promovidas pela Reforma Trabalhista; 5.1 Alteração nos artigos 545, 578, 579, 582 da Consolidação das Leis do Trabalho; 5.2 Ação Direta de Constitucionalidade 5.794; 5.3 A Convenção nº 87 e a Reforma Trabalhista; 6. Conclusões

**RESUMO:** A Lei nº 13.467/2017, também conhecida como Reforma Trabalhista<sup>21</sup>, modificou de maneira profunda o mundo do Direito do Trabalho, sendo a estrutura sindical um dos pontos que mais sofreram alterações. Ao mudar a redação dos artigos 545, 578, 579, 582 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>22</sup>, a Reforma Trabalhista extinguiu a contribuição sindical obrigatória, uma das principais fontes de renda dos Sindicatos brasileiros. Tal contribuição deixou de compulsória, de modo que, agora, o recolhimento passou a ser condicionado a expressa anuência do empregado. Neste sentido, utilizando-se do método

---

<sup>20</sup> Graduanda pela Universidade Federal da Bahia, 8º semestre, monitora da matéria Legislação Social e Direito do Trabalho (2017.1/2017.2), pesquisadora bolsista pelo Programa de Iniciação Científica da Universidade Federal da Bahia orientada pela Professora Doutora Andréa Presas Rocha, membro do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Relação de Trabalho, coordenado pela Professora Adriana Wzykowiski e membro do Grupo de Pesquisa da Reforma Trabalhista, coordenado pela Professora Doutora Renata Queiroz Dultra.

<sup>21</sup> BRASIL. [LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm).. Acesso em: 22 de julho de 2018.

<sup>22</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acesso em: 22 de julho de 2018.



dedutivo e da interpretação de textos normativos, doutrinários e jurisprudenciais, o presente artigo pretende analisar as modificações promovidas pela Reforma Trabalhista no que diz respeito às contribuições sindicais e se estas mudanças legislativas aproximaram o ordenamento jurídico brasileiro aos ditames da Convenção nº 87 da OIT, ou se, em verdade, prejudicou o funcionamento dos sindicatos brasileiros, em um momento no qual os trabalhadores necessitam cada vez mais do suporte das entidades sindicais, tendo em vista que fora ampliada a margem de negociação dos direitos trabalhistas e determinada a prevalência do negociado sobre o legislado. Para tanto, faz-se necessário apresentar aspectos introdutórios da contribuição sindical, tais quais conceito e natureza jurídica, analisar as regras da Convenção nº 87 da OIT e as mudanças normativas promovidas pela Reforma Trabalhista neste campo.

**PALAVRAS CHAVE:** Reforma Trabalhista, Contribuição Sindical, Convenção 87 da OIT.

**ABSTRACT:** Law 13,467 / 2017, also known as Labor Reform, profoundly modified the world of Labor Law, and the trade union structure was one of the points that suffered the most changes. By changing the wording of Articles 545, 578, 579, 582 of the Consolidation of Labor Laws, the Labor Reform extinguished the compulsory union contribution, one of the main sources of income of Brazilian Unions. Such a contribution ceased to be compulsory, so that the withdrawal now became conditional on the express consent of the employee. In this sense, using the deductive method and the interpretation of normative, doctrinal and jurisprudential texts, the present article intends to analyze the changes promoted by the Labor Reform with regard to union contributions and if these legislative changes brought the Brazilian legal system closer to the dictates of ILO Convention No. 87, or whether it actually undermined the functioning of Brazilian unions at a time when workers are increasingly in need of support from trade unions, given that the margin for negotiation of labor rights has been widened and determined the prevalence of the negotiated over the legislated. In order to

do so, it is necessary to present introductory aspects of the union contribution, such as the concept and legal nature, to analyze the rules of ILO Convention No. 87 and the normative changes promoted by the Labor Reform in this field.

**KEY WORDS:** Reform Worker; Trade Union contribution; ILO Convention 87.

## 1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que a Reforma Trabalhista<sup>23</sup>, modificou substancialmente o mundo do Direito do Trabalho, sendo a estrutura sindical um dos pontos que mais sofreram alterações. Ao mudar a redação dos artigos 545, 578, 579, 582 da CLT<sup>24</sup>, esta norma extinguiu a contribuição sindical obrigatória, uma das principais fontes de renda dos Sindicatos brasileiros.

Sucedo que, antes da aprovação, e até mesmo da elaboração do texto da Reforma Trabalhista, muitos autores<sup>25</sup> já criticavam a contribuição sindical obrigatória, sob o fundamento de que este regramento não se harmonizava com a ideia de liberdade sindical estabelecida pela Organização Internacional do Trabalho.

A Convenção nº 87 da OIT representa a expressão internacional da autonomia e da liberdade sindical, a qual não foi ratificada pelo Brasil, devido ao sistema sindical adotado à época. Esta norma prevê, entre outros princípios, liberdade de constituição de associações, liberdade de filiação, proibição ao Estado de intervir (limitando ou dificultando o exercício das

---

<sup>23</sup> BRASIL. [LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm).. Acesso em: 22 de julho de 2018

<sup>24</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acesso em: 22 de julho de 2018

<sup>25</sup> SILVA, Walkiire Lopes Ribeiro da. *REPRESENTAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE NO CONTEXTO DA LIBERDADE SINDICAL*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 101 p. 259 - 280 jan./dez. 2006, p. 10

garantias de autonomia ou de, administrativamente, suspender ou dissolver as organizações), proibição de a lei prejudicar as mesmas garantias e adoção, pelo Estado, de medidas que assegurem aos trabalhadores e aos empregadores, o livre exercício do direito sindical.

Neste sentido, é preciso analisar se a mudança promovida pela reforma trabalhista se alinhou com as demais regras da Convenção supracitada ou se tratou-se de uma estratégia para enfraquecer o sindicato, em um cenário no qual o negociado prevalece sobre o legislado, e consequentemente, a negociação coletiva ganha uma maior relevância.

Para tanto, faz-se necessário apresentar aspectos introdutórios da contribuição sindical, tais quais conceito e natureza jurídica, analisar as regras da Convenção nº 87 da OIT e as mudanças normativas promovidas pela Reforma Trabalhista neste campo.

## **2. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA**

Os sindicatos são organizações de natureza privada que reúnem pessoas em condições de vida profissional similares ou idênticas, em atividades econômicas similares ou conexas, bem como empregados que exerçam atividades consideradas diferenciadas<sup>26</sup>. Estas organizações sindicais possuem, em apertada síntese, a função de representar, tanto judicialmente como extrajudicialmente a categoria, negociar Convenções e Acordos Coletivos de trabalho e dar assistência aos trabalhadores.

Para realizar estas atividades e atuar com autonomia é necessário a construção de um sistema de financiamento das entidades sindicais, neste sentido a Constituição e a CLT criaram quatro principais receitas sindicais: Contribuição Sindical, Contribuição Confederativa,

---

<sup>26</sup> ANDRADE, Luiz Gustavo de Andrade; PAVELSKI, Ana Paula. *REFLEXOS DA REFORMA TRABALHISTA NA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: TRIBUTO QUE PERSISTE COM CARÁTER OBRIGATÓRIO*. Disponível em [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/122550/2017\\_andrade\\_luiz\\_reflexos\\_reforma.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/122550/2017_andrade_luiz_reflexos_reforma.pdf?sequence=1). Acesso em 12 de outubro de 2018, p. 2

Contribuição Assistencial e Contribuição Associativa<sup>27</sup>. As três últimas receitas são exigidas apenas dos associados do sindicato, não havendo obrigatoriedade da cobrança. Já a Contribuição sindical, tema central do artigo, até o ano de 2017, era cobrada de todos os trabalhadores da categoria, sendo descontado um dia de trabalhado no contracheque do mês de março<sup>28</sup>.

Neste sentido, entendia-se que a Contribuição Sindical se tratava de uma prestação pecuniária, cobrada de maneira compulsória, independentemente da vontade do indivíduo, exigida mediante atividade administrativa vinculada<sup>29</sup>. Assim, era impossível negar o caráter tributário da verba, a qual era entendida como uma espécie de Contribuição Social cobrada dos trabalhadores para manter o Sindicato da categoria.

Por muito tempo, a doutrina brasileira criticou a existência de uma Contribuição obrigatória, uma vez que a mesma não se coadunava com os ditames da Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho<sup>30</sup>. Deste modo, havia uma ampla defesa pelo fim desta contribuição, o que acabou ocorrendo no ano de 2017, com o advento da Reforma Trabalhista.

### 3. O DIREITO SINDICAL NA CONVENÇÃO Nº 87 DA OIT

---

<sup>27</sup> ANDRADE, Luiz Gustavo de Andrade; PAVELSKI, Ana Paula. *REFLEXOS DA REFORMA TRABALHISTA NA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: TRIBUTO QUE PERSISTE COM CARÁTER OBRIGATÓRIO*. Disponível em [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/122550/2017\\_andrade\\_luiz\\_reflexos\\_reforma.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/122550/2017_andrade_luiz_reflexos_reforma.pdf?sequence=1). Acesso em 12 de outubro de 2018, p. 3

<sup>28</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 189.960, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.11.2000.

<sup>29</sup> SOUZA, [Thainá Emília da Silva](#). *A contribuição sindical e a defesa dos direitos trabalhistas: o caráter compulsório da contribuição, em afronta ao princípio da liberdade sindical*. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/6195> Acesso em 11 de outubro de 2018, p. 20

<sup>30</sup> AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *O fim da contribuição sindical compulsória no Brasil: uma rediscussão necessária*. Revista dos Tribunais, 2016 vol. 965, março de 2016, p. 12

A OIT (Organização Internacional do Trabalho) é uma pessoa jurídica de direito público internacional, de caráter permanente, constituída de Estados, que assumem, soberanamente, a obrigação de observar as normas constitucionais da organização e das convenções que ratificam, integrando o sistema das Nações Unidas, como uma de suas agências especializadas<sup>1</sup>. Assim, a Organização realiza conferências com participação de quatro delegados de cada estado membro, para, em assembleia geral, votar as Convenções e Recomendações. As Convenções da OIT não possuem eficácia automática: devem ser apresentadas aos órgãos competentes de cada Estado para ratificá-las, o que é realizado exclusivamente pelo Congresso Nacional Brasileiro, conforme o art. 49 da CF<sup>2</sup>.

Durante a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, no dia 17 de junho de 1948, foi editada a Convenção nº 87, que disciplina a proteção ao Direito Sindical, sendo considerada como o tratado internacional precursor na formalização de uma das liberdades fundamentais do homem<sup>3</sup>. Importante destacar que, devido ao sistema sindical brasileiro, que não valoriza a ampla liberdade sindical, através da imposição de contribuição sindical obrigatória e unicidade sindical, esta Convenção não foi ratificada pelo Congresso Nacional, de modo que não integra o ordenamento jurídico brasileiro.

Esta Convenção trata, exclusivamente, do Direito Coletivo e Sindical, prevendo a ampla liberdade de organização e filiação, isto é, o seu artigo segundo estabelece que os trabalhadores e os empregadores, sem nenhuma distinção e sem autorização prévia, têm o direito de construir as organizações que acharem convenientes e filiarem-se a essas organizações<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> SOUZA, Zoraide Amaral de. A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006, p. 436

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

<sup>3</sup> ALMEIDA, Renato Rua de. O modelo Sindical Brasileiro é corporativista, Pós Corporativista ou Semicorporativista? Revista LTR, vol. 77, nº 01, janeiro de 2013, p. 5

<sup>4</sup> OIT. Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 87. Disponível em [https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal\\_mpt/86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-](https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-)

Além da face positiva do direito sindical, a Convenção 87 da OIT também prevê o viés negativo, no sentido de que as autoridades públicas devem abster-se de toda intervenção que tenha por objetivo limitar este direito ou entorpecer seu exercício<sup>1</sup>.

#### **4. O DIREITO SINDICAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA**

Em que se pese a Constituição Brasileira, em seu artigo 8º, também estabelecer a livre organização e associação, o mesmo dispositivo cria limitações a esta liberdade, ao estabelecer uma contribuição sindical prevista em lei, a unicidade sindical e a representação por categoria dentro de um sistema confederativo.

Assim, de acordo com o referido art. 8º, tem-se que, pela unicidade, deve-se respeitar uma base territorial mínima, não sendo possível criar mais de um sindicato, de uma mesma categoria, em uma mesma base territorial.

Também, a modalidade de representação deve ser por categoria profissional ou econômica, não havendo liberdade para empregados e empregadores de escolherem qual o sindicato os representará.

Ainda, prevê a possibilidade da instituição por lei de uma contribuição sindical.

Portanto, apesar de existir a liberdade de associação e organização, esta é limitada pelo sistema de unicidade sindical e da representação por categoria atualmente adotado no Brasil. O trabalhador tem a liberdade de se filiar ou não, mas desde que essa filiação seja feita no único sindicato representativo da categoria em determinada base territorial.

---

[bf75a43c54c5/Convencao\\_87\\_OIT\\_Sindicalismo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT\\_TO=url&CACHEID=RO\\_OTWORKSPACE.Z18\\_395C1B00K89D40AM2L613R2000-86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-bf75a43c54c5-kQPNDq](https://www.oit.org.br/pt-br/publicacoes/convencoes/convencao-87-oit-sindicalismo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=RO_OTWORKSPACE.Z18_395C1B00K89D40AM2L613R2000-86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-bf75a43c54c5-kQPNDq). Acesso em 13 de outubro de 2018

<sup>1</sup> GUNTHER, Luiz Eduardo. *O fim da contribuição sindical obrigatória: a crônica de uma morte anunciada*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coord). *Reforma trabalhista: ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther*. São Paulo: LTr, 2018. p. 6

Finalmente, no tocante ao viés negativo acima tratado, é dizer que no Brasil este não é plenamente observado, uma vez que o Ministério do Trabalho pode intervir no sentido de permitir ou não o registro de um sindicato, em vista da unicidade sindical<sup>1</sup>.

Desta forma, conclui-se que o Brasil ainda se encontra bastante distante da Convenção nº 87 da OIT, sendo necessária uma profunda alteração do texto constitucional.

## 5. AS MUDANÇAS PROMOVIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA

A Lei nº 13.467, também conhecida como Reforma Trabalhista, realizou uma série de modificações na seara justrabalhista, sendo o Direito Coletivo e Sindical um dos principais alvos destas alterações. Deste modo, a Lei de 2017 modificou os artigos 545, 578, 579 e 583, retirando a obrigatoriedade da contribuição sindical. Tais alterações consistiram, basicamente, em incluir em referidos dispositivos expressões como a necessidade de “prévia e expressa autorização” dos trabalhadores para desconto da contribuição sindical<sup>2</sup>.

### 5.1 AS ALTERAÇÕES NOS ARTIGOS 545, 578, 579, 582 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

---

<sup>1</sup> Dossiê Reforma Trabalhista (em construção). Campinas: CESIT, UNICAMP. Junho de 2017. Disponível em [http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie\\_FINAL.pdf](http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie_FINAL.pdf). Acesso em 12 de outubro de 2018, p. 63

<sup>2</sup> ANDRADE, Luiz Gustavo de Andrade; PAVELSKI, Ana Paula. *REFLEXOS DA REFORMA TRABALHISTA NA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: TRIBUTO QUE PERSISTE COM CARÁTER OBRIGATÓRIO*. Disponível em [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/122550/2017\\_andrade\\_luiz\\_reflexos\\_reforma.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/122550/2017_andrade_luiz_reflexos_reforma.pdf?sequence=1). Acesso em 12 de outubro de 2018, p.6

Com o advento da Reforma Trabalhista, a Contribuição Sindical<sup>1</sup>, verba anteriormente considerada obrigatória e de natureza jurídica, passou a ser exigível apenas com a anuência expressa do empregador, conforme o art. 578, alterado pela Lei nº [13.467](#). Logo, ao que parece, o imposto supracitado deixa de ter natureza jurídica tributária, uma vez que uma das características dos tributos é a sua obrigatoriedade<sup>2</sup>. Assim, até mesmo a natureza jurídica da contribuição sindical foi aparentemente transmutada, passando a ter natureza de negócio jurídico benéfico, constituindo-se em verdadeiro ato de doação de dinheiro à entidade sindical.<sup>3</sup>

A alteração nos artigos 545, 578, 579, 582 da Consolidação das Leis do Trabalho, devido ao seu caráter constitucional e relevância ensejaram diversas Ações de Declaração de Inconstitucionalidade, e até mesmo uma Ação Declaratória de Constitucionalidade, as quais foram reunidas por conexão e julgadas pelo Supremo através da ADI 5.794.

## 5.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.794

A reforma trabalhista foi uma mudança legislativa que gerou grande repercussão social, seja em vista do procedimento legislativo, seja pela exacerbada celeridade ou até mesmo pelas mudanças tão drásticas comparadas com a antiga CLT. Neste sentido, a partir da data de promulgação da Lei nº 13.467/2017, houve a propositura de diversas Ações de Controle de

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 430.985. Brasília. Diário de Justiça.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459712>

<sup>2</sup> SILVA, Wanise Cabral; GOMES, Fábio de Medina da Silva. *Contribuição sindical: o calcanhar de aquiles da receita sindical*. MARTINS, Juliane Caravieri; BARBOSA, Magno Luiz; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (Org.). Reforma trabalhista em debate: direito individual, coletivo e processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2017. p. 150

<sup>3</sup> MEIRELLES, Edilton. *Contribuição sindical e a força normativa da Constituição: inconstitucionalidade da lei que cria uma situação de inconstitucionalidade por omissão*. Revista de Direito do Trabalho, vol. 192/2018, ago/2018 p. 2



Constitucionalidade. No que diz respeito especificamente ao fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, a regra foi questionada em pelo menos 16 ações, das 24 já ajuizadas no Supremo Tribunal Federal (STF) contra as mais de 100 mudanças na CLT<sup>1</sup>.

Dentre as ações propostas no STF destaca-se aquela promovida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte aquaviário e aéreo, nas pescas e nos portos (CONTTMAF). Nesta ação direta de inconstitucionalidade (nº 5.794), distribuída para o ministro Edson Fachin, a Confederação questiona a higidez constitucional de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 545, 578, 582, 583, 587 e 602) alterados pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

A parte autora impugna a norma, sob diversos fundamentos, sendo o primeiro deles a violação dos artigos 146, II e III, 149 e 150, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Isto é, afirma que o tributo somente poderia ser extinto por meio da aprovação de uma lei complementar e não uma lei ordinária, como foi realizado com a aprovação da reforma<sup>2</sup>. Sobre este aspecto, o ministro Luiz Fux afirmou que a Constituição não elenca a contribuição sindical como um dos tributos que exigem lei complementar para estabelecer normas gerais sobre a matéria, de modo que não deve prosperar este argumento, sendo mantida o caráter facultativo da contribuição sindical.<sup>3</sup>

Além disso, a parte autora afirma que a Lei nº 13.467 desrespeita o artigo 8º da Constituição, afirmando que a compulsoriedade advém da própria norma constitucional. Todavia, conforme o ministro Fux, o dispositivo citado prevê que a contribuição subsistirá

---

<sup>1</sup> COELHO, Gabriela. STF declara constitucional fim da contribuição sindical obrigatória. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jun-29/stf-declara-constitucional-fim-contribuicao-sindical-obrigatoria> Acesso em 13 de outubro de 2018

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta Inconstitucionalidade 5794. Brasília: Distrito Federal Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta Inconstitucionalidade 5794. Brasília: Distrito Federal Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>

independente da contribuição prevista em lei, não havendo comando que determine a sua compulsoriedade.

De forma diversa, o ministro Fachin, em seu voto, chama atenção para o fato de que a CF – 88 adotou um tripé, formado pela unicidade sindical, representatividade obrigatória e custeio das entidades sindicais por meio de um tributo. Ressaltou que a retirada de apenas um desses pilares, no caso a contribuição sindical, pode ser desestabilizadora de todo o regime sindical, não podendo ocorrer de forma isolada. Logo, o último entendimento enxerga o sistema sindical brasileiro de maneira sistêmica, sem considerar os institutos isoladamente, como propõe o ministro Fux

Ademais, a Confederação também argumenta que a alteração legislativa promovida desrespeitaria direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, eis que os sindicatos têm dever de assisti-los juridicamente e que tal direito ficaria desatendido. Aduz, por fim, que haveria ferimento ao princípio da proporcionalidade, pois o Estado teria legislado de maneira abusiva<sup>1</sup>. Em relação a esta alegação o ministro Fachin afirmou que o legislador infraconstitucional reformador pode, assim, não ter observado, ao menos “prima facie”, o regime sindical estabelecido pela Constituição de 1988 em sua maior amplitude, desequilibrando as forças de sua história e da sua atual conformação constitucional, e sem oferecer um período de transição para a implantação de novas regras relativas ao custeio das entidades sindicais.

Todavia, de modo oposto, o ministro Fux entendeu que não há um enfraquecimento dos sindicatos, mas que, efetivamente, devido à contribuição sindical compulsória, houve uma proliferação de sindicatos no Brasil. Ainda afirma o ministro que o fim da compulsoriedade da contribuição, em verdade, extinguiu um ranço oriundo do Estado Novo.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta Inconstitucionalidade 5794. Brasília: Distrito Federal Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>

Em suma, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade dos dispositivos da reforma trabalhista questionados, mantendo o pagamento da contribuição sindical como facultativo. Contudo, em seu voto, o ministro Barroso chama atenção para a necessidade de modificar outros aspectos do sistema corporativista, reconhecendo que a retirada da contribuição sindical por si só, não consagra a ampla liberdade sindical no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, entende-se que além da constitucionalidade dos dispositivos, deve-se analisar se este dispositivo atingiu o seu objetivo, qual seja, ampliar a liberdade sindical brasileira.

### 5.3. A CONVENÇÃO Nº 87 E A REFORMA TRABALHISTA

Conforme exaustivamente abordado, a reforma trabalhista retirou a obrigatoriedade da contribuição sindical, questão que antes mesmo do projeto de lei da reforma, já era amplamente criticado pela doutrina, em vista da desarmonização com sistema sindical estabelecido pela Organização Internacional do Trabalho<sup>1</sup>. Ocorre que, mesmo com a mudança no aspecto das receitas, o Brasil prossegue sem ratificar a Convenção nº 87 da OIT e sem seguir os ditames desta norma em outros aspectos, como a pluralidade sindical. Assim, a retirada tão somente da contribuição, sem a realização de outras medidas que valorizem a liberdade sindical, tal como preconiza a OIT, além de prejudicar financeiramente o sindicato, em seu papel de promotor de ações na defesa e na luta por direitos sociais, manteve o trabalhador vinculado ao mesmo sindicato, sem o livre processo de escolha da organização que represente melhor seus interesses<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de . O fim da contribuição sindical compulsória no Brasil: uma rediscussão necessária. Revista dos Tribunais, 2016 vol. 965, março de 2016, p. 7

<sup>2</sup> SOUSA, José Heraldo de; DARONCHO, Leomar. *Liberdade sindical e reforma trabalhista*. Direito & justiça, n. 19897, p. 2, 13 nov. 2017.p. 1

Deste modo, entende-se que os verdadeiros problemas do sistema sindical brasileiro não foram enfrentados com a modificação dos artigos 545, 578, 579, 582 da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>1</sup>. Se o objetivo do legislativo era aproximar o ordenamento jurídico sindical brasileiro da Convenção nº 87 da OIT, deveriam ter sido realizadas outras mudanças, a começar por uma Emenda Constitucional no art. 8º da Constituição, prevendo a liberdade sindical, tal qual preconizada na Convenção nº 87 da OIT, permitindo a livre constituição de sindicatos<sup>2</sup>. De modo oposto, a unicidade sindical permanece vigendo no Brasil, estabelecendo um sindicato por categoria em cada base territorial, mas sem exigir contribuições compulsórias de associados e não associados à agremiação

Assim, a forma como a proposta de retirar a contribuição sindical foi realizada, desde o Projeto Lei tem somente a função de pressionar o sindicalismo dos trabalhadores a aceitar uma reforma nos termos colocados, sem possuir o poder de barganha e de reação aos cortes de direitos realizados pela Reforma. Conforme afirmado no Dossiê sobre a Reforma Trabalhista, que está sendo elaborado pela CESIT (UNICAMP), esta mudança constitui uma evidente chantagem sobre o movimento sindical, na medida em que ele não se sustenta por suas próprias forças, depende dos recursos financeiros assegurados pelo Estado<sup>3</sup>.

Logo, a Reforma Trabalhista, ao retirar a obrigatoriedade da contribuição sindical, aparentemente, aproxima o sistema sindical brasileiro à Convenção nº 87 da OIT, contudo, por se tratar de uma medida isolada, sem respeitar os demais princípios trazidos na norma

---

<sup>1</sup> SILVA, Wanise Cabral; GOMES, Fábio de Medina da Silva. *Contribuição sindical: o calcanhar de aquiles da receita sindical*. MARTINS, Juliane Caravieri; BARBOSA, Magno Luiz; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (Org.). Reforma trabalhista em debate: direito individual, coletivo e processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2017. p. 3

<sup>2</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Alguns Aspectos Sindicais da Reforma Trabalhista*. Rev. TST, São Paulo, vol. 83, no 4, out/dez 2017 p. 3 - 4

<sup>3</sup> Dossiê Reforma Trabalhista (em construção). Campinas: CESIT, UNICAMP. Junho de 2017. Disponível em [http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie\\_FINAL.pdf](http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie_FINAL.pdf). Acesso em 12 de outubro de 2018, p. 63

internacional, o corte de recursos, se deu na perspectiva de esvaziar as prerrogativas sindicais e de fragilizar a capacidade de ação coletiva e classista<sup>1</sup>.

Então, há em verdade, um projeto voltado para o enfraquecimento dos sindicatos, para que estes não representem os interesses dos trabalhadores, mas seja um mero mediador para garantir a competitividade da empresa.

## 6. CONCLUSÕES

Em que se pese, a Convenção nº 87 da OIT rechaçar a existência da contribuição sindical, devido a intervenção Estatal no exercício da garantia, o afastamento puro e simples desta regra, por si só, não consagra a liberdade sindical. A adoção de apenas uma das medidas previstas na convenção, sem o fomento da cultura sindical, sem a pluralidade de sindicatos e em um país onde poucos trabalhadores são sindicalizados não visa o fortalecimento do sindicato, mas sim o seu sucateamento. De fato, a contribuição sindical é um óbice para a liberdade sindical plena, mas este não é o único empecilho.

Entende-se que o fim da contribuição sindical é necessário, todavia, a Reforma, ao modificar de maneira isolada apenas o recolhimento, não buscou fortalecer os sindicatos, mas sim enfraquecer uma instituição que adquire um papel ainda mais importante com a valorização das negociações, feito pela Lei nº 13.467/2017. Atualmente, afirma-se que o negociado se sobrepõe ao legislado, mas, como um trabalhador, sem apoio de um sindicato forte, pode negociar em estado de igualdade com o seu empregador? De que modo um sindicato enfraquecido pode negociar as Convenções e os Acordos Coletivos, trazendo benesses para os trabalhadores? Então, a Reforma Trabalhista prevê que o negociado passa a sobrepor o

---

<sup>1</sup> Dossiê Reforma Trabalhista (em construção). Campinas: CESIT, UNICAMP. Junho de 2017. Disponível em [http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie\\_FINAL.pdf](http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie_FINAL.pdf). Acesso em 12 de outubro de 2018, p. 64

legislado, contudo, aquele que negocia perde sua principal fonte de renda, deixando de ter poder econômico e possibilidade de pressionar os empregados, durante a negociação.

Assim, entende-se que, de fato, a contribuição sindical obrigatória é danosa sob a luz da Convenção nº 87 da OIT. Contudo, a Reforma Trabalhista não realizou a modificação normativa com o objetivo de consagrar a plena liberdade sindical. Até porque, ainda restam algumas modificações para atingir este objetivo, como o fim da unicidade de representação sindical, por exemplo. Neste sentido, compreende que, embora, a uma primeira vista, o fim da contribuição sindical pareça um passo para aproximação do ordenamento jurídico brasileiro à Convenção nº 87 da OIT, este não é o verdadeiro objetivo da norma. Trata-se, em verdade, de uma forma de enfraquecimento do sistema sindical nacional, que perde, grande parte do seu poder econômico, e conseqüentemente, capacidade de negociação. Logo, dá-se um passo para aproximação da Convenção nº 87 da OIT, mas dois passos para trás no que diz respeito a atuação dos Sindicatos no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luiz Gustavo de Andrade; PAVELSKI, Ana Paula. *REFLEXOS DA REFORMA TRABALHISTA NA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: TRIBUTO QUE PERSISTE COM CARÁTER OBRIGATÓRIO*. Disponível em [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/122550/2017\\_andrade\\_luiz\\_reflexos\\_reforma.pdf?sequence=1](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/122550/2017_andrade_luiz_reflexos_reforma.pdf?sequence=1). Acesso em 12 de outubro de 2018

ALMEIDA, Renato Rua de. *O modelo Sindical Brasileiro é corporativista, Pós Corporativista ou Semicorporativista?* Revista LTR, vol. 77, nº 01, janeiro de 2013

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *O fim da contribuição sindical compulsória no Brasil: uma rediscussão necessária*. Revista dos Tribunais, 2016 vol. 965, março de 2016

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acesso em: 22 de julho de 2018.

BRASIL. [LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017](#). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm).. Acesso em: 22 de julho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta Inconstitucionalidade 5794. Brasília: Distrito Federal Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>. Acesso em 13 de outubro de 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 430.985*. Brasília. Diário de Justiça 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459712> Acesso em 11 de outubro de 2018

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 189.960, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.11.2000.

[CASTRO, Larissa de Paula Gonzaga](#) ; [Nogueira, Ricardo Santoro](#). *A força supralegal do Pacto San Jose da Costa Rica e a inexigibilidade da contribuição sindical*. Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Novas Tendências do Direito Público, 2014

CAMPOS, André Gambier. [Sindicatos no Brasil: O que esperar no futuro próximo?](#) Institute of Applied Economic Research (IPEA),Rio de Janeiro, 2016.

COELHO, Gabriela. STF declara constitucional fim da contribuição sindical obrigatória. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jun-29/stf-declara-constitucional-fim-contribuicao-sindical-obrigatoria> Acesso em 13 de outubro de 2018

Dossiê Reforma Trabalhista (em construção). Campinas: CESIT, UNICAMP. Junho de 2017. Disponível em [http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie\\_FINAL.pdf](http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie_FINAL.pdf) . Acesso em 12 de outubro de 2018

GUNTHER, Luiz Eduardo. *O fim da contribuição sindical obrigatória: a crônica de uma morte anunciada*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coord). Reforma trabalhista: ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2018. p. 206-215.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Alguns Aspectos Sindicais da Reforma Trabalhista*. Rev. TST, São Paulo, vol. 83, no 4, out/dez 2017

MARTINS, Sérgio Pinto. *Contribuição sindical e a reforma trabalhista*. Repertório IOB de jurisprudência : trabalhista e previdenciário, n. 15, p. 479-476, ago. 2017.

MEIRELLES, Edilton. *Contribuição sindical e a força normativa da Constituição: inconstitucionalidade da lei que cria uma situação de inconstitucionalidade por omissão*. Revista de Direito do Trabalho, vol. 192/2018, ago/2018 p. 149 - 163

OLIVEIRA, Ana Paula SILVA, Elisama Rodrigues da. *REFORMA TRABALHISTA: O QUE MUDOU?* Anais do EVINCI – UniBrasil, Curitiba, v.3, n.1, p. 51-51, out. 2017

PERRINI, Perrini. *A inconstitucionalidade do fim da contribuição sindical compulsória e o quadripé do pelegismo*. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coord). *Reforma trabalhista: ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther*. São Paulo: LTr, 2018. p. 216-224

SANTOS, Eduardo Matthaus Batista dos; VIANA, João Paulo Ribeiro. *REFORMA TRABALHISTA: O FIM DA OBRIGATORIEDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL*. Anais do II Encontro Científico da IV Semana Jurídica da UNOPAR, 2017

SILVA, Walkire Lopes Ribeiro da. *REPRESENTAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE NO CONTEXTO DA LIBERDADE SINDICAL*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 101 p. 259 - 280 jan./dez. 2006.

SILVA, Wanise Cabral; GOMES, Fábio de Medina da Silva. *Contribuição sindical: o calcanhar de aquiles da receita sindical*. MARTINS, Juliane Caravieri; BARBOSA, Magno Luiz; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (Org.). *Reforma trabalhista em debate: direito individual, coletivo e processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 147-153

SOUSA, José Heraldo de; DARONCHO, Leomar. *Liberdade sindical e reforma trabalhista*. Direito & justiça, n. 19897, p. 2, 13 nov. 2017.

SOUZA, [Thainá Emília da Silva](#). *A contribuição sindical e a defesa dos direitos trabalhistas: o caráter compulsório da contribuição, em afronta ao princípio da liberdade sindical*. Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/6195> Acesso em 11 de outubro de 2018

SOUZA, Zoraide Amaral de. *A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006, p. 436

## **REPRESENTAÇÃO PREPOSICIONAL E ETICIDADE JUDICIAL**



**Sumário.** 1. *Introdução.* 2. *Desenvolvimento.* 2.1. *A “Ideia” em Platão.* 2.2. *Pragmatismo jurídico.* 2.3. *Da preposição: preponente e preposto.* 2.3.1. *A “extensa discórdia”* 2.3.2. *O preposto não-empregado e o dever de conhecer os fatos: o paradoxo.* 2.4. *Apresentação e re-apresentação.* 2.4.1. *Verdade, mentiras e erro de percepção* 2.5. *Dos modos de sensibilidade da preposição.* 2.6. *Do conhecimento re-presentativo judicial.* 2.7. *Ética judicial.* 3. *Considerações finais.* 4. *Referências bibliográficas.*

**Resumo.** *O presente artigo tem por objeto a preposição da parte reclamada no processo do trabalho, objetivando demonstrar que, na processualística trabalhista, a figura do preposto não-empregado é sintoma de um pragmatismo jurídico reformador contrapontístico à idealidade da verdade e da justiça em si, por si e para si, cuja ética judicial não pode deixar passar ao largo da crítica contemporânea..*

**Palavras-chave:** *Preposição. Re-apresentação. Pragmatismo. Ética. Justiça.*

**1. Introdução.** Na esteira da técnica procedimental ou do princípio da oralidade que norteia a processualística trabalhista nos dissídios individuais, revela-se tempestiva e pragmática a prescrição do legislador consolidado acerca da necessidade de reclamante e reclamado comparecerem à audiência de instrução e julgamento para serem ouvidos no interrogatório acerca das coisas fático-litigiosas, visando, com isso, obter uma confissão expressa ou ficta. Nessa expectativa, muita vez, o substituto ou representante legal do reclamado pode não apresentar condições de possibilidade temporal e espacial para prestar informações verossímeis ou verdadeiras acerca das alegações fáticas articuladas na reclamação

---

<sup>1</sup> Juiz do Trabalho Substituto (Vara do Trabalho de Valença - TRT5-BA). Pós-Doutor em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca. Doutor em Filosofia pela UCSF.

e/ou contestação. E essa impossibilidade parece agravada com o advento da nova ordem consolidada trabalhista, já que recepcionou a figura do preposto com o favor legislativo de que poderá sê-lo, independentemente da qualidade ou não de empregado do preponente. De tal forma que, com essa previsão ampliativa, a expressão “*preposto-não-empregado*” passou a ser recorrente na literatura processual trabalhista. E será dela e do novo *status preposicional* que o presente artigo cuidará, com o objetivo de demonstrar que a famigerada reforma trabalhista acerca da substituição da parte reclamada na audiência de instrução e julgamento é sintoma de um pragmatismo jurídico que insiste em subjugar a verdade real e ferir de morte o Ideal de Justiça. Para consecução desse objetivo, o autor se valerá de um texto descritivo e explicativo, subdividido em três partes redutíveis entre si com vistas à percepção do fenômeno do pragmatismo jurídico que vela a figura do *preposto-não-empregado* no processo do trabalho. Na primeira, o leitor tomará conhecimento dos significados do verbete “preposição” nas disposições da CLT revogada e vigente, bem como da “extensa discórdia” hermenêutica que reinou em torno da qualidade preposicional. Na segunda, o texto trará à luz o conceito *apresentação* e *re-apresentação* sob a perspectiva jurídico-filosófica, quando, nesta, dará ênfase aos pressupostos existenciais que podem auxiliar o Juiz do Trabalho na arte de evidenciar a verdade real: os *modos de sensibilidade* (tempo e espaço), haja vista a idealidade da verdade quedar, muita vez, velada por litigantes e/ou testemunhas com fluxo no falseamento da verdade — seja quando agem culposa ou dolosamente ou por mero erro de percepção. Na última parte, retomar-se-á a figura do *preposto-não-empregado* sob o véu do pragmatismo jurídico (realismo jurídico) trabalhista para demonstrar o quanto esse método se revela contrário ao “Ideal de Verdade” e “Ideal de Justiça” — *pragma* odiosa que a eticidade judicial não poderia deixar passar ao largo, sob pena de incorrer em opacidade deontológica e teleológica.

**2. Desenvolvimento. 2.1. A “Ideia” em Platão.** Juan Carlos Alby registra que a grande novidade da filosofia platônica consiste na busca de um princípio *suprassensível*, isto é: de uma

dimensão *suprafísica* do ser, da qual depende tudo que é físico e sensível.<sup>2</sup> Afastando-se dos filósofos da natureza (dos pré-socráticos: que tentaram, sem êxito, explicar os fenômenos recorrendo a causas físicas y mecânicas), Platão trilhou um caminho que o levou ao descobrimento do ser *suprassensível*. Com Platão, dois planos passaram a existir: um *fenomênico* (sensível) e outro *metafenomênico* (suprassensível), capaz de ser captado só com a mente (“puramente inteligível”).<sup>3</sup> As coisas que compõem o *plano fenomênico*, explica Juan Carlos Alby, são mutáveis, podem ser vistas, tocadas ou percebidas com os outros sentidos corporais — contrariamente daquelas realidades que permanecem sempre idênticas e não podem ser captadas por outro meio senão pela razão e a mente, porquanto invisíveis: “El verdadero ser se encuentra en el plano inteligible de lo real”. Ora, ao transcender o plano físico (*visível* ou *sensível*) para o *plano metafenomênico*, Platão passa a navegar nas águas do inteligível (*suprassensível* ou *metafísico*), isto é, no grande mar das Ideias. Alby adverte que, para se referir às Ideias, Platão ora se vale do termo *eidos*, (“forma” ou “imagem”), ora da palavra grega *idea*, e também do vocábulo *paradigma* (“modelo”), para indicar que as ideias constituem o modelo do que cada coisa deve ser.<sup>4</sup> Segundo adverte, as “ideias platônicas” não são simples *representações mentais*, ou *pensamentos*, senão *realidades subsistentes em si mesmas*. Esclarece o comentarista que, para firmar seu caráter absoluto não manipulável pelo sujeito e carente de toda relatividade, “*Platón describe las Ideas con expresiones tales como “en sí”, “por sí”, en sí y para sí”*.”<sup>5</sup>

Las cosas sensibles son mutables y arrastradas por el devenir,  
mientras que **las Ideas permanecem inmutables**. Las cosas bellas

---

<sup>2</sup> ALBY, Juan Carlos. *Platón*. (Director) BALLESTEROS, Juan Carlos Pablo, *Introducción a la Filosofía*; 1ª ed. – Santa Fe: Universidad Católica de Santa Fe, p. 79, 2007. 350 p.

<sup>3</sup> ALBY, Juan Carlos. *Platón*, p. 80.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 81

<sup>5</sup> *Ibidem*.

pueden volverse feas, pero la causa última por la cual las cosas bellas son bellas, es decir, *la Idea de Belleza o “Belleza en sí” no puede cambiar*, pues dejaría de ser causa suprema.<sup>6</sup>

Seguindo a teoria das Ideias em Platão, tem-se que as expressões “Idea de Belleza” (*Belleza em sí, por si, em sí e para si*) e “Idea de Justiça” (*Justiça em sí, por si, em sí e para si*), como tantas outras idealidades (“Homem”, “Verdade”, “Liberdade”, “Fraternidade”, “Igualdade” etc.), guardam a característica fundamental da *imutabilidade*, querendo com essa afirmação informar que “[...] las ideas se sustraen a cualquier forma de cambio; no nacen ni perecen; son “aquello que nunca nace y siempre es”, mientras que las cosas “siempre nacen y nunca son”.<sup>7</sup> As diferenças entre as *coisas fenomênicas* e as *coisas metafenomênicas* “permitem esclarecer que, em Platão, “ser” não é sinônimo de “existir”, pois as Ideais “são” mas “não existem”, enquanto que as coisas “existem” mas “não são”.

**2.2. Pragmatismo jurídico.** É expressão que deita origem no termo grego *pragma*, que significava uma “ocorrência”, um “fato concreto” em particular, “algo prático” com consequências relevantes.<sup>8</sup> *Pragmatismo* é, por assim dizer, uma “filosofia utilitária”, já que se apoia na crença de que a “validade de uma doutrina [ou de uma ideia] é determinada pelo seu bom êxito prático”<sup>9</sup>, enfim, pela utilidade prática. Nesse sentido, parece que o pragmatismo joga com a crença de que as Ideias não bastam em si mesmas, sendo necessário que revelem dada funcionalidade ou aplicação prática.

---

<sup>6</sup> ALBY, Juan Carlos. *Platón*, p. 81.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 83

<sup>8</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Unisinos (São Leopoldo – RS) & Renovar (Rio de Janeiro – RJ) p. 657, 2006.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

Vicente de Paulo Barreto ensina que o pragmatismo jurídico é uma escola da Teoria do Direito que nasceu nos EUA no início do século XX; e que sua principal característica é o esforço de aplicar a tradição filosófica do pragmatismo ao problema da interpretação jurídica.<sup>10</sup> Para os fundadores do pragmatismo jurídico norte-americano, as instituições jurídicas deveriam ser realistas (“realismo jurídico”) quanto às “necessidades sociais que elas visam suprir”, sendo o Direito, acima de tudo, “a incorporação da história do desenvolvimento de uma nação e de seus valores fundamentais ao longo dos séculos.” Nesse realismo, as “decisões jurídicas” estariam mais próximas de uma “hermenêutica historicista” a serviço das necessidades da comunidade no presente do que de “deduções a partir de axiomas e corolários como em um tratado de silogismo.”. De modo que, para o “pragmatismo” ou “realismo” jurídico, as “regras jurídicas” devem ser entendidas em “termos instrumentais”, implicando, sempre, “contestabilidade”, “revisibilidade” e “mutabilidade”.

Barreto anota que o pragmatismo tem duas características essenciais, a saber, o *consequencialismo* e o *contextualismo*, revelando-se a primeira no “*enraizar do direito na prática, no conhecimento tácito nela gerado, e na preocupação com resultados*”; e a segunda, no definir-se pelo “*julgamento das práticas e de seu conhecimento a partir da experiência passada e dos resultados desejáveis que elas produzem em situações problemáticas*”.<sup>11</sup> De aí concluir que “*Ser pragmatista ao analisar o Direito significa considerar que teorias se tornam impraticáveis quando seu grau de abstração e generalidade é excessivo*”, de modo que as “*atitudes teóricas devem ser heurísticas*”<sup>12</sup> em sua intenção, e “*probalísticas*”, em seu conteúdo. Por conseguinte, tudo que uma “*máxima universal*” ou um “*procedimento formal*” anuncia é que “*na maior parte das vezes, provavelmente é melhor aplicar tal norma*”.<sup>13</sup> A considerar essa diretriz, não parece irrazoável dizer que houve um momento em que o *pragmatismo jurídico trabalhista*,

---

<sup>10</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. p. 656, 2006.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 656.

<sup>12</sup> Segundo Simon Blackburn (Dicionário Oxford de Filosofia, p. 182), diz-se *heurística* do “Processo, como o da tentativa e erro, para resolver um problema não há algoritmo. A heurística de um problema é um método ou regra para tentar chegar a uma conclusão”.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 657.

substanciado na hermenêutica encetada à normatização da preposição na processualística trabalhista, encetou, com felicidade prática e ontológica, a realização da “Ideia de Justiça”, na medida em que levou em conta a dupla funcionalidade do preposto no processo trabalhista: a *substituição* (do preponente) e a *re-presentação* (fática). Esse momento se deu na vigência da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, quando o percurso hermenêutico doutrinário-jurisprudencial elegeu a figura do *preposto-empregado* como representante legal mais próxima da inteligência do Legislador e do ideal de Justiça.

Mas dessa mesma felicidade parece não ter participado o *pragmatismo legislativo* e o *realismo jurídico trabalhista* hodiernos, quando, em detrimento da “Ideia de Justiça” (*Justiça em sí, por si, em sí e para si*), fizeram renascer das cinzas um projeto ideológico sepultado exatamente por valorizar mais a funcionalidade da *substituição* da parte reclamada, e menos a *funcionalidade preposicional da re-presentação fática*. A valoração daquela funcionalidade pelo pragmatismo reformador, radicada na figura do *preposto-não-empregado*, revela *pragma* minimalista que arrefece a luz do farol de toda magistratura trabalhista, a saber: a idealidade de Justiça. Ora, se, com a observância da dupla funcionalidade preposicional, o realismo jurídico, radicado na hermenêutica da CLT de 1943, conseguiu pôr termo a uma “extensa discórdia” jurídica em torno da qualidade do preposto (se empregado, ou não), a verdade é que, com o advento da CLT de 2017, a deputação legislativa, reverenciada por parte do pragmatismo jurídico trabalhista, parece ter oxigenado aquela “discórdia”, desafiando uma reação pragmática de igual força, desde que fundado em um terreno ontológico animador de uma re-presentação fática que tenha por função evidenciar a verdade real. Não obstante, essa nova “discórdia”, por mais paradoxal que seja, pode se revelar benfazeja, porque em jogo a defesa do caráter teleológico que deve animar todo o Judiciário: a perene e incansável tentativa de realização da *Justiça*. Mas para bem compreender a dimensão dessa problemática com vistas a uma solução satisfativa à idealidade de Justiça, um percurso histórico (jurídico e filosófico) deve ser realizado em torno do instituto da *preposição* e de suas funcionalidades intrínsecas.

**2.3. Da preposição: preponente e preposto.** De acordo com Antônio Houaiss, “preposição” é “ato ou efeito de prepor (ato de “pôr antes ou diante”; é “nomear alguém para assumir (cargo de chefia)”<sup>1</sup>. Também, como prefere Aurélio Buarque de Holanda, “é designar alguém para assumir a direção de qualquer interesse”<sup>2</sup>. De uma perspectiva jurídica, *preposição*:  
*preposição*:

[...] é o contrato verbal ou escrito pelo qual um mandante ou preponente constitui outrem — o mandatário ou preposto — como seu subordinado e auxiliar direto, para que este, mediante uma remuneração, realize, em nome, por conta e sob a dependência do preponente, negócios relativos às atividades profissionais deste.<sup>3</sup>

De modo que a preposição se revela sempre de modo bilateral, já que, de um lado, encontra-se o *mandante* ou *preponente*, e, d’outro, o *mandatário* ou *preposto*. Logo, *preponente* e *preposto* são partes contratuais com trânsito relevante na processualística trabalhista.

Wagner D. Giglio noticia que o conceito de preposto vem do Código Comercial de 1850<sup>4</sup>. Explica que o conceito fora “estruturado com base e levando em consideração as condições sociais e econômicas da época”; e que essas “condições sofreram, até nosso tempo, profundas alterações”<sup>5</sup>. Para Giglio, não seria viável, hoje em dia, dar ao termo preposto o mesmo significado, “*máxime* quando inserido no conjunto da legislação do trabalho, produto de modificações econômicas e sociais muito posteriores, no Brasil, à entrada em vigor do Código Comercial”<sup>6</sup>. De fato, repousando a vista sobre a proposição do § 1º, do art. 843, da

---

<sup>1</sup> HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 2289.

<sup>2</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento: direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira, processo e procedimento, prática*. São Paulo: LTr, p. 301, 2001, 574 p.

<sup>3</sup> HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 2289.

<sup>4</sup> Lei n.º 556, de 25 de junho de 1850: (Arts 74 *usque* 86, Capítulo IV (Dos feitores, guarda livros e caixeiros).

<sup>5</sup> GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, p. 213, 1993, 616 p.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943 e 2017, e a confrontando com as dos artigos 74 e 75 do Código Comercial de 1850<sup>1</sup>, é fácil perceber a identidade funcional em ambos os códigos — a saber: *prepor* ou *representar* seus patrões ou preponentes. De modo que o caráter finalístico do preposto comercial ou trabalhista é o de sempre representar os interesses de outrem (pessoa física ou jurídica).

Guardando as devidas ressalvas, o legislador consolidado de 1943 exigia que reclamante e reclamado estivessem presentes na audiência de julgamento<sup>2</sup>. Facultou, contudo, ao empregador a possibilidade de se fazer substituir *pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tivesse conhecimento do fato, e cujas declarações obrigavam o preponente*.<sup>3</sup> Mas também impôs uma sanção: o não-comparecimento do reclamante à audiência importaria arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado, revelia, além de confissão quanto à matéria de fato<sup>4</sup>. Diante da letra fria, a hermenêutica se revelou fria quanto aos efeitos, mas fervorosa quanto à causa: a possibilidade da substituição do empregador pelo *gerente, ou qualquer outro preposto que tivesse conhecimento do fato*), já que forçou seus intérpretes a tentarem responder à grande questão: seria imperativa a qualidade de empregado para o preposto substituir o preponente na audiência?

**2.3.1. A “*extensa discórdia*”.** Debruçado sobre essa problemática, José Augusto Rodrigues Pinto já denunciava a existência de uma “*extensa discórdia*” em torno de saber quem poderia ser o preposto do empregador: se o seu empregado ou qualquer pessoa<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> “Art. 74. Todos os feitores, guarda livros, caixeiros e outros quaisquer *prepostos das casas do comércio*, antes de entrarem em seu exercício, devem receber de seus *patrões ou preponentes uma nomeação por escrito*, que farão inscrever no Tribunal do Comércio (artigo nº 10, nº 2) [...]”. “Art. 75. Os *preponentes são responsáveis pelos atos dos feitores, guarda livros, caixeiros e outros quaisquer prepostos*, praticados dentro de suas casas de comércio, que forem relativos ao giro comercial das mesmas casas, ainda que se não achem autorizados por escrito.”.

<sup>2</sup> *Caput* do art. 843 da CLT/1943.

<sup>3</sup> § 1º, do art. 843 da CLT/1943.

<sup>4</sup> *Caput* do art. 844, da CLT/1943.

<sup>5</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento: direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira, processo e procedimento, prática*, p. 301.



Doutrinariamente, registra o processualista, formaram-se duas correntes de pensamento, uma defendendo que a preposição poderia recair em pessoa livre do empregador, independentemente do vínculo com ele mantido; e outra, que somente teria lugar sob o véu do vínculo empregatício entre o preponente e o preposto.<sup>1</sup> De uma perspectiva jurisprudencial, malgrado as divergências, os pretórios trabalhistas — não depois de também passar por uma “extensa discórdia” — alinharam-se à interpretação substanciada na imprescindibilidade da condição de empregado do preposto para substituir o preponente. Realmente, primeiro com a OJ nº 99 da SDI-I do TST, e depois com sua conversão na Súmula nº 377, o TST veio de confirmar a exegética com a seguinte inteligência:

*Preposto. Exigência da condição de empregado. Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar nº 123/2006.*

Na contramão da doutrina e da jurisprudência, que viam na necessidade de o preposto ser empregado do preponente uma condição *sine qua non*, o legislador reformador de 2017 entendeu por bem pôr uma pá de cal na “extensa discórdia” hermenêutica, cravando no § 3º, do art. 843 da CLT, a seguinte advertência: “O preposto [...] não precisa ser empregado da parte reclamada.”<sup>2</sup>

**2.3.2. O preposto “não-empregado” e o dever de conhecer os fatos: o paradoxo.** Mas se o pragmatismo jurídico brasileiro, ao agasalhar a tese da dispensabilidade da qualidade de empregado do preposto, conseguiu, por um lado, pôr fim à “extensa discórdia” implicada com o *status* da preposição no processo do trabalho, por outro — ao manter a exigência de que o

---

<sup>1</sup> Ibidem, p. 302.

<sup>2</sup> § 3º, do art. 843, da CLT/2017.

preposto-não-empregado “*tenha conhecimento do fato*” —, revelou-se flagrantemente paradoxal. Assim, desde que *tenha conhecimento do fato*, pouco importa se o “preposto” ou o “gerente” ou “outro qualquer” seja empregado ou não do preponente. Basta apenas que o “*não-ser*” (empregado) tenha conhecimento dos fatos.<sup>1</sup>

Curioso notar que, enquanto perdurava a cizânia doutrinária e jurisprudencial acerca do *status* do preposto, o processualista Rodrigues Pinto, do alto de sua “modesta reflexão”, já entendia por despicienda essa “extensa discórdia”, sob o fundamento de que “a única exigência posta na lei para validade da preposição do empregador” era de que o preposto tivesse *conhecimento do fato*, ou seja, “*aptidão para informar corretamente ao juiz sobre a lide, a fim de facultar-lhe a formação do convencimento para decidir*”<sup>2</sup>. Ora, a racionalidade rodriguesiana — malgrado jogar pouca luz (ou nenhuma) na questão do *status* do preposto —, coloca em pauta a seguinte questão: se o preposto tem “*aptidão para informar corretamente ao juiz sobre a lide*”? E isso é relevante não perder de vista porque não causa estranheza o conhecimento empírico de que o representante legal do reclamado (empregado, ou não), amiúde, não apresenta condições de possibilidade temporal e espacial para prestar informações verossímeis e/ou verdadeiras acerca das alegações fáticas articuladas pelas partes. Todavia, agora é lei: o preposto não precisa ser empregado da parte reclamada para substituí-la em audiência. Para sê-lo, basta apenas que *tenha conhecimento do fato*. Sobre essa necessidade, Wagner D. Giglio já se antecipara obliquamente com a seguinte proposição minimalista:

*[...] impressiona-nos a exigência legal de que o representante do empregador deve ter conhecimento do fato, o que leva a concluir ser permitido ao empregador nomear preposto o gerente ou qualquer outra*

---

<sup>1</sup> Art. 843 [...]. § 1º **É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o preponente.** [...]. § 3º **O preposto a que se refere o § 1º deste artigo não precisa ser empregado da parte reclamada**

<sup>2</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento: direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira, processo e procedimento, prática*, p. 302.

*pessoa, pois exclusivamente seu é o risco de ser tido como confesso, caso essa pessoa declare ignorar os fatos.*<sup>1</sup>

Sepultada a “extensa discórdia”, não mais importa discutir acerca da natureza do vínculo jurídico entre preposto e proponente; tampouco sobre o dever ou não de o preposto conhecer dos fatos, por se tratar de matérias já contornadas pelo pragmatismo jurídico reformador. De modo que, hoje, a discussão deve passar por outra inquietude, a saber: quem se encontra mais habilitado para conhecer e falar dos fatos da lide ao juiz, a fim de lhe facultar a formação do convencimento para decidir: o *preposto-empregado* ou o *preposto-não-empregado*?

Outra inquietação também se impõe. Com efeito, frente à indiferença do legislador ao fato de o preposto ser empregado ou não do proponente; ou ao fato se o preposto deter ou não a verdade (“real” ou “formal”), indaga-se: qual o depoimento mais apto a aproximar-se da idealidade de *Justiça*: o do *preposto-empregado* (conhecedor da “verdade real”), ou o do *preposto-não-empregado* (conhecedor da “verdade formal”? Perguntando de outra forma: quem estaria mais propício a mentir ou falsear a verdade em juízo, o *preposto-empregado* (que vivenciou os fatos), ou o *preposto-não-empregado* (que não vivenciou os fatos)? Sobre a problemática, alguns podem responder — não sem certa razão — que pouco importa a resposta, sob o argumento de que o falseamento da verdade pode ser impulsionado tanto pelo preposto-empregado, como pelo preposto-não-empregado, hipótese em que não se pode ter como certo a garantia de que o primeiro está fadado a falar a verdade e o segundo, a omiti-la ou mentir. Outros, contudo, podem responder com o “silêncio eloquente” do pragmatismo jurídico reformador. Diriam: tudo está feito; nada mais a discutir. Mas para o essencialismo jurídico, as duas respostas (a primeira calcada no indiferentismo à causa eficiente da mentira, ou verdade; e a segunda no “silêncio eloquente”) constituiriam flagrante e graciosa omissão conformativa. E não silenciar, significa, antes de tudo, transcender para o plano

---

<sup>1</sup> GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, p. 213 (negrito nosso)

metafenoménico, inteligível, incorpóreo, imutável, objetivo e unitário que importa: o da idealidade da *Justiça* (*em si, por si e para si*) — paradigma apodítico (necessário, universal e inexorável de todo juiz.

Antes, contudo, de falar dessas coisas, cabe ainda registrar que a ênfase gnosiológica substanciada na necessidade da posse e/ou senhorio do conhecimento do fato pelo preposto não é do vertente trabalho e sim do legislador consolidado (originário e reformador), pois é ele quem insiste em dizer que *qualquer outro preposto* deve ter *conhecimento do fato*. Disso não se discorda. O problema, contudo, reside em saber qual o preposto que se encontra apto para evidenciar os fatos ao juiz? Transcendendo a omissão e/ou o silêncio, imperioso voltar às “coisas mesmas”, isto é, à figura do preposto, para trazer á luz que ele não tem só a função de *substituir* o empregador na audiência de instrução e julgamento, mas também a *re-presentar* os *fatos* ou *atos* relacionados à coisa litigiosa.

Mister, portanto, que o preposto, além de *substituir* o preponente, possua também *aptidão [conhecimento] para informar corretamente ao juiz sobre a lide [fatos ou atos], a fim de facultar-lhe a formação do convencimento para decidir*. Dúplice, portanto, é a função de “qualquer” preposto na audiência de instrução e julgamento no processo do trabalho: primeiramente, a de “substituir” a pessoa física ou jurídica do empregador; e, por segundo — e concomitantemente — a de “re-presentar” os fatos ou atos. Substituir e re-presentar: eis o binômio que conformaria a representação autêntica, capaz de legitimar uma vontade legislativa. É sempre bom lembrar: não há palavra vã no Direito. Sucede que, enquanto no *mínus* da *substituição* parece não haver qualquer problema de ordem prática, já que qualquer pessoa (desde que juridicamente capaz e indicada pelo preponente) pode figurar como preposto na audiência, no da *re-presentação fática* — desde uma perspectiva ética — revela-se imperativo categórico o dever de o preposto falar a verdade; que tenha o competente conhecimento presentativo, enfim, que realmente *tenha conhecimentos dos fatos*.

**2.4. Apresentação e re-apresentação.** O conhecimento dos fatos (*conhecimento do mundo fenomênico*) pode ocorrer pela faculdade da *apresentação* ou da *representação*. A primeira é o conhecimento empírico, imediato ou direto por meio da percepção ou intuição<sup>1</sup>. Abbagano informa que esse termo foi introduzido por Spencer, a quem coube fazer a distinção entre *conhecimento presentativo* e *conhecimento representativo*. Diz-se do conhecimento *presentativo* ou por *apresentação*, o obtido quando “o conteúdo de uma proposição é a relação entre os termos, ambos diretamente presentes, como, por exemplo, “quando machuco o dedo e estou simultaneamente ciente da dor e da sua localização”, de tal sorte que a percepção ou apreensão do fato, do ato ou do objeto (físico ou mental) da experiência pessoal se dá de modo imediato, certo e direto. Já no *conhecimento representativo* (ou por *re-apresentação*)<sup>2</sup>, a cognição do objeto dado à sensibilidade e à razão ocorre de forma mediata ou remota ou indireta acerca de um conhecimento anterior. É dizer: a percepção (apreensão das coisas do mundo) não se dá à primeira vista, imediatamente — como no conhecimento presentativo —, e sim por mediação de outro conhecimento que lhe antecede, de tal sorte que o *conhecimento dos fatos* será sempre objeto de experiência alheia e anterior, trazida à luz, portanto, pela mente ou memória. Sim, é pela mente ou memória ou lembrança que o homem *re-apresenta* as coisas do plano sensível (visível).

Como um pintor que *re-apresenta* a natureza viva na tela; ou como um turista que *re-apresenta*, por meio do “click” de uma máquina fotográfica, o belo ponto turístico de uma cidade nordestina, o homem é capaz de reter na mente ou na memória tanto um fenômeno natural (o “pôr do sol”, o movimento de um tornado, a correnteza de um rio, a erupção de um vulcão, as ondas de um tsunami) como também um fenômeno artificial ou artefato humano (a explosão nuclear em Hiroshima, por exemplo). *Retido* ou *apreendido* ou *percebido* ou *re-apresentado* o mundo fenomênico, é da faculdade da memória que a mente se vale para trazer para o presente das coisas presentes o fato ou ato ou acontecimento do passado. Sim, é a mente quem guarda

---

<sup>1</sup> REALE & ANTISERI. *História da Filosofia*, p. 893.

<sup>2</sup> Cf.: SCHOPENHAUER, Arthur. [O mundo como vontade e como representação](#). São Paulo: Unesp, 2005.

na memória a *re-presentação das coisas passadas ou experienciadas*. É por meio dela e da memória que o homem *atualiza* o passado, isto é, *presentifica* as coisas passadas.

*Chego aos campos e vastos palácios da memória, onde estão tesouros de inumeráveis imagens trazidas por percepções de toda espécie... Ali repousa tudo o que a ela foi entregue, que o esquecimento ainda não absorveu nem sepultou... Aí estão presentes o céu, a terra e o mar, com todos os pormenores que neles pude perceber pelos sentidos, exceto os que esqueci. É lá que me encontro a mim mesmo e recordo das ações que fiz, o seu tempo, lugar e até os sentimentos que me dominavam ao praticá-las. É lá que estão também todos os conhecimentos que recordo, aprendidos pela experiência própria ou pela crença no testemunho de outrem.*<sup>3</sup>

Santo Agostinho (354-430) preconiza que o destino das coisas passadas é a memória, de maneira que o objeto da memória é o passado. Para Berti<sup>4</sup>, “La memoria, por tanto, es cosa de lo ya ocurrido [...] es la facultade del alma que permite conocer el pasado”. Marilena Chauí<sup>5</sup> registra haver também a *memória-fluxo-de-duração-pessoal*, que se manifesta quando, por ela, o homem guarda a lembrança de coisas, fatos, pessoas, lugares, cujo significado se revele importante para ele, seja do ponto de vista afetivo, ou dos seus conhecimentos:

*A memória não é um simples lembrar ou recordar, mas [...] uma das formas fundamentais de nossa existência, que é a relação com o tempo, e, no tempo, com aquilo que está invisível, ausente e distante, isto é, o passado. A memória [...] confere sentido ao passado como diferente do*

---

<sup>3</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo; Ática, p. 138, 2005.

<sup>4</sup> BERTI, Enrico. *Ser y tiempo en Aristóteles* – 1ª edição. Buenos Aires: Biblos, p. 74, 2011.

<sup>5</sup> CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*, p. 138-140.

*presente (mas fazendo ou podendo fazer parte dele) e do futuro (mas podendo permitir esperá-lo e compreendê-lo)*<sup>6</sup>.

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

*Algumas se apresentam imediatamente; outras fazem-se esperar por mais tempo e parecem ser arrancadas de repositórios mais recônditos. Irrompem as outras em turbilhão no lugar daquela que procuro, pondo-se em evidência, como que a dizerem: “Não somos nós talvez o que procuras”? Afasto-as da memória com a mão do meu espírito; emerge então aquela que eu queria, surgindo das sombras. Outras sobrevêm dóceis em grupos ordenados, à medida que as conclamo, uma após outra, as primeiras cedendo lugar às seguintes, e desaparecendo para reaparecer quando quero. Eis o que sucede quando falo da memória.*<sup>7</sup>

*Re-presentar* é, pois, *presentar* ou *presentificar* o passado; é trazer o passado para o presente por meio da memória. É como se existissem dois tempos presentes: um, substanciado no *presente das coisas presentes* (quando o preposto conhece ou presencia o momento da agressão física sofrida pelo Reclamante) e outro, no *presente das coisas passadas* (quando, em audiência, as partes narram ao juiz como ocorrera tal fato). No *presente das coisas presentes*,

---

<sup>6</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>7</sup> AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. São Paulo: Paulus, Livro X, 8, p. 274, 2004.

tem-se a apresentação ou conhecimento presentativo; já no *presente das coisas passadas*, a *re-presentation* ou *conhecimento representativo*. Nessa pragmática, não é forçoso perceber a lógica de que a *apresentação* sempre precede a *re-presentation*, isto é, o *conhecimento presentativo* precede o *conhecimento re-presentativo*, de modo que a existência deste depende da existência daquele. Sem essa lógica, não se pode falar de *re-presentation*, mas de mera ficção.

**2.4.1. Verdade, mentiras e erro de percepção.** De acordo com a filosofia moral de Jean-Jacques Rousseau (1712-1289), a *verdade* geral e abstrata é o mais precioso de todos os bens. Sem ela, sentença, o homem é cego: a verdade é o olho da razão. É através dela que o homem aprende a se portar, a ser o que deve ser, a fazer o que deve fazer, a rumar para o seu verdadeiro fim.<sup>1</sup> Sucede que, malgrado a necessitação da verdade e a existência incomensurável de normas morais, religiosas e legais contrárias ao vício da mentira, o homem é um ser de paixões positivas e negativas; e quando tonalizado pelas primeiras por meio de máximas universalizadas, serve à verdade; mas quando sob “*a mancha podre da natureza humana*”<sup>2</sup>, enfim, sob a pulsão negativa da mentira, silencia ou falseia a verdade.

Na linguagem corrente, mentir é dizer ou afirmar ser verdadeiro aquilo que se sabe falso; ou dar informação falsa (a alguém) a fim de induzir ao erro; ou dissimular a verdade, enganar, iludir; ou não revelar ou esconder ou ocultar a verdade; ou deixar de ser legítimo ou verdadeiro<sup>3</sup>. Mentir, vale a redundância, é contar mentira, ou seja, enganar, ludibriar, maquinar ou falsear a verdade. Em *Os devaneios do caminhante solitário*, Rousseau lembra de ter lido em um livro de filosofia que *mentir é esconder uma verdade que se deve revelar*.<sup>4</sup> Já no *Emílio ou da educação*, diz haver dois tipos de mentira: uma *de fato* e outra, *de direito*. Aquela diz respeito ao passado (acontece quando se nega ter feito o que se fez; ou quando se afirma ter

---

<sup>1</sup> ROUSSEAU, J.-J. *Os devaneios do caminhante solitário*; tradução Julia da Rosa Simões. Porto Alegre, RS: L & PM, p. 46, 2009.

<sup>2</sup> Kant *apud* LOPARIC, Zeljko. *Kant e o pretensão direito de mentir*. In: *Verdades e mentiras: 30 ensaios em torno de Jean-Jacques Rousseau*. Org. José Oscar de Almeida Marques. Ijuí (RS): Unijui, p. 78, 2005.

<sup>3</sup> HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 189.

<sup>4</sup> ROUSSEAU, J.-J. *Os devaneios do caminhante solitário*, p. 45.



feito o que não se fez; e, em geral, quando se fala conscientemente contra a verdade das coisas) e esta ao futuro (ocorre quando se *promete* o que não se planeja cumprir; e, em geral, quando se mostra uma intenção contrária à que se tem).

Rousseau advoga haver situações em que a *mentira de fato* e a *mentira de direito* podem se reunir em uma só, quando, por exemplo, “[...] o acusado de uma má ação, o culpado se defende dizendo ser um homem de bem. Ele mente, então, de fato e de direito”<sup>1</sup>. Seria o caso, também, daquela testemunha que, antes do compromisso, promete dizer a verdade e, no interrogatório ou depoimento — na esteira de uma promessa graciosa e desenraizada de compromisso moral —, mente descaradamente sobre os fatos por ele representados. Mente de direito, quando promete ao juiz dizer a verdade; e de fato, quando, conscientemente, fala contra a verdade dos fatos. Para o genebrino, a “mentira de fato não é natural”<sup>2</sup>; tampouco o é a de direito, já que as promessas de fazer ou de se abster são atos convencionais que não pertencem ao estado de natureza e derogam a liberdade. Rousseau acredita que o homem passou a mentir somente quando, abandonando o estado de natureza, ingressara no estado civil, ao argumento de que é a sociedade que corrompe o homem, apresentando-lhe o vício da mentira, e que dela conscientemente se vale para confrontar a verdade, falseando-a.

Fernando Rey Puente<sup>3</sup> ressalta que, a fim de definir a mentira, Santo Agostinho diz ser necessário saber o que se passa na mente do mentiroso, já que o mentiroso “[...] deve ser julgado pela intenção (*sententia*) de sua mente, e não pela verdade ou falsidade do que diz”. Mente, continua, aquele que, tendo algo no espírito, expressa verbalmente algo distinto disso. Logo, “[...] é a intenção que decide o caráter falacioso ou não de um enunciado”<sup>4</sup>. Na *Metafísica dos costumes*, Kant diz que a mentira é a “maior violação do dever do homem para consigo mesmo,

---

<sup>1</sup> ROUSSEAU, J.-J. *Emílio ou da educação*. São Paulo: Martins Fontes, p. 110, 2004.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> PUENTE, Fernando Rey. *Confissões: a verdade e as mentiras; notas para um confronto entre Agostinho e Rousseau*. In: *Verdades e mentiras: 30 ensaios em torno de Jean-Jacques Rousseau*. Org.: José Oscar de Almeida Marques. Ijuí (RS): Unijui, p. 69, 2005

<sup>4</sup> *Ibidem*.

considerado meramente enquanto ser moral”<sup>1</sup>; e que ela ser externa (*mendacium externum*) ou interna. Com a primeira, “o mentiroso faz de si mesmo um objeto de desprezo moral aos olhos de outrem”, já que, com esta (a mais grave), “faz de si mesmo objeto de desprezo moral aos seus próprios olhos e viola a dignidade da humanidade em sua pessoa”. É, por assim dizer, “aniquilação da dignidade humana”, “recusa à personalidade”, um “crime do homem contra sua própria pessoa”. Trata-se, continua, de uma “contradição o ato de o homem enganar a si mesmo propositalmente”<sup>2</sup>. Nessa perspectiva kantiana, seria o caso da re-presentação (obreira, preposicional ou testemunhal) eivada de mentiras agitadas pela intenção e vontade espiritual de mentir em juízo.

Não obstante, muita vez, a *re-presentação preposicional* passa ao largo da verdade sem o fluxo da mentira, podendo ser afetada por um *erro de percepção*. Esse fenômeno significativo pode ter sede tanto na re-presentação errônea do reclamante ou do reclamado ou da testemunha, como na do juiz, quando, por exemplo, na interpretação da re-presentação fática preposicional, ou na interpretação da lei. E quando a sentença se encontra fundamentada numa *re-presentação* afetada pelo *erro de percepção*, isso não significa dizer que litigantes, testemunha e juiz mentiram acerca dos fatos. Ora, conquanto colidentes com a verdade real, o certo é que a mentira e o erro de percepção não são redutíveis entre si; não se confundem, portanto; são apenas modo de escamotear a verdade, com a diferença de que, no *erro de percepção*, o agente não tem intenção de fazê-lo, incorrendo apenas em má intuição, percepção, apreciação, re-presentação ou interpretação dos fatos.

No que tange ao erro, Cunha Gonçalves ensina que ele é o juízo incorreto acerca de uma coisa, de um fato ou de uma pessoa, derivado da ignorância ou do imperfeito conhecimento da realidade das circunstâncias concretas ou dos princípios jurídicos aplicáveis.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, p. 241, 2013.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>3</sup> *Apud* NAÚFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. São Paulo: Parma, p, 517-518, 1984.

Para Galdino Siqueira, o *erro* seria a falsa noção sobre um objeto, ou melhor, a não conformidade entre a *re-presentação* e a realidade.<sup>1</sup> Nessa mesma linha, Antonio Houaiss diz que o *erro* ocorre quando o juízo ou julgamento é realizado em desacordo com a realidade observada. O *erro* seria um engano ou qualidade daquilo que é inexato, incorreto ou irregular<sup>2</sup>. Para Aristóteles, “O erro é a negação do que é ou a afirmação do que não é.”<sup>3</sup> Assim também erram, acrescenta Santo Agostinho, quando acham que o sol está próximo, porque são ativados pela ação do sol, mas ignoram sua distância real.<sup>4</sup> Parecendo seguir a fenomenologia do Santo de Hipona, Kant assevera que um juízo errôneo é o que confunde a aparência da verdade com a verdade, isto é, a aparência da realidade com a própria realidade. Kant acredita que o homem não tem como evitar a influência oculta da sensibilidade sobre o intelecto,<sup>5</sup> de tal sorte que, ao perceber as coisas que se lhe apresentam, pode incorrer em erro de percepção.

Nesse contexto, o erro é fruto da *percepção*. Diz-se *percepção* a faculdade ou ato ou o efeito de perceber ou apreender por meio do sentido ou da mente; diz-se igualmente, da função mental de representação de objetos; ou, também, da operação ou representação intelectual instantânea, aguda, intuitiva<sup>6</sup>. Esse também é o ponto de vista dos estoicos, segundo o qual a percepção expressaria “o ato cognitivo objetivo, que apreende ou manifesta um objeto real determinado (físico ou mental)”<sup>7</sup>, de tal modo que a percepção constituiria o conhecimento empírico, imediato, certo e exaustivo do objeto. Nesse sentido mais restrito, *percepção* é *presentação* ou *conhecimento presentativo*. Em sentido mais largo, seria a *re-presentação* ou *conhecimento re-presentativo* do objeto (fato ou ato ou circunstâncias) apreendido pelas faculdades mentais.

---

<sup>1</sup> Ibidem.

<sup>2</sup> HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p.1190.

<sup>3</sup> *Apud* ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 341.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 343.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, p. 2183.

<sup>7</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 753.

Conforme a síntese de Abbagnano, a *percepção* não seria o conhecimento exaustivo e total do objeto, mas uma interpretação provisória e incompleta, fundamentada em indícios ou sinalização; não implicaria garantia de validade, nem certeza; ao contrário: mantém-se na esfera do provável, de tal sorte que precisa ser submetida à prova, sendo então confirmada ou rejeitada; enfim, não seria um conhecimento perfeito e imutável, e, por isso, possui a característica da corrigibilidade. É que, ao presenciar o fato, objeto de investigação judicial, pode acontecer de o preposto incorrer em *erro de percepção*. E quando tal ocorre, seu depoimento em juízo não pode ser considerado uma mentira, já que, ao incorrer em *erro de percepção* ou de má *re-presentação*, não se valera de *animus* volitivo para falsear a verdade. Para Santo Agostinho, é a partir da concordância ou não do que é expresso mental e verbalmente que se depreende a mentira, pois “*quem expressa o que crê ou opina interiormente, ainda que isso seja falso, não mente*”.<sup>1</sup> Ao contrário, ao depor conforme a *re-presentação* ou *percepção errônea*, significa apenas que se equivocara quanto à realidade que se lhe apresentara. A realidade por ele imaginada não passara de uma aparência. A propósito, um preposto romântico incorreria em *erro de percepção* ao declarar que presenciara o “pôr do sol”, malgrado sabido com a teoria heliocêntrica que o sol não se põe — já que posto: cabendo à terra cotejá-lo com seus movimentos orbitais de rotação e translação. Já na seara trabalhista, um preposto incorreria em *erro de percepção* ao declarar em juízo, por exemplo, que o reclamante se valera de uma arma de fogo (revolver), quando previamente a perícia já tinha atestado ser de brinquedo.

No modo de perceber os fatos e os fundamentos jurídicos, o juiz também pode incorrer em *erro de percepção* ou *erro de fato* (*error facti*), consistente no engano sobre uma circunstância material, ou em falsa noção dos fatos ou das condições em que se aplica a regra de direito, quando, por exemplo, toma por autoridade pessoa que não é<sup>2</sup>. Pode, também,

---

<sup>1</sup> *Apud*: PUENTE, Fernando Rey. *Confissões: a verdade e as mentiras; notas para um confronto entre Agostinho e Rousseau*, p. 69.

<sup>2</sup> NAÚFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*, p 519.

incorrer em *erro de direito* (*error juris*), consistente numa falsa opinião ou conceito sobre aquilo que está contido na norma jurídica. Em uma e outra hipóteses, diz-se que o juiz incorreu em *error in judicando*, isto é, incorreu em má apreciação dos fatos ou das provas<sup>1</sup> ou do direito positivado. E porque a *re-presentação* não pode ser significado como um conhecimento perfeito, a percepção errônea emergente das partes ou da testemunha ou de um juiz pode e deve ser corrigida pelo tribunal. De modo que, o que se condena, aqui, não é o *erro de percepção*, malgrado possa levar o julgador a não fazer a justiça proporcional. Condena-se, sim, o absurdo da pretensa primazia da falsa *re-presentação preposicional* radicada na mentira consciente e falseadora da verdade, com manifesto prejuízo à moralidade e à justiça.

Mas o presente artigo não tem a intenção de erradicar os *erros de percepção*, tampouco a *mentira*. Seria uma absurdidade se assim pretendesse, já que, antes, teria que erradicar o homem, que, malgrado portador de virtudes inatas (bondade, piedade, amor de si, consciência), é nele que o vício da mentira encontra agasalho; é nele que, apesar de senhor possuidor das faculdades sensitivas e intelectuais, repousa a falibilidade humana involuntária (*erros de percepção*) ou voluntária (a *mentira*). Pois bem. Posto que o homem se encontra implicado com vícios sociais radicados e fomentados pelo *amor próprio*<sup>2</sup>, o desejo é apenas o de apresentar alguns preservativos contrários ao incremento de depoimentos preposicionais contaminados pelo vício da mentira; subsídios ou aportes teóricos que, bem compreendidos e apreendidos, em muito colaborarão para tornar o processo de conhecimento um celeiro de *re-presentações preposicionais* mais consentâneas com a verdade e a justiça. Eis a utopia apodítica (necessária e universal) que o pragmatismo jurídico reformador insiste em passar ao largo, ao

---

<sup>1</sup> Ibidem.

<sup>2</sup> De acordo com Jean-Jacques Rousseau, se, no estado de natureza, o homem nasce livre e vive sob o condão do *amor de si*, ao ingressar no estágio civil, passa a conhecer e a coexistir com outra paixão: o *amor próprio* — amor esse que não se confunde com o *amor de si* (amor voltado para defesa e autopreservação de si ou de outrem). No *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, Rousseau evidencia a impossibilidade de confusão entre essas duas espécies de amor, porque distintos entre si e em seus efeitos. Explica o genebrino que o amor de si mesmo é um sentimento natural que leva todo e qualquer animal a cuidar de sua própria preservação e que, guiado no homem pela razão e modificado pela compaixão, cria humanidade e virtude.

assegurar à parte reclamada o direito se fazer substituir por um *preposto não-empregado* — muita vez, carente de condições temporal e espacial para conhecer e bem re-presentar os fatos.

Seguindo essa utopia, cumpre então recordar que o juiz é o destinatário direto do depoimento preposicional, cabendo-lhe interrogar ou inquirir sobre os fatos articulados na causa; recordar, igualmente, que a matéria de interrogatório se circunscreve aos fatos ou circunstâncias susceptíveis de conhecimento sensível<sup>1</sup>, porque o preposto é também pessoa física dotada de *sentidos e razão* capazes de habilitá-lo à captação de fatos e à transmissão em sua projeção jurídica<sup>2</sup>. Nessa mirada, mister então que o preposto tenha conhecimento (direto<sup>3</sup> ou indireto<sup>4</sup>) ou captação dos fatos da lide. De sorte que a validade do seu depoimento acerca dos fatos constitui “*credibilidade histórica*”. E para avaliar essa credibilidade, Hamilton<sup>5</sup> diz ser preciso inicialmente considerar a “*fidedignidade do testemunho*”, isto é, a sinceridade e competência [do preposto]; é preciso, acresce, considerar, também, a “*probabilidade objetiva*” do fato, isto é, a possibilidade absoluta e relativa do próprio fato. Na perspectiva do presente estudo, a *estética transcendental kantiana* (doutrina do conhecimento sensível e de suas formas *a priori*) concorre consideravelmente como aporte axiológico positivo para verificação e validação inicial da “credibilidade histórica” da *re-presentação preposicional* no processo do trabalho.

**2.5. Dos modos de sensibilidade da preposição.** Com efeito, de acordo com os estudos de Giovanni Reale e Dario Antiseri, Kant define o termo *transcendental* como sendo “[...] todo conhecimento que não se relaciona com objetos, mas sim com o *nosso modo de conhecer os*

---

<sup>1</sup> SANTOS, Moacir Amaral. *Comentários ao Código de Processo civil*, Lei nº 5. 869, de 11 de janeiro de 19373, vol. IV: arts 332-475. Rio de Janeiro: Forense, p. 298-299, 1988.

<sup>2</sup> PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento*, p. 413.

<sup>3</sup> De testemunhas *oculares*, ou *de vista*, ou *de visu* (“*testis oculatus*”): *daquelas que assistiram ao fato sobre o qual vão depor*. (Cf.: NÁUFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*, p. 834).

<sup>4</sup> De testemunhas *auriculares*, ou *por ouvir dizer*, ou *de ouvida alheia*: *aquelas que sabem do fato por lhes ter sido narrado por outrem*. (Ibidem).

<sup>5</sup> Apud ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 958.

*objetos*, enquanto for possível *a priori*. ”<sup>1</sup>. Aduzem que os “*modos de conhecer a priori do sujeito*” são a sensibilidade e o intelecto. Nessa linha, *transcendentais* seriam os *modos da sensibilidade do intelecto*. Esses *modos* são *estruturas a priori*, porque próprias ao sujeito e não ao objeto. Nesse contexto, concluem, “transcendental” é *aquilo que o Sujeito põe nas coisas no ato mesmo de conhecê-las*.

Na linha da doutrina do conhecimento sensível e de suas *formas a priori* sob a perspectiva kantiana, tem-se que o homem conhece pelos sentidos e pelo intelecto, significando dizer que os objetos são “dados” ao homem pelos sentidos, e pensados pelo intelecto.<sup>2</sup> Conforme Reale e Antiseri, a doutrina do sentido e da sensibilidade, Kant chama de “estética”, não no sentido hoje usual do termo, mas no seu significado etimológico, em grego, *aísthesis*, de “sensação” e “percepção sensorial”. Tem-se, por conseguinte que a “estética transcendental” é a doutrina que estuda *estruturas da sensibilidade*, ou seja, os modos como o homem recebe as sensações e como se forma o conhecimento sensível<sup>3</sup>.

A “**sensação**” é *pura modificação ou impressão que o sujeito recebe (passivamente) pela ação do objeto (como, por exemplo, quando sentimos calor ou frio, vemos vermelho ou verde, provamos doce ou amargo [...]). A “sensibilidade” é a faculdade que temos de receber as sensações, ou seja, a faculdade através da qual somos suscetíveis de sermos modificados pelos objetos. O objeto da intuição sensível chama-se “fenômeno”, que significa (do grego *phainómenon*) “aparição” ou “manifestação” [...] No conhecimento sensorial, não captamos o objeto como é em si mesmo, mas, precisamente, tal como “aparece” para nós [...]. A “intuição” é o conhecimento imediato dos objetos. As “intuições*

---

<sup>1</sup> REALE & ANTISERI. *História da Filosofia*, p. 873.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 872

<sup>3</sup> *Idem*.

*puras*” ou “*formas*” da sensibilidade são somente duas: o espaço e o tempo.<sup>1</sup>

Explicando a estética kantiana, Reale e Antiseri defendem que as “**intuições puras**” ou “**formas da sensibilidade**” (espaço e o tempo) são *modos e funções próprios do Sujeito*, “*formas puras da intuição sensível como princípios do conhecimento*”. Por essa razão, entendem ser evidente que o homem não deve sair de si mesmo para conhecer as “formas” sensíveis dos fenômenos (espaço e tempo), porque já as possui nele mesmo “*a priori*”. Em Kant, explicam, o *espaço é a forma* (o modo de funcionamento) do sentido externo, ou seja, a condição à qual deve satisfazer a representação sensível de objetos externos; já o *tempo é a forma* (o modo de funcionamento) do sentido interno (e, portanto, a forma de todo dado sensível interno enquanto por nós conhecido). Nessa medida, concluem com Kant que *o espaço abarca todas as coisas que podem aparecer exteriormente*<sup>2</sup>, e *o tempo abarca todas as coisas que podem aparecer interiormente*<sup>3</sup>. De modo que o homem só capta as coisas como *espacial e temporalmente determinadas* porque tem uma sensibilidade assim configurada.

Por sua vez, ao espantar-se com o tempo, Santo Agostinho confessa que “*Se ninguém me pergunta, eu sei. Porém, se quero explicá-lo a quem me pergunta, então não sei.*”<sup>4</sup>. Mas de pronto o musicista baiano Jauperi explica que o tempo é uma antinomia, porque... “*Vixe mainha... O tempo é tudo; o tempo é nada*”. E para quem se associa à lei segundo a qual o “tempo é tudo”, parece não haver dúvida quanto à crença na existência de três formas temporais — a saber: um *tempo passado* (como as frases e orações até aqui formuladas), um *tempo presente* (a leitura das palavras nestes parênteses) e um *tempo futuro* (as locuções e argumentos jurídico-filosóficos a serem articulados e analisados nos parágrafos que serão construídos sobre a temática do pragmatismo jurídico). A essas três fases, onde o tempo “é

---

<sup>1</sup> Ibidem, p. 874.

<sup>2</sup> Como o instrumento perfurocortante que provocou a cicatriza facial queloidiana.

<sup>3</sup> O momento em que a visão da testemunha autoriza a representação da agressão ao Reclamante.

<sup>4</sup> AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. São Paulo: Paulus, Livro XI, 17, p. 338, 2004.



tudo” (passado, presente e futuro), o senso comum e a tradição filosófica costumam chamar de *tempo objetivo, físico, mecânico, medível, cósmico, quantitativo, contábil*, enfim, como prefere Aristóteles, o *tempo cronológico*.

Sucedo que, quando Santo Agostinho declara, nas *Confissões*, não saber explicar o tempo a quem lhe pergunta, a confissão negativa é mais aparente do que real, não passando mesmo de mera licença socrática <sup>1</sup>, já que o santo africano bem sabia falar sobre o tempo. Mas ao dele cuidar, malgrado levasse em conta o tempo quantitativo ou cronológico (o passado, o presente e o futuro), preferiu significá-lo sob uma perspectiva *qualitativa* ou *espiritual* ou *psicológica*, <sup>2</sup> já que tomou o tempo como um fenômeno que revela *a impressão do antes e do depois que as coisas geram no espírito*; sobre o tempo que representa o sentimento de presença das imagens que sucederam, ou sucedem ou que não de suceder. Nessa *intencionalidade*<sup>3</sup>, o tempo seria então uma *expectação do futuro*, uma *atenção ao presente*, ou uma *memória do passado*. O tempo seria uma *distensão da alma* que possibilita a existência do futuro, do pretérito e do presente na *mente*. Como no gerúndio, o homem retém na mente o *presente das coisas passadas*, o *presente das coisas presentes* e o *presente das coisas futuras*. Em suma, o tempo sob a perspectiva agostiniana é *um durante do antes*, *um durante do agora* e *um durante do que virá*.

Vê-se que um dos *modos de sensibilidade* kantianos (o tempo) pode ser compreendido nas duas dimensões temporais significadas por Aristóteles (o *tempo cronológico*: o do relógio) e Santo Agostinho (o *tempo espiritual*: o tempo da mente). E isso é importante reter, porque, sem se dar conta desses fenômenos temporais, o preposto há de ter participado tanto do *tempo*

---

<sup>1</sup> “Só sei que nada sei.”: Sócrates (470-399) se valia do método maiêutico (maieutikos: o que age como uma parteira), para extrair as ideias por meio de perguntas, cujas respostas já se encontram na mente do sujeito.

<sup>2</sup> “Psicológico. “[...] o que se refere à consciência do indivíduo, ou seja, às atitudes ou às valorações individuais. Nesse sentido, diz-se, p.ex., que se trata de uma questão puramente psicológica, quando diante de uma questão cuja base não pode ser encontrada nos fatos ou no âmbito de determinado universo de discurso (p.ex. científico, lógico, etc.)” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, p. 811).

<sup>3</sup> AGOSTINHO, Santo. *Confissões*, Livro X, p. 355.

*cronológico aristotélico* (já que necessariamente teria que ter vivenciado ou presenciado ou assistido ao fato denunciado nos autos) como do *tempo espiritual agostiniano* (quando, em juízo, *re-presenta* os fatos, trazendo para o presente das coisas presentes (o momento em que ocorre o depoimento em audiência) as coisas passadas (os fatos, atos e/ou circunstâncias).

Indubitavelmente, o preposto deve experimentar o *tempo presentativo* (o cronológico) e o *tempo re-presentativo* (o espiritual). Nessa lógica temporal, é força concluir que a *re-presentatione preposicional* se encontra sob a órbita do tempo agostiniano (tempo espiritual ou psicológico: do tempo que deve ter lugar na mente ou memória do preposto), já que o tempo aristotélico (cronológico) não existe mais, conquanto dele a preposição tenha que ter a posse e o senhorio, enquanto modo de sensibilidade ou condição da possibilidade fenomênica (o fato em análise) com vistas ao esclarecimento da verdade.

Logo, conquanto os *modos de sensibilidade* (tempo e espaço) constituam condição formal *a priori* de todos os fenômenos — já que somente existem no espaço e no tempo —, é imperioso dizer que necessariamente concorrem para a “realidade empírica”, na medida em que nenhum objeto pode ser dado aos nossos sentidos sem se submeter a eles; e têm “idealidade transcendental” porque *não são* inerentes às coisas como suas condições, mas são apenas “formas da *nossa* intuição sensível”; não são formas do objeto, mas sim formas do Sujeito.<sup>1</sup>

Enquanto homem (ou *sujeito*, como prefere Kant), o preposto deve se encontrar incondicionalmente implicado com as “**intuições puras**” ou “**formas**” ou “**modos**” da sensibilidade”. Em uma palavra: implicado com o espaço e com o tempo; de tal maneira que os objetos (fatos, atos ou circunstâncias) “dados” aos seus sentidos revelam condições de possibilidade para serem *re-presentados* com esteio numa “realidade empírica”, precisamente porque é essa “realidade empírica” (“intuições puras”, “formas” “modos de sensibilidade”: o

---

<sup>1</sup> REALE & ANTISERI. *História da Filosofia*, p. 875.

espaço e o *tempo*) que qualifica e legitima a “credibilidade histórica” da *re-presentação preposicional* — enfim, a verdade. A “credibilidade histórica”, substanciada pela “realidade empírica” e pelos “modos de sensibilidade” do preposto, impõe-se ao juiz como pressuposto válido de verificação *a priori* (sem experiência) acerca das condições de possibilidade de a *re-presentação preposicional* constituir o conhecimento ou o cabedal de informações contemporâneas aos acontecimentos fáticos sem prejuízo da verdade e, na via oblíqua, da Justiça.

Logo, o preposto que carece dos *modos de sensibilidade* (tempo e espaço) da realidade empírica articulada nos autos do processo é indiciário de que concorrerá em Juízo para calar ou falsear a verdade (mentir). Por ilustração, tome-se uma reclamação trabalhista, onde a inicial declara que o reclamante laborara como motorista de caminhão e que viajava sozinho nas rodovias federais, realizando entregas de mercadorias, sob a alegação de que não lhe era concedido intervalo intrajornada. Imagine-se que, em substituição ao patrão ou mandante ou preponente, o preposto que comparece à audiência não seja empregado da empresa reclamada, mas, vá lá, mero advogado (autônomo ou empregado) ou contador (autônomo ou empregado) ou “preposto profissional”. Ora, porque não-empregado e por nunca ter exercido as atividades funcionais do reclamante nas rodovias dirigindo caminhão, salta aos olhos que nosso preposto não possui condições de possibilidade para falar sobre o gozo ou não do intervalo; não dispõe, em suma, dos *modos de sensibilidade* (espaço e tempo) para prestar informações sobre a “realidade empírica”. Mas se, não obstante, o preponente insiste na representação desse preposto não-empregado (malgrado haja dentro dos parâmetros legais desenhados pelo legislador-reformador), certamente estará concorrendo para consecução da mentira (de direito e de fato) em detrimento da “verdade histórica” e, por corolário lógico, do “Ideal de Justiça”. Em tal hipótese (não raro nos pretórios trabalhistas), falar-se-ia então de *re-presentação preposicional* carecedora de *fidedignidade ou sinceridade do depoimento* ou da *probabilidade objetiva*.

A considerar a ilustração e suas ameaças à verdade e à justiça, talvez seja possível encontrar aí a justificativa ou simpatia judicial pela figura do *preposto-empregado* (idem com relação as *testemunhas instrumentárias oculares* ou *de visu*), já que goza da possibilidade de ter presenciado, vivenciado ou assistido ao fato sobre o qual prestará informação em Juízo; já que também parece gozar de “credibilidade histórica” e conhecimento da “realidade empírica” substanciada nos “modos de sensibilidade”, e, portanto, com manifesta capacidade para falar dos fatos ao juiz (estruturas da sensibilidade certamente ausentes em um *preposto-não-empregado*, haja vista não possuir condições de *re-presentar* fatos, mas tão somente ratificar informações ou alegações formais, tal qual um ator teatral que decora o texto de sua personagem e o vomita na plateia.

Em tal situação, a *re-presentação* do *preposto-não-empregado* não passaria de uma teatralidade capaz de fomentar e viabilizar o descarado trânsito da mentira. Assim é que, não por outra razão (malgrado doutrina e jurisprudência entendam desnecessária, sob o fundamento de que o preposto não se encontra compromissado com a verdade — diferentemente da testemunha —, já que não teria o dever de conhecer da verdade real), muitos juízes se valem da metodologia investigativa de introduzir no interrogatório preposicional perguntas acautelatórias, tais como: se “trabalhou para a Reclamada?”, “em qual o período?”, “qual função ou atividade?” “qual o local da empresa onde foram executadas?”, “qual horário de trabalho?”, “viu ou presenciou o fato alegado, ou o conheceu por meio de terceiros?” — tudo, com o fim de saber se o preposto indicado para depor possui ou não condições de possibilidade para prestar informações acerca da realidade histórica; se possui, ou não, os *modos de sensibilidade* ou as *formas a priori* para *re-presentar* os fatos. Vê-se que tal metodologia judicial parece se revelar necessário e valioso na medida em que capacita o juiz para a árdua empreitada de extrair da *re-presentação preposicional* não só os signos ou vestígios que chancelam ou rechaçam “*a mancha podre da natureza humana*”<sup>1</sup>; como também conhecer, minimamente, da

---

<sup>1</sup> Kant *apud* LOPARIC, Zeljko. *Kant e o pretense direito de mentir*. In: *Verdades e mentiras*: 30 ensaios em torno de Jean-Jacques Rousseau. Org. José Oscar de Almeida Marques. Ijuí (RS): Unijui, p. 78, 2005.

retidão moral do preponente e de seu preposto; igualmente, de retirar do preposto o *status* negativo de hospedeiro da mentira, além de imprimir um modo profilático de evitar, eliminar ou minimizar as garras da vetusta e infeliz expressão atribuída à testemunha: a de “prostituta das provas”.

**2.6. Do conhecimento re-presentativo judicial.** Já se viu que o homem é capaz de *conhecimento presentativo* e de *conhecimento re-presentativo*. O juiz é homem; logo, goza da potencialidade sensível e intelectual de conhecer a verdade, cujo campo investigativo cognitivo revela um *locus* específico: o *mundo dos autos* e a *sala de audiências*, porque é neles que terá lugar a *re-presentação fática* trazida à luz pelos litigantes. O mundo dos autos é o do *processo de conhecimento*. Moacyr Amaral Santos ensina que o *Processo de Conhecimento* se desenvolve entre dois termos: a petição inicial e a sentença. Nessa fase processual, explica, são realizados numerosos atos das partes com vistas à tutela jurisdicional: atos consistentes em afirmações de fatos, de normas jurídicas; pedidos e produção de provas<sup>2</sup>.

Na esteira da produção das provas relacionadas às alegações fáticas (constitutivas, modificativas, impeditivas ou extintivas do direito alegado) com vistas ao conhecimento da verdade pelo juiz, as partes podem se valer de vários meios probatórios em Direito admitidos. Dentre eles, importa ao presente trabalho o alusivo ao interrogatório, isto é, ao momento em que a prova é colhida por meio do depoimento do reclamante e/ou do reclamado. Realmente, para provar o alegado em juízo, os litigantes podem se valer do recurso à experiência alheia ou às asserções alheias (testemunhos) como método de prova para as proposições que expressam fatos<sup>3</sup>. Aristóteles já observara que é possível referir-se “a questões de fato ou a questões de caráter pessoal”, que também são questões de fato. Acrescenta o estagirita<sup>4</sup> que o valor do testemunho nesse sentido é reconhecido pela *Lógica* de Port- Royal:

---

<sup>2</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, p. 276, 1985.

<sup>3</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo. Martins Fontes, p. 958, 2003.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

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

Nesse sentido, compreende-se por *testemunho* ou *depoimento* ou *afirmação* ou *declaração*, a prova que se faz por meio do depoimento das partes (ou testemunhal) acerca de um fato ou ato. Mas sobre *o fato litigioso em si*, o juiz carece de conhecimento empírico. A cognoscibilidade fática não lhe é direta ou imediata, mas, ao contrário, remota ou mediatizada, já que, para alcançá-la e desocultar a verdade, precisa da mediação cognitiva de terceiros (partes e testemunhas). Isso ocorre porque o juiz não tem o *conhecimento presentativo*, mas tão somente o *re-presentativo*. Elementar: o juiz não conhece dos fatos, mas apenas das alegações fáticas deduzidas pelas partes. Imagine-se, a propósito, uma demanda trabalhista persecutória de indenização por danos estéticos (cicatrização queloidiana<sup>5</sup>, por exemplo). Ao repousar a vista sobre o rosto do reclamante que adentra a sala de audiências, o juiz de logo tomará conhecimento da marca facial resultante do dano físico. Nesse caso, diz-se que o conhecimento da cicatriz é, da perspectiva judicial, *presentativo*, já que se opera no exato momento em que o juiz mantém contato com o reclamante: o conhecimento da cicatriz se dá no *presente das coisas presentes*. Mas ainda que conheça da cicatriz, o juiz não dispõe do conhecimento presentativo das razões fáticas que a motivaram; não sabe “como”, “onde”, “por quem” ou “por quê” os fatos aconteceram. De tal sorte que, sem embargo das narrativas constantes da proemial e da peça defensiva, são as partes (inicialmente) as portadoras do *conhecimento presentativo*, do qual o juiz se servirá (e, quando for o caso, do depoimento testemunhal) para escutar a verdade real.

---

<sup>5</sup> Diz-se de uma de uma cicatriz grossa, endurecida, avermelhada, e em alto relevo, e que geralmente provoca muita coceira e dor. (Cf.: [efisio.blogspot.com.br](http://efisio.blogspot.com.br)).

E porque ao informá-lo em audiência, o preposto já não se encontra diante do fato, somente poderá trazê-lo à tona por meio ou da memória ou da lembrança ou, enfim, da *re-presentação fática*, enfim: do trazimento das coisas passadas para o presente: da apresentação dos fatos ao juiz.

Diz-se *re-presentativo* o conhecimento do preposto porque a agressão sofrida pelo reclamante já não mais existe senão na mente ou memória dos agentes envolvidos. E o juiz, porque não presenciara o fato (carecedor, portanto, do *conhecimento presentativo*), somente passará a dele ter conhecimento por meio da *re-presentação preposicional* (ou, como também soe ocorrer, da representação das partes e/ou testemunhal). De tal sorte que é pela via da *re-presentação* que se dá ao juiz a presentificação das coisas passadas; é pelo fenômeno da *re-presentação* que o passado volve ou pode volver ao presente; é pela *re-presentação* que as partes, testemunha e juiz vivem, no presente das coisas presentes (durante a audiência de instrução e julgamento), as coisas passadas. A diferença é que, enquanto os litigantes podem gozar<sup>1</sup> do privilégio dos dois conhecimentos (*presentativo* e *re-presentativo*), o juiz gozará apenas do conhecimento *re-presentativo*<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Diz-se “podem gozar” ante a possibilidade factível de a coisa litigiosa não passar de invenção do reclamante, ou de objeção patronal substanciada numa mentira ou numa verdade formal, situações em que não há fatos, mas meras alegações fáticas.

<sup>2</sup> Todavia, não sem muito esforço filosófico, o *conhecimento re-presentativo preposicional* pode ser significado, da perspectiva de quem julga, como objeto de *conhecimento presentativo judicial*. Explica-se: como o juiz não tem a percepção dos fatos, a *re-presentação preposicional* passa a constituir para ele um conhecimento, por assim dizer, primacial, de forma que os fatos estariam para o preposto, assim como a *re-presentação preposicional*, para o juiz. Por essa abstração, seria possível dizer que o juiz também gozaria do *conhecimento presentativo*. Nessa semiótica, a lógica parece autorizar a intelecção de que, assim como o conhecimento do fato pelo preposto significa *conhecimento presentativo*, o conhecimento da *re-presentação preposicional* pelo juiz poderia ser significado também como *conhecimento presentativo*, porque, em um e em outro modo de conhecer, a pedra de toque distintiva é o modo como se dá o primeiro contato com o objeto cognitivo preposicional e judicial. Vê-se que o juiz presentifica o conhecimento fático por meio das declarações ou proposições do preposto, de tal sorte que a *re-presentação preposicional* constituiria a *presentação* ou, por assim dizer, o *conhecimento presentativo judicial*. A inflexão assim posta parece disfrutar de razoabilidade, na medida em que o chamado *conhecimento presentativo judicial* encontra agasalho na pragmática<sup>2</sup> filosófica contemporânea, acerca da investigação que tem por objeto de estudo a relação dos signos com os intérpretes. É na esteira dessa pragmática que se pode dizer que as proposições afirmativas e/ou negativas constantes do depoimento preposicional passam

Via de regra, o conhecimento do juiz sobre os fatos seria sempre<sup>1</sup> um *conhecimento re-presentativo*, sobremaneira quando para conhecer dos fatos não prescinde da *re-presentação preposicional*. Com efeito, em *Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro* (1886) bem como na *Genealogia da moral: uma polêmica* (1887), Friedrich Nietzsche (1844-1900) diz que o conhecimento é fruto da vontade de poder, vontade essa que aspira interpretar. Mas para esse filósofo “humano demasiado humano”, o que essa vontade interpreta não é a realidade ou a totalidade fática, mas, sim, parte da realidade que se apresenta. O que significa dizer que a parte representada não passa de uma interpretação ou perspectiva da realidade. Daí seu duro perspectivismo: não há fatos, mas tão somente interpretações; onde os homens veem fato, Nietzsche vê interpretações dos fatos.

Mas seja pelo senso comum ou pelo viés nietzschiano, parece certo concluir que o juiz não vê os fatos, mas apenas os interpreta a partir da percepção ou re-presentação fenomênica obreira, preposicional ou testemunhal. E posto que o conhecimento se dá por via da *re-presentação preposicional*, a interpretação judicial não passaria de uma *re-presentação da re-presentação*. Numa visada platônica, é como se a *re-presentação preposicional* significasse uma fotografia ou cópia mental do fato; e a *re-presentação ou interpretação judicial*, um simulacro, isto é, uma cópia da cópia ou, melhor, uma *re-presentação da re-presentação*; ou, numa linguagem nietzschiana, querendo, *interpretação da interpretação*. Por conseguinte, no caso do depoimento preposicional, o juiz não *presenta* nem *re-presenta* o fato ou ato; representa, sim, a re-presentação fática do preposto; ou, por assim dizer, interpreta a interpretação fática preposicional.

---

a constituir o *conhecimento presentativo judicial*. É dizer, o preposto (quando) conhece diretamente dos fatos e o juiz, diretamente das proposições sobre os fatos, de tal modo que ambos gozam do conhecimento presentativo.

<sup>1</sup> Já se fez registrar alhures a exceção para os casos de inspeção judicial.



Note-se que, se a *re-presentação judicial* da *re-presentação preposicional* se encontrar pavimentada com o amálgama da verdade (subsunção coerente, necessária e universal dos fatos à declaração do preposto), a sentença nela transitada não fará outra coisa senão realizar a causa final esperada: a concretude da idealidade da Justiça — pois que, na hipótese, seria exarada em conformidade com a realidade fática representada. Entrementes, pode acontecer, e não raramente acontece, de a sentença se valer de uma *re-presentação fática preposicional* contaminada pelo vício da mentira, isto é, por afirmações falsas que negam ou calam a verdade no processo judicial. A prevalecer esta hipótese, a *re-presentação* ou *interpretação* judicial consubstanciada na sentença também não passaria de uma declaração mentirosa, e, por conseguinte, de uma *não-justiça*, já que daria a alguém a proporção que não lhe cabia, e que, de outro modo, não lhe caberia se a *re-presentação preposicional* estivesse em sintonia com a verdade real. Verifica-se, assim, que, em uma e outra representações judiciais, a sentença poderá conforma-se com a verdade real ou com a verdade formal. E quando um e outro fenômenos ocorrem, não se trata de determinismo judicial, já que, por mais experiência e acuidade técnico-profissional que um juiz possa ter, certamente não passará ao largo da fortuna de uma *re-presentação preposicional* em descompasso com a realidade. Afinal, não é da propriedade do juiz a chave da verdade ou da mentira, e sim dos litigantes e da testemunha, de cujos depoimentos queda refém para captar a verdade e resolver os conflitos de interesses resistidos, declarando a proporção de cada um.

Posto que, muita vez, não consiga *re-presentar o fato ou ato* tal qual ocorrera — seja por força da falibilidade humana (má interpretação ou deformação na percepção dos fatos por ela experienciados); ou por vontade própria (por dolo, ou torpeza ou por animação de outros vícios morais e sociais) para auto beneficiar-se (no caso das partes) ou prejudicar uma das partes em troca de vantagem numerária<sup>1</sup>(no caso da testemunhas) ou ainda por injunção ou instigação

---

<sup>1</sup> Eis por que o meio probatório testemunhal é conhecido como “*prostituta das provas*”, já que negocia, comunica, vende ou prostitui a verdade em troca de algo.

ou maquinação da parte que a arrola<sup>1</sup> —, o imperativo categórico é no sentido de que, seja do ponto de vista religioso, ético ou moral e legal, o preposto, além de conhecer dos fatos, tem sempre o dever de dizer a verdade. É a verdade que realiza a Justiça. Re-presentação fática estribada na verdade: eis também o binômio ético-jurídico que importa observar para atualização da “Ideia de Justiça”.

**2.7. Eticidade judicial.** De acordo com Vicente de Paulo Barreto, o pragmatismo exige que o aplicador do Direito “adote um ponto de vista experimental, secular, sediado em um contexto histórico particular, instrumental e progressivo, isto é, orientado para o futuro”.<sup>2</sup> No seu sentir, o juiz, enquanto “servo das necessidades humanas e sociais” pode ser um intérprete pragmatista, isto é, ser um juiz “criador do Direito”<sup>3</sup>, e, enquanto artífice, está condenado a dar “primazia às possíveis consequências do seu julgamento.”<sup>4</sup> Ora, de que um juiz pragmático deve ser progressista, não se duvida. Mas há casos em que não pode e não deve sê-lo. Com efeito, depois da edição da CLT reformadora, o Juiz do Trabalho não pode mais agir pragmaticamente acerca da funcionalidade preposicional radicada na substituição; não poderá, em nome de um agir “instrumental e progressista”, inovar, exigindo do preposto presente à audiência a qualidade de empregado, que a lei dispensa. Fazê-lo, seria ilegítimo e antijurídico, além de revelar odiosa *pragma* exegética *contra legem*. Aliás, não poderá fazê-lo ainda que o argumento pragmático tenha como aporte a funcionalidade preposicional substanciada na re-presentação fática. Fazê-lo, também seria agir *contra legem escriptam*, porque onde o legislador

---

<sup>1</sup> E quando assim consente, a testemunha não pode justificar a mentira responsabilizando a parte que a instruiu. Fazê-lo é incorrer, por assim dizer, “má-fé” sartriana, já que o único responsável pela escolha entre falar ou falsear a verdade perante o juiz.

<sup>2</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*, p. 657.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> *Idem*.

não distingue, não cabe ao intérprete “orientado para o futuro” distinguir. Aliás, essa é a reflexão de *Antonio Umberto de Souza Júnior*<sup>1</sup>.

Mas o juiz se diz de vários modos. O pragmático é um deles; outro, é o ético. Dizendo deste modo, pode-se conceber, absurda e acidentalmente, a possibilidade de um juiz pragmatista aético. Entretanto, a regra (essencial e universal e necessária) é de que um juiz pragmatista seja necessariamente ético. Nessa lógica, a eticidade haverá sempre de preceder a pragma, de tal maneira que o juiz deve sempre desconfiar de uma prática que aprioristicamente tenha o condão de falsear a verdade, como, aliás, parece ser o caso da substituição da parte reclamada por um *preposto-não-empregado*, seja porque esse *preposto* não tenha vivenciado ou conhecido os fatos, ou por deles conhecer apenas remotamente, isto é, por mediação de outra pessoa carecedora de cognição fática para informar sobre os fatos da lide, de modo que, no caso, a verdade será apenas uma aparência abstrata ou formal. Logo, um preposto carecedor de cognição fática, seu depoimento só tende a ferir de morte a verdade e, por via oblíqua, o Ideal de Justiça. É verdade que, para um juiz pragmatista tendente, à inobserância da moral e da ética, o Direito posto lhe é suficiente, sobretudo quando esse direito positivado emerge de um pragmatismo legislativo divorciado de qualquer vetor moral; onde as noções do justo e injusto são irrelevantes ou indiferentes à Justiça.

Para John Dewey — registram Reale e Antiserre —, mostra-se irrelevante a distinguibilidade entre meios e *fins*. Para Dewey, “todo fim é também meio e todo meio para atingir um fim é desfrutado ou percebido também como fim<sup>2</sup>”. Se a proposição deweyana vem à luz para ratificar a metafísica aristotélica (*ser-em-potência* e *ser-em-ato*), onde toda *potência* (meio) é abertura para a *atualização* (fim) e esta, novo meio (potência) para consecução de um novo fim (atualização), como num infinito ciclo de causalidade, nada a discordar desse

---

<sup>1</sup> Seguindo a lógica da atualização da Súmula. nº 377 com base na disposição expressa da L C nº 123/2006, o TST deve cancelar a Súmula. Nº 377 após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, porque a interpretação nela consubstanciada passará a ser contra legem

<sup>2</sup> *Ibidem* 512

entendimento. Mas se, ao contrário, visa justificar, sem considerar o aspecto ético do meio empregado, então é preciso deizer que é função da filosofia e da ética promover a continuação crítica, voltada para conservação e o enriquecimento dos valores do direito (“bem racionalmente desejáveis”)<sup>1</sup>. A Justiça é um desses valores imutáveis, que o juiz pragmático e ético não deve prescindir, malgrado tenha o dever legal de observar o cumprimento de normas, muita vez, desenraizadas do chão da ética e da Justiça.

Kant diz que o homem pode ser coagido por outrem à prática de ações que, enquanto meio, são dirigidas a um fim. Entretanto, esse mesmo homem jamais poderá ser coagido a *ter um fim*. No máximo, diz o crítico, poderá propor-se algo como fim. Mas esse fim tem que ser de tal tonalidade que seja capaz de servir como contraposto a qualquer outro fim proveniente de impulsos sensíveis. E é exatamente esse fim divorciado de inclinações ou determinações sensíveis que Kant considera como um fim, *que é em si mesmo um dever*; ou, por assim dizer, um *fim-dever* (“o fim que é ao mesmo tempo dever”)<sup>2</sup> que não pode pertencer à doutrina do direito, mas tão somente à da ética. Portanto, na doutrina do direito, a lei que se impõe ao homem se dá por inclinação ou determinação alheia à sua vontade ou liberdade de fazê-lo; impõe-se lhe, por consequente, de *fora para dentro*.

Note-se que, sendo um direito posto (positivo), a vontade só pode ser a vontade de um imperativo alienígena. Mas na doutrina da ética, o imperativo só pode ser endógeno: o dever de obediência à lei se impõe por autodeterminação — portanto, de *dentro para fora*, por assim dizer; de modo que a lei que o homem germina e a impõe a si mesmo para tocar a existência na sociabilidade, deve ocorrer desatrelada de qualquer mandamento externo. O imperativo a ser obedecido não se dar por inclinação, mas *por dever*. E somente quando observar esse *modus operandi* é que o imperativo terá um “valor propriamente moral”.<sup>3</sup> Portanto, na ética kantiana, o *conceito de dever* conduz a máximas e a fins que o homem (juiz) deve se impor de tal modo

---

<sup>1</sup> REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*, p. 511.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 201.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 125.

que sejam fundados segundo princípios morais.<sup>1</sup> A ética kantiana<sup>2</sup> prescreve que “[...] não dá leis para ações (o *ius* o faz), mas, antes e tão somente, para as máximas das ações [...]” — é o que vê no princípio formal do dever substanciado no imperativo categórico, segundo o qual o homem deve agir de tal modo que a máxima de sua ação possa tornar-se uma lei universal: “Ame os outros como você ama a você mesmo.”<sup>3</sup>

Kant chama a atenção para o fenômeno volitivo de que,<sup>4</sup> na ética, a lei universal deve ser pensada como a lei de sua própria vontade, e não da vontade em geral, que também poderia ser a vontade de outros, e, se assim fosse, seria fornecido um dever jurídico que não pertence ao campo da ética. Por conseguinte, as máximas devem ser consideradas como princípios subjetivos que meramente se *qualificam* para uma legislação universal<sup>5</sup>, da mesma forma que a vontade particular é qualificada para vontade geral. Segue-se que, em Kant, o agir *por dever* tem seu valor moral não no fim que se tem em vista por meio dele, e sim na máxima segundo a qual é decidida; máxima que decorre menos da realidade efetiva do objeto da ação, do que do “[...] *princípio do querer*, segundo o qual a ação ocorreu, abstração feita de todos os objetos da faculdade apetitiva.”<sup>6</sup> Em conformidade com sua deontologia, “[...] *o dever é a necessidade de uma ação por respeito à lei*”<sup>7</sup>. É por esse *agir por respeito à lei*, seguindo o princípio do querer ou da vontade, que a ética se revela distinta do direito positivo. Um *agir por dever* — e não *conforme o dever*, como sói ocorrer na praxia do preposto-não-empregado —, “[...] deve pôr à parte toda influência da inclinação e com ela todo objeto da vontade.”. E com tal expurgo, arremata Kant, “[...] nada resta para a vontade que possa determiná-la senão, objetivamente, a lei e, subjetivamente, *puro respeito por essa lei prática*”<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Ibidem, p. 192.

<sup>2</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*, p. 200, 2013.

<sup>3</sup> BIBLIA SAGRADA, *levítico* 19.18, p. 118.

<sup>4</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*, p. 200.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 127.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 129.

Para Kant, o respeito é propriamente a representação de um valor que derroga o *amor-de-mim-mesmo*. Assim, o *objeto* do respeito é *unicamente a lei* e, na verdade, “aquela que impomos a nós mesmos” e, no entanto, “como necessária em si”. Enquanto lei, o homem se encontra submetido a ela sem consultar o amor de si; enquanto “imposta a nós por nós mesmos”, ela é, no entanto, “consequência de nossa vontade”.<sup>1</sup> Nessa linha, tem-se que o valor moral da ação não está no efeito que dela se guarda, pois nada “senão a *representação da lei* em si mesma” pode constituir o bem tão excelente, a que Kant chama moral: bem esse que já se encontra na pessoa mesma que age segundo a representação dessa lei.<sup>2</sup> Logo, ao privar-se a vontade de todas as inclinações, não restaria outro caminho senão a legalidade universal das ações, legalidade essa que sirva sozinha de princípio à vontade, isto é, a de que nunca se deve proceder de outra maneira senão de tal sorte que se possa também querer que “*a minha máxima se torne uma lei universal*.”<sup>3</sup>

A ética kantiana repousa na existência de princípios práticos *erga omnes* (imperativo categórico) e relativos (imperativo hipotético), onde os primeiros pertencem ao *reino dos fins* (o agir *por dever* e segundo o *princípio do querer*: atualizar a Justiça) e os segundos, ao *reino dos meios* (o agir *por inclinação* ou *determinação* de um objeto estranho à vontade do agente); informa, igualmente, que o *reino dos fins* tem primazia e hegemonia sobre o *reino dos meios*.

Sim, o reino da Justiça deve ter primazia e hegemonia sobre o reino da Lei. De forma que, para um juiz pragmatista (ético e justo), a opacidade pragmática (aética e injusta) que objetiva afrouxar a autêntica luz do “Ideal de Verdade” e do de “Justiça” é erva daninha a ser radicada, cuja impossibilidade de fazê-lo no presente das coisas presentes, minimamente, não impede o presente das coisas futuras — malgrado goze a Justiça do caráter da *perseidade*, isto

---

<sup>1</sup> Ibidem, p. 131.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 133.

é, ela é “*em si*” e “*por si*”, absolutamente objetiva e atemporal, isto é, sem passado, sem presente e sem futuro. A Justiça simplesmente é, e não pode deixar de ser.

### **3. Considerações finais.**

A verdade e a mentira são paixões humanas que transitam no processo de conhecimento trabalhista. A disposição recorrente do senso comum, da ciência jurídica e da filosofia é de que a verdade sempre se sobreponha à mentira, erradicando-a. Mas porque entranhada na sociabilidade humana precarizada pelo individualismo que fomenta o flagelo da *reificação* das relações humanas, a erradicação da mentira não parece passar apenas pelo viés jurídico-processual, senão também somando-se ao fluxo da eticidade. Eis o desafio que se impõe à sociabilidade sob o véu benfazejo da perfectibilidade humana.

Inegavelmente, a percepção ou representação axiológica dos operadores do direito processual do trabalho (advogados, procuradores e juízes) acerca da preposição da parte reclamada por *preposto-não-empregado*, certamente não terá o condão de erradicar a mentira, a imoralidade nos depoimentos, mas pode perfeitamente constituir um preservativo ético-moral capaz de minimizar os nefastos efeitos proporcionados pelos arautos da ideologia capitalista (sim... “Capital” também é uma Ideia) pragmaticamente contrários aos ideias de quem não detém a propriedade da produção e, pior, à idealidade de Justiça.

Parece que a “extensa discórdia” hermenêutica não tem fim. Sua infinitude reclama uma luta de duas frentes: uma incrivelmente pragmática (a persistente crítica a um modelo de representação legislativa arcaica e ilegítima); e outra necessariamente ontológica, essencialista ou metafísica (incorpórea, plena, imutável, objetiva e una) na intransigente defesa da Verdade e da Justiça. Como um caracol, o juiz leva a casa da ética nas próprias costas.

### **4. Referências bibliográficas.**

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

- AGOSTINHO, Santo. *Confissões*. São Paulo: Paulus, 2004.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução do grego de Antonio de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Política*. Tradução do grego por Therezinha Monteiro Deutsche Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2004. (Os Pensadores).
- BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo (RS): Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BÉRGSON, Henri. *Cartas, conferências e outros escritos*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.
- BERTI, Enrico. *Ser y tiempo en Aristóteles* – 1ª edição. Buenos Aires: Biblios, 2011.
- BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*; tradução de Desidério Murcho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- BIBLIA SAGRADA: *nova tradução na linguagem de hoje*. São Paulo: Paulinas Editora, 2005, 1472 p.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em. Acesso em 20.07.2017.
- \_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 20.07.2017.
- \_\_\_\_\_. *Consolidação das Leis do Trabalho*: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso: 20.07.2017.
- \_\_\_\_\_. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso: 10.01.2017.
- CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo; Ática, 2005.
- FILHO, Ives Gandra Martins. *Manual esquemático de história da filosofia*. São Paulo: LTR, 2004.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993, 616 p.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- JUNIOR, Antonio Umberto de Souza. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Nova Cultural. 2005.
- LOPARIC, Zeljko. *Kant e o pretenso direito de mentir*. In: *Verdades e mentiras: 30 ensaios em torno de Jean-Jacques Rousseau*. Org. José Oscar de Almeida Marques. Ijuí (RS): Unijui, 2005.
- MARITAIN, Jacques. *Introducción General a la Filosofía*. Sesma, F. Leandro de (traductor). Buenos Aires: Biblioteca Argentina de Filosofía. Club de Lectores. 1944.
- NAÚFEL, José. *Novo dicionário jurídico brasileiro*. São Paulo: Parma, 1984.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento*. São Paulo: LTr, 2001.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

# SOB A LUZ DO GARANTISMO: O PRAZO PRESCRICIONAL PARA COBRANÇA DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO.

UNDER THE LIGHT OF THE WARRANTY: THE PRESCRIPTION PERIOD FOR THE  
COLLECTION OF THE SERVICE TIME GUARANTEE FUND.

*Karoline França Bastos Cunha<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente estudo tem por objetivo discutir acerca da mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do ARE 709212, no tocante à exigibilidade dos depósitos da conta vinculada do FGTS, pelo trabalhador. O método hipotético-dedutivo possibilitou o desenvolvimento da análise, partindo da observação das principais características do instituto, passando à descrição e reflexão dos argumentos

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito pela UNIJORGE. Especialista em Direito Público pela UCSAL e em Direito e Processo do Trabalho pelo CERS. Atualmente é Mestranda em Direito, no PPGD/UNIFG, Advogada Trabalhista e Controller Jurídico - Brito, Ávila e Amaral, Advogados Associados. Atuando profissional e academicamente, sobretudo, nos seguintes temas: Direito Coletivo, Individual, Processual e Internacional do Trabalho.

prevalecentes nos votos dos ministros, em especial os do relator Gilmar Mendes e da ministra Rosa Weber – votos divergentes e minimamente fundamentados – para, enfim, tecer breves comentários sobre a teoria garantista proposta por Luigi Ferrajoli, mote teórico escolhido para alocar a crítica e os questionamentos trazidos sob a sua melhor luz.

**Palavras-chave:** FGTS. Prescrição trintenária. Direito do Trabalho. Garantismo.

**Abstract:** The purpose of this study is to discuss the change of position of the Federal Supreme Court, at the time of the judgment of ARE 709212, regarding the enforceability of deposits of the linked account of the FGTS, by the employee. The hypothetical-deductive method made it possible to develop the analysis, starting from the observation of the main features of the institute, to the description and reflection of the arguments prevailing in the votes of the ministers, especially those of the rapporteur Gilmar Mendes and Rosa Weber, grounded - to finally make brief comments on the guarantor theory proposed by Luigi Ferrajoli, the theoretical motto chosen to allocate the criticism and the questions brought in their best light.

**Keywords:** FGTS. Trinitarian prescription. Labor Law. Garantismo.

## 1- INTRODUÇÃO

O direito ao trabalho, no Brasil, está positivado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>. Por esse motivo, o que lhe for decorrente deverá concebê-lo, primeiramente, como direito fundamental. Assim, o estudo jurídico que diga respeito a qualquer que seja o diploma normativo, no contexto de um sistema constitucional, supõe o exame e a compreensão da

---

<sup>2</sup> Artigo 6º, CF/88: “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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)”.

lógica de sua estrutura, bem como de suas bases fundamentais, considerando, igualmente, normas constitucionais específicas e normas jurídicas infraconstitucionais.

O conceito de direitos fundamentais da pessoa humana e a arquitetura principiológica humanística e social são inerentes à consecução do Estado Democrático de Direito, que consiste em uma superação qualitativa de uma premissa constitucional anterior, qual seja, o Estado Social. Assim, deve-se ressaltar a importância da matriz principiológica do texto constitucional, de modo a fincar-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

À vista disso, o presente estudo tem como objeto de julgamento o ARE 709212, cujo entendimento é de inconstitucionalidade dos artigos 23, §5º da lei nº 8.036/90<sup>3</sup>, bem como do artigo 55 do Regulamento do FGTS<sup>4</sup>, em razão de supostamente estarem em descompasso com a literalidade do texto constitucional, ao excetuar o FGTS do prazo prescricional quinquenal, comum a todas as outras verbas de natureza laboral.

O objetivo do trabalho fundamenta-se em discutir, brevemente, as consequências sociais trazidas pelo julgamento, sob a ótica da teoria garantista proposta por Luigi Ferrajoli, questionando-se: de que modo a alteração do prazo prescricional para exigibilidade dos créditos do FGTS pode, em médio e longo prazos, ocasionar prejuízos aos trabalhadores?

Ademais, mencione-se previamente, que não pretende a presente discussão exaurir os argumentos e fundamentos relativos à temática, ao contrário, estas são as primeiras linhas de um longo debate teórico, sobretudo no que diz respeito à teoria utilizada para criticar o julgado em questão. Aqui, ela se apresenta como a melhor luz interpretativa, contudo, adiante, em análise mais aprofundada, que não é o destino deste texto, outros aportes teóricos poderão ser utilizados como vieses crítico-interpretativos.

---

<sup>3</sup> Art. 23. *Competirá ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social a verificação, em nome da Caixa Econômica Federal, do cumprimento do disposto nesta lei, especialmente quanto à apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores ou tomadores de serviço, notificando-os para efetuarem e comprovarem os depósitos correspondentes e cumprirem as demais determinações legais, podendo, para tanto, contar com o concurso de outros órgãos do Governo Federal, na forma que vier a ser regulamentada. § 5º O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.*

<sup>4</sup> Art. 55. *O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.*

Assim, o texto está estruturado de modo a explicitar a origem, principais destinações e características do instituto, para analisar os dois votos principais do julgamento do ARE 709212, do relator, ministro Gilmar Mendes e da ministra Rosa Weber, valendo-se de algumas premissas da teoria do garantismo como mote teórico à construção dos questionamentos finais.

## 2 - FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO (FGTS): DO INSTITUTO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), criado pela lei nº 5.107, de 1966, aproxima-se dos extintos sistemas de estabilidade decenal do emprego e de indenização por tempo de serviço. Consiste em um fundo de recolhimentos pecuniários mensais, efetuados pelo empregador em nome do trabalhador, observado o percentual instituído pela legislação, em conta bancária vinculada, gerido e administrado por um Conselho Curador, cuja operação é de responsabilidade da Caixa Econômica Federal<sup>5</sup>.

No tocante ao percentual recolhido ao fundo, corresponde a oito por cento do salário base do trabalhador<sup>6</sup>, ou seja, do complexo salarial mensal do obreiro, corrigido monetariamente, além da previsão de capitalização de juros de três por cento ao ano<sup>7</sup>.

Originalmente, o FGTS consistia em uma opção do trabalhador, quando do início do contrato de trabalho, de forma escrita, facultando ainda a opção retroativa, ou seja, no decorrer do contrato de trabalho ainda não inserido no novo sistema fundiário. Por outro lado, a legislação original previa a obrigatoriedade de recolhimento dos valores ao fundo pelo

---

<sup>5</sup> FGTS. Quem administra? 2018. Disponível em: < <http://www.fgts.gov.br/Pages/sobre-fgts/quem-administra.aspx#section4> >. Acesso em: 10 jul. 2018.

<sup>6</sup> Art. 15, caput, da Lei n. 8.036/90: *Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965. (Vide Lei nº 13.189, de 2015) Vigência.*

<sup>7</sup> Art. 13, caput, Lei n. 8.036/90: *Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de (três) por cento ao ano.*

empregador, independentemente da adesão pelo empregado, de modo que os valores então depositados eram recolhidos pelo Estado. Tal contrassenso impulsionou à adesão ao fundo pouco tempo após a sua implantação efetiva.

Do exposto, a Constituição de 1988 extirpou da legislação a faculdade mencionada, generalizando o sistema às contratações urbanas e rurais, inicialmente, já que o trabalhador doméstico fora inserido obrigatoriamente no sistema apenas em 1º de Outubro de 2015, posto que estruturado o denominado Simples Doméstico<sup>9</sup>. Desse modo, para melhor adequação ao sistema jurídico vigente, foi promulgada a lei nº 7.839/89, e revogada a de nº 5.107/66, ora mencionada, contudo, logo substituída por outra, a de nº 8.036/90.

Neste seguimento, O FGTS, constitui, portanto, um instituto jurídico de caráter multidimensional<sup>10</sup>, cuja análise, ainda que breve, conduz a uma complexa empreitada. Isso ocorre em virtude de ter-se transformando em um dos mais significativos fundos sociais de destinação variada<sup>11</sup>, de profundo impacto público, por assim dizer. De mais a mais, observa-se que as suas características mais notáveis são, sem dúvidas, de natureza trabalhista.

Conhecidas as origens dos depósitos, passa-se ao exame das hipóteses de saque, tipificadas entre os artigos 18 e 21 da lei nº 8.036/90, resumindo-se o que se extrai da extensa redação do artigo 20, da lei mencionada:

- Na demissão sem justa causa;

---

<sup>8</sup> Art. 7º, III, CF/88: *São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: III - fundo de garantia do tempo de serviço;*

<sup>9</sup> Aqui, uma observação legislativo-social importante. Observe-se que, mesmo depois de promulgada a Carta Constitucional de 1988, o trabalhador doméstico manteve-se à margem de diversas garantias sociais decorrentes do ambiente em que prestava serviços, entre elas, o FGTS. Assim, apenas em março de 2000 (Decreto nº 3.361, de 10 de Fevereiro de 2000), tais trabalhadores foram notados pelo sistema legislativo, contudo, veja-se, conferindo ao empregador a opção de recolhimento dos valores destinados ao FGTS, ou seja, por ato gracioso do contratante. Finalmente, a sanção da Lei Complementar nº 150, de 2 de Junho de 2015, mais de vinte anos após a promulgação do atual normativo constitucional, figurou-se como um marco na conquista de direitos dos empregados domésticos, entre eles, a obrigatoriedade de recolhimento e adesão ao FGTS.

<sup>10</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. – 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 1449.

<sup>11</sup> Também dirigida à viabilização financeira de programas habitacionais, saneamento básico e infraestrutura urbana, conforme artigos 6º, IV, VI e VII e 9º, §2º, da Lei nº 8.036/90.

- Na rescisão por acordo (a partir de 11/11/2017 - lei nº 13.467/2017 - Reforma Trabalhista);
- No término do contrato por prazo determinado;
- Na rescisão do contrato por extinção total da empresa; supressão de parte de suas atividades; fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências; falecimento do empregador individual ou decretação de nulidade do contrato de trabalho - inciso II do art. 37 da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário;
- Na rescisão do contrato por culpa recíproca ou força maior;
- Na aposentadoria;
- No caso de necessidade pessoal, urgente e grave, decorrente de desastre natural previsto no Decreto nº 5.113/2004, que tenha atingido a área de residência do trabalhador, quando a situação de emergência ou o estado de calamidade pública for assim reconhecido, por meio de portaria do Governo Federal;
- Na suspensão do Trabalho Avulso;
- No falecimento do trabalhador;
- Quando o titular da conta vinculada tiver idade igual ou superior a 70 anos;
- Quando o trabalhador ou seu dependente for portador do vírus HIV;
- Quando o trabalhador ou seu dependente estiver acometido de neoplasia maligna - câncer;
- Quando o trabalhador ou seu dependente estiver em estágio terminal, em razão de doença grave;
- Quando a conta permanecer sem depósito por 03 (três) anos ininterruptos cujo afastamento tenha ocorrido até 13/07/90, inclusive;
- Quando o trabalhador permanecer por 03 (três) anos ininterruptos fora do regime do FGTS, cujo afastamento tenha ocorrido a partir de 14/07/90, inclusive, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta;
- Na amortização, liquidação de saldo devedor e pagamento de parte das prestações adquiridas em sistemas imobiliários de consórcio;
- Para aquisição de moradia própria, liquidação ou amortização de dívida ou pagamento de parte das prestações de financiamento habitacional<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> FGTS. Como Sacar? 2018. Disponível em: < <http://www.fgts.gov.br/Pages/sou-trabalhador/como-sacar.aspx>> Acesso em: 10 jul. 2018.

Desse modo, sob a ótica rigorosamente trabalhista, sobretudo daquelas hipóteses vinculadas à rescisão do contrato de trabalho, merecem destaque: a dispensa sem justa causa, o término contratual em razão da extinção da empresa ou estabelecimento, a rescisão indireta, morte do trabalhador, ruptura por culpa recíproca, além da rescisão contratual realizada mediante acordo, inovação trazida pela lei nº 13.467/2017, a reforma trabalhista<sup>13</sup>.

Ademais, quando pertinente, haverá ainda o depósito de acréscimo rescisório, também pago diretamente na conta vinculada ao trabalhador, correspondente a vinte ou quarenta por cento da totalidade do que foi depositado, independentemente de ter havido saque(s) no transcurso da relação laboral<sup>14</sup>.

Noutro giro, destaquem-se ainda outras hipóteses que não possuem vinculação rescisória, podendo ser exercitadas, inclusive, durante a vigência do contrato de trabalho. Exemplificadamente, citem-se a urgência pessoal ocasionada por desastre natural, quando o trabalhador ou seu dependente forem portadores do vírus HIV, estiverem acometidos por câncer ou em estado terminal de outra doença grave, além da largamente utilizada a possibilidade de levantamento dos créditos para aquisição, liquidação ou amortização de dívida ou pagamento de parte das prestações de financiamento imobiliário.

Assim, com preeminente estruturação e finalidade justrabalhista, em que pese a natureza aqui entendida como multidimensional, o FGTS reúne traços, inclusive das figuras relativas às contribuições sociais, por exemplo, o que justifica a complexidade de seu enquadramento jurídico:

---

<sup>13</sup> Esclarece-se ainda que a modalidade rescisória pode influenciar sobre a possibilidade ou não de saque, como por exemplo, as dispensas por justa causa ou os pedidos demissionais, em que o empregado não poderá levantar os valores ora depositados. Contudo, ainda nessas hipóteses, importante mencionar que o empregado não perde a titularidade de seu patrimônio, correções e juros decorrentes, ao contrário, fica suspensa a possibilidade de levantamento no ato da rescisão, porém, apenas retém-se o valor em conta inativa, cujo rendimento é revertido aos cofres públicos, em regra, isso porque, a lei nº 13.446/17 (conversão da Medida Provisória nº 763 de 2016) autorizou o levantamento dos valores depositados, bem como instituiu que cinquenta por cento dos resultados auferidos também serão postos à disposição dos trabalhadores. Para melhor entendimento dos prazos e critérios, recomenda-se a leitura do referido texto legal.

<sup>14</sup> Leia-se: OJ nº 42, I, e ex-OJ n. 107, SDI-I/TST, além do § 7º do art. 13 da lei nº 8.036/90, que prevê uma exceção quanto ao cálculo da multa, informando que o resultado positivo auferido pelo sistema do FGTS, a partir de 2017, não será computado para tais fins.



Mais de uma teoria sobre a natureza do Fundo de Garantia. Para alguns, é um tributo, uma contribuição parafiscal arrecadada pelo Estado. Para outros, tem a natureza jurídica previdenciária. Outros, ainda, sustentam que se trata de uma indenização ao trabalhador despedido<sup>15</sup>.

Alternativamente, ressalta Sergio Pinto Martins que, sob a ótica do empregador, poderia ser considerado um tributo, uma contribuição social, espécie do gênero tributo<sup>16</sup>, ou uma contribuição social de intervenção no domínio econômico, cobrada com fundamento no art. 149 da Constituição<sup>17</sup>. Contudo, adverte sobre a dificuldade de se especificar qual a real natureza jurídica do FGTS, que é, portanto, múltipla ou híbrida, devendo ser analisado por dois ângulos, o do empregador e o do empregado<sup>18</sup>.

Em verdade, verifica-se que o FGTS detém dimensão tríplice, pelo menos, capaz de produzir distintas relações jurídicas, embora correlatas. Estas dizem respeito, portanto, à ótica de observação do instituto, estando a primeira associada à relação empregado-empregador, a segunda, empregador-Estado e a terceira alocada na relação Estado-comunidade:

Existe a relação empregatícia, vinculando empregado e empregador, pela qual este é obrigado a efetuar os recolhimentos mensais e, às vezes, também obrigado com respeito ao acréscimo pecuniário da rescisão. Em contrapartida, desponta nessa relação, como credor, o empregado. Há, por outro lado, o vínculo jurídico entre empregador e Estado, em que o primeiro tem o dever de realizar os recolhimentos, ao passo que o segundo, o direito de os ver adimplidos, sob pena de, compulsoriamente, cobrá-los, com as apenações legais. Existe, ainda, a relação jurídica entre o Estado, como gestor e aplicador dos recursos oriundos do fundo social constituído pela totalidade dos recursos do FGTS, e a comunidade, que deve ser beneficiária da destinação social

---

<sup>15</sup> NASCIMENTO, A. M. Iniciação ao Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: LTr, p. 344.

<sup>16</sup> MARTINS, S. P. Manual do FGTS. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 78.

<sup>17</sup> MARTINS, 2000. *ibid.*, p. 75.

<sup>18</sup> MARTINS, 2000. *ibid.*, p. 79.

do instituto, por meio do financiamento às áreas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana<sup>19</sup>.

Brevemente abordadas as principais características do fundo, passa-se à análise do instituto sob o prisma do entendimento do Supremo Tribunal Federal no tocante ao prazo prescricional.

### **3 - STF: o julgamento DO ARE 709212**

De início, pretende-se esclarecer que não se trata de análise pormenorizada de todos os argumentos trazidos à baila pelos ministros quando do julgamento do ARE 709212<sup>20</sup>, em razão das proporções do presente estudo. Assim, busca-se destacar aqui os principais fundamentos que acarretaram a mudança de entendimento da Suprema Corte e, conseqüentemente, do Tribunal Superior do Trabalho<sup>21</sup>, além do Superior Tribunal de Justiça<sup>22</sup>.

Tem-se, portanto, que a decisão em comento fora proferida em sede de Agravo em Recurso Extraordinário pelos ministros do Supremo Tribunal Federal à época, objetivando avaliar a inconstitucionalidade da prescrição trintenária do FGTS, circunscrita no artigo 23, §5º

---

<sup>19</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. – 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 1449.

<sup>20</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 709.212 – DF. Ana Maria Movilla de Pires e Marcondes e Banco do Brasil. Relator Ministro Gilmar Mendes. 13 de novembro de 2014. In: Diário de Justiça Eletrônico, nº 32, divulgado em 18 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=142203707&tipoApp=.pdf>> Acesso em: 1 mai 2018.

<sup>21</sup> FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) - Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015 I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato; II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF)

<sup>22</sup> FGTS. Prazo prescricional. Ação de cobrança. Prescrição trintenária. CTN, arts. 173 e 174. Lei 3.807/60, art. 144 . Lei 6.830/80, art. 2º , § 9º. A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 anos.

da lei nº 8.036/90<sup>23</sup>, bem como no artigo 55 do Regulamento do FGTS<sup>24</sup>, em face da previsão de prescrição trabalhista positivada no artigo 7º, XXIX da Constituição Federal<sup>25</sup>.

A Reclamação Trabalhista fora proposta por Ana Maria Movilla de Pires e Marcondes, contra o Banco do Brasil, pleiteando verbas de caráter trabalhista, notadamente, o recolhimento do FGTS do período compreendido entre maio de 2001 a dezembro de 2003, que não fora calculado sobre o salário recebido quando a reclamante laborava para o reclamado, porém, em país estrangeiro.

Na peça de combate, a instituição bancária ré arguiu a tese de que o prazo prescricional a ser adotado deveria corroborar com os demais de natureza trabalhista, qual seja o quinquenal. Findada a instrução processual, entendeu o magistrado de piso pelo prazo de trinta anos, fundamentando-se no entendimento do STF, além daqueles sumulados pelo TST e STJ.

Recorrendo ordinariamente da decisão retro, a reclamada repisou a tese da contestação, porém, não convenceu os desembargadores do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, que rejeitaram o entendimento esposado. Ato contínuo, em sede de Recurso de Revista, reiterou a inaplicabilidade da Súmula 362 do TST, sob o mesmo argumento ora mencionado.

Nesta sequência, o Tribunal Superior do Trabalho ratificou a inteligência da Súmula, rejeitando a tese de divergência jurisprudencial proposta, dada a compreensão de que, no âmbito trabalhista, não havia qualquer controvérsia sobre o tema. Irresignado, interpôs Recurso Extraordinário apenas em relação ao FGTS, com fulcro no artigo 102, II, “a”, da Constituição Federal. A afirmação é de que o texto do artigo 7º, XXIX, da CF/88, no processo

---

<sup>23</sup> Art. 23. *Competirá ao Ministério do Trabalho e da Previdência Social a verificação, em nome da Caixa Econômica Federal, do cumprimento do disposto nesta lei, especialmente quanto à apuração dos débitos e das infrações praticadas pelos empregadores ou tomadores de serviço, notificando-os para efetuarem e comprovarem os depósitos correspondentes e cumprirem as demais determinações legais, podendo, para tanto, contar com o concurso de outros órgãos do Governo Federal, na forma que vier a ser regulamentada. § 5º O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.*

<sup>24</sup> Art. 55. *O processo de fiscalização, de autuação e de imposição de multas reger-se-á pelo disposto no Título VII da CLT, respeitado o privilégio do FGTS à prescrição trintenária.*

<sup>25</sup> 7º, XXIX da Constituição Federal: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000).

do trabalho, seria matéria de ordem pública, autoaplicável e de eficácia imediata, não cabendo aos dispositivos de legislação infraconstitucional, ou ao TST, excepcionar a parcela, vez que tal questão violava os princípios da segurança jurídica, da propriedade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da legalidade e do devido processo legal. Ainda assim, fora denegado seguimento ao recurso, sob o fundamento de que a prescrição trabalhista não se exauria na esfera da Constituição Federal, devendo, portanto, ser observada sob o viés do texto da lei específica do FGTS.

Ainda assim, o reclamado interpôs Agravo de Instrumento, para que a tese principal fosse analisada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o que ocorreu. Desse ponto, o ministro relator Gilmar Mendes, entendeu pela repercussão geral e existência de matéria constitucional, lembrando, em seu fundamento, a existência de outro Recurso Extraordinário pendente de julgamento, que versava sobre a mesma problemática. Neste último, havia proferido voto pela inconstitucionalidade dos dispositivos infraconstitucionais. Assim, em 13 de novembro de 2014, fora finalmente apreciada a questão ventilada.

Ingressando na análise dos votos, mais precisamente naqueles do ministro Gilmar Mendes, relator do caso, bem como no principal voto divergente, o da ministra Rosa Weber, algumas observações devem ser feitas sobre a matéria.

No que se refere ao posicionamento adotado, o relator, ministro Gilmar Mendes, contrapôs-se ao entendimento da prescrição trintenária por considerar que o inciso III, do artigo 7º da CF/88 é expresso ao mencionar o FGTS como direito do trabalhador. Conclui que, sendo a natureza jurídica do fundo, social e trabalhista, não se apresentando mais como alternativa à estabilidade, deve a prescrição obedecer aos ditames constitucionais igualmente previstos a outros créditos de natureza trabalhista, repudiando posicionamento jurisprudencial anterior. Ademais, ressaltou que o entendimento do TST, no tocante à prescrição, possuía hermenêutica incabível e desnecessária, vez que o princípio da proteção ao trabalhador não se demonstra apto a interpretar a prescrição trabalhista somente de forma parcial. Adverte ainda que os meios de fiscalização atuais, previstos na própria lei do FGTS, se mostram como concretização do princípio aludido, motivo pelo qual, não havia qualquer necessidade de

tratamento diferenciado ao prazo prescricional em assunto. Isso posto, declarou a inconstitucionalidade dos artigos da legislação infraconstitucional já citados.

Em contraposição ao entendimento do relator, a ministra Rosa Weber desenvolveu o seu posicionamento destacando a concepção jurisprudencial aplicada até então, bem como enalteceu o entendimento da Corte Superior Especializada que, em face do ordenamento constitucional de 1988, prezou pela aplicação do que seria mais benéfico ao trabalhador, qual seja a exceção trintenária. Por este ângulo, pregou pela violação do princípio do não retrocesso social, para contestar os argumentos da relatoria, dado o caráter social do instituto, melhor elucidado no tópico anterior, além de salientar a proposta de progressividade trazida no texto constitucional, quando ressalta do inciso I, do artigo 7º a expressão “entre outros direitos”. Ao final, tratou de apontar os prejuízos que seriam causados pela mudança de posicionamento: a proteção ao mau pagador, ou seja, aquele que não procede os depósitos, na esperança de que sejam tragados pela prescrição, e a notória redução do crédito trabalhista auferido pelo empregado. Do seu ponto de vista, os trabalhadores apenas buscam reivindicar seus direitos após a extinção do contrato, no qual, em se tratando de longos vínculos, o prazo prescricional já teria vigência.

Assim, o julgamento encerrou-se com sete votos favoráveis à inconstitucionalidade – Gilmar Mendes (relator), Luís Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Marco Aurélio, Carmen Lúcia, e Luiz Fux, ao passo que apenas dois votos divergiram – os de Teori Zavascki e Rosa Weber. Ressalte-se ter modulado a Corte sua decisão com efeitos ex nunc, de modo a atingir as ações protocoladas após a data de julgamento, 13 de novembro de 2014.

Em decorrência de tal mudança, o TST alterou a redação da Súmula 362:

I — Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato; II — Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF).

Por tudo quanto exposto, em que pese a vagueza do voto proferido pela ministra Rosa Weber, entende-se que trilhou o caminho mais adequado em direção aos preceitos do Estado Democrático de Direito, porque observou a integralidade do que pretendia o dispositivo constitucional, considerando o viés programático da Constituição, além de ter destacado do mundo dos fatos questões que motivaram a escolha do tema do presente estudo, como dito, o incentivo ao não recolhimento (ou incorreto recolhimento), pelos empregados, e/ou a notável redução do crédito trabalhista do empregado, que necessita sacar o montante depositado em sua titularidade, vez que, em regra, os trabalhadores reivindicam seus direitos apenas após a extinção do contrato de trabalho.

Desse modo, o que se pretende a seguir é encontrar um fundamento respeitável, no que diz respeito à crítica do novo posicionamento do STF, para interpretação do dispositivo constitucional à sua melhor luz.

#### **4 - CONCLUSÃO: UMA ANÁLISE DO FGTS SOB A PERSPECTIVA GARANTISTA**

À guisa de conclusão, diante dos desafios encontrados pelo sistema jurídico contemporâneo sobre a necessidade de assegurar os direitos fundamentais – pilares do Estado Democrático de Direito – faz-se necessário, por ora, voltar-se para as contribuições da teoria garantista desenvolvida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, com o objetivo de compreender a latente necessidade da busca pela efetivação do direito do trabalho, um dos direitos a serem garantidos pela ordem democrática proposta pelo jusfilósofo:

É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais consagrados. A coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema de garantias. Esta não é mais uma

questão jurídica, mas uma questão de fato, que diz respeito às condições externas nas quais evolui a vida do direito: com a lealdade institucional dos poderes públicos, com a maturidade democrática das forças políticas e sociais, com sua disponibilidade para lutar pelos direitos, em uma palavra, com o sustento prático oferecido ao sistema normativo das garantias. É este sustento, contra as naturais vocações antigarantistas de todos os poderes, públicos e privados, que exprime o ponto de vista externo do quarto e último significado associado a esta expressão<sup>26</sup>.

Algumas notas sobre o autor são necessárias. Denota-se, da leitura das obras destinadas ao estudo do seu pensamento, que Ferrajoli possui formação positivista crítica, desenvolvendo seu raciocínio sob a inspiração de pensadores como Hans Kelsen, Herbert Hart, Alf Ross e Norberto Bobbio, sempre visando garantir o direito à democracia<sup>27</sup>.

Nesta perspectiva, compreende-se a obra do autor como uma teoria axiológica das estruturas do direito contemporâneo, sendo, portanto, garantismo o fundamento jurídico da democracia constitucional, no seu ponto de vista, de modo que o direito ao trabalho inclui-se entre as expectativas sociais de subsistência previstas pela teoria. Dito isso, tivera sua devida positivação e aplicabilidade devidamente comprovadas, conforme tópicos anteriores.

Esses processos, estas lutas, não se exaurem apenas em ações individuais. Ao contrário, são, sobretudo, processos e lutas coletivas, expressas pelos movimentos de massa ou, ainda, por todo o povo. Isto vale para os clássicos direitos de liberdade, mas vale também mais para os direitos sociais, do direito do trabalho<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. Rev. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.752.

<sup>27</sup> Para melhor compreensão da obra e teoria de Ferrajoli, sugere-se a leitura de todo o *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, que se destina ao debate da teoria do garantismo sob o olhar de Sérgio Cademartori, Lênio Streck, João Maurício Adeodato, entre outros autores.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. Rev. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.756.

Desse modo, trata-se de um debate análogo, isto é, entendendo o instituto do FGTS como mais uma expressão do direito do trabalho, negá-lo compreende um desrespeito para com o paradigma democrático.

Noutras palavras, é dizer que a teoria do direito é necessária premissa da teoria da democracia. Ou seja, no garantismo jurídico, democracia é, antes de tudo, um sistema de regras e garantias impostas aos diversos tipos de poder, por isso, que, por um lado, se encontra empiricamente ancorada à experiência histórica do constitucionalismo democrático; por outro, aos limites e aos vínculos de direito positivo por esse impostos.<sup>29</sup>

O objeto de análise, qual seja o direito a pleitear em juízo, limitando-se a trinta anos de depósitos do FGTS, até o prazo de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, ainda que tratando-se de uma relação estabelecida no campo privado (relação empregado-empregador), é passível de tutela pelo garantismo jurídico, uma vez que esta se dispõe a limitar o excesso de poder a quem quer que seja a fonte originária da sua subordinação, seja o campo público, seja o privado, como dito. Portanto, extrapola o surgimento de uma diretriz política, sendo assim, um direito adquirido que pretende promover a segurança das relações e de seus possíveis impactos.

Entretanto, pelo contrário, e em coerência com os princípios laicos e liberais erigidos pelas lutas políticas, tais pressupostos morais e valorativos, somente puderam adquirir justificação jurídica na medida em que perseguiram fins concretos de utilidade em favor da sociedade; à garantia de seus direitos; à sua segurança.<sup>30</sup>

Importante destacar que os pressupostos de composição do garantismo trazem como premissas basilares uma profunda crítica ao Estado de Direito, vez que, compreendendo a necessidade de uma constituição rígida, carece também da sua efetividade, ou seja, uma

---

<sup>29</sup> COPETTI NETO, Alfredo. A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico. 1 ed .v.1. Empório do Direito. Florianópolis, 2016. p. 5-6.

<sup>30</sup> COPETTI NETO, Alfredo. A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico. 1 ed .v.1. Empório do Direito. Florianópolis 2016. p. 9.



congruência entre seus aspectos formais e substanciais, estando estes dispostos à limitação e à vinculação dos diferentes instrumentos do poder. Com base na análise dos casos em tela, verifica-se que o direito ao FGTS está constitucionalmente positivado nos rol dos direitos que decorrem da relação de emprego, fundamento que serviu finalmente tanto para alocá-lo no grupo de natureza relacionada ao trabalho, quanto para tolher o direito de questionamento judicial pelo trabalhador em prazo diferenciado.

À parte da falácia política, pode cultivar-se, todavia, ainda uma falácia garantista: isto é, a ideia de que bastem as razões de um direito bom, dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de suas distorções. Se a primeira falácia é um vício ideológico induzido habitualmente pelos sistemas políticos autoritários, baseados na valoração a priori do poder político na desvalorização das garantias, a segunda falácia representa uma tentação recorrentemente induzida pela mesma estrutura garantista do Estado de direito. Acresço que o primeiro vício é mais difuso no meio político, e o segundo entre os juristas<sup>31</sup>.

Importante mencionar que uma das reflexões realizadas ao longo do texto gira em torno das hipóteses de levantamento do Fundo de Garantia. Assim, suponha-se um trabalhador, ou seu dependente, acometido por doença que o conduziu a estado terminal e, nessa situação, entendeu-se pelo saque de tal montante para viabilizar uma melhor sobrevida ao acamado. Nesse momento, descobre-se que a(s) empresa(s) em que laborou não recolheu(ram) ou o fez(fizeram) a menor, ao longo de vinte anos de prestação de serviços. Questiona-se, portanto: em que pese a lei salvaguardar louvável hipótese de levantamento do fundo, no que diz respeito ao caso em comento, tal possibilidade alcançará o fim para o qual se destina, considerando que, ao contrário de 20 anos de corretas contribuições, se receber, perceber-se-á montante menor do que o efetivamente devido, sem que lhe seja conferido o direito a pleitear judicialmente, posto que tragado pela nova prescrição quinquenal?

---

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. Rev. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.752.

Conforme visto, o FGTS não pode ser considerado uma verba de natureza trabalhista comum, a exemplo das diferenças relativas às horas extras eventualmente trabalhadas. O caráter retributivo e indenizatório prescreve um fundo garantista, vez que se destina, entre outras questões, à efetivação de expectativas sociais de subsistência. Ilustrativamente, aqui, utiliza-se outra hipótese de saque, aquela destinada à melhoria da condição do trabalhador em caso de desastre natural que atinja sua habitação.

Insta mencionar, ademais, que os argumentos de que nos dias atuais o laborista possui um maior controle sobre os depósitos, de forma periódica, e que, observada a ausência de pagamento ou que recolhimentos feitos a menor poderão ser pleiteados mediante proposição de reclamação trabalhista, ainda no curso do contrato de trabalho, esbarram, no mundo real, no poder coercitivo do empregador. Não há como se questionar tal quitação ou pagamento das diferenças ainda que administrativamente, no âmbito da empresa ou da residência (trabalhador doméstico), sem a ocorrência das mais diversas retaliações, entre elas, a rescisão do contrato de trabalho sumariamente.

Das críticas realizadas, ainda que diametralmente opostas ao cenário positivista, cabe aqui uma advertência feita por Ronald Dworkin em *O Domínio da Vida*:

Os juízes devem justificar suas sentenças por meio de argumentos de princípios e de integridade, que possam ser criticados pelo meio jurídico e avaliados pela opinião pública, cuja influência deveria ser tida sempre que os presidentes nomeiam os juízes<sup>32</sup>.

Isso posto, compreende-se que o garantismo proposto por Ferrajoli é um convite à reflexão dos direitos fundamentais sociais, que emanam da coletividade e não somente da individualidade, como sugerem outras teorias, motivo pelo qual configura a melhor luz de interpretação para o objeto da presente análise crítica, até o momento.

---

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *O domínio da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 173.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 1988., Brasília,DF. Disponível em: <[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88\\_Livro\\_EC91\\_2016.pdf](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf)>. Acesso em: 12 mai. 2018.

BRASIL. LEI Nº 8.036, DE 11 DE MAIO DE 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências, Brasília,DF, mai 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8036consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm)>. Acesso em: 12 mai. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 709.212 – DF. Ana Maria Movilla de Pires e Marcondes e Banco do Brasil. Relator Ministro Gilmar Mendes. 13 de novembro de 2014. In: Diário de Justiça Eletrônico, nº 32, divulgado em 18 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=142203707&tipoApp=.pdf>> Acesso em: 1 mai 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Orientação Jurisprudencial n. OJ n. 42, I, e ex-OJ n. 107, SDI-I/TST.

COPETTI NETO, Alfredo. A Democracia Constitucional sob o olhar do garantismo jurídico. 1 ed .v.1. Empório do Direito. Florianópolis 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. – 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017. p. 1449.

DWORKIN, Ronald. O domínio da vida. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. Rev. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FGTS. Como Sacar? 2018. Disponível em: < <http://www.fgts.gov.br/Pages/sou-trabalhador/como-sacar.aspx>> Acesso em: 10 jul 2018.

FGTS. Prazo prescricional. Ação de cobrança. Prescrição trintenária. CTN, arts. 173 e 174. Lei nº 3.807/60, art. 144. Lei nº 6.830/80, art. 2º, § 9º. A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 anos.

FGTS. Quem administra? 2018. Disponível em: < <http://www.fgts.gov.br/Pages/sobre-fgts/quem-administra.aspx#section4>>. Acesso em: 10 jul 2018.

MARTINS, S. P. Manual do FGTS. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 78.

NASCIMENTO, A. M. Iniciação ao Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: LTr, p. 344.

ROSA, Alexandre Morais da. [et al.] Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. org. Luigi Ferrajoli, Lênio Streck, André Karam Trindade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

## A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: DEMOLIÇÃO DA EVOLUÇÃO SOCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO?

*Leandro Henrique Costa Bezerra<sup>33</sup>*

**Resumo:** Este artigo apresenta uma interpretação da Lei nº 13.467/17 conforme a Constituição em matéria de direito coletivo do trabalho a fim de melhores condições sociais ao trabalhador. A manutenção do direito ao trabalho digno diante da prevalência do negociado sobre o legislado somente se concebe através da cláusula especial de abertura do art. 7, caput, da Carta Magna, na qual protege os direitos mínimos ao trabalhador contra o retrocesso social (também chamado de efeito cliquet dos direitos fundamentais). A expansão da autonomia privada dos

---

<sup>33</sup> Advogado. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto de Direito Público (IDP). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Estudos em Processo Civil (GEPC) da Universidade de Brasília.

Sindicatos na celebração das negociações coletivas sobre direitos de indisponibilidade absoluta, em virtude da Reforma Trabalhista, aprofunda as desigualdades econômicas sentidas na atual crise política, com maiores jornadas de trabalho e menores salários. Ademais, a inaplicabilidade aparente da teoria do conglobamento, fruto do princípio da norma mais favorável, contraria a lógica de justiça constitucional, pois o art. 620, da CLT estabeleceu uma rigidez hierárquica com a presunção absoluta de que acordos coletivos de trabalho sempre prevalecerão sobre as convenções coletivas de trabalho. Em contrapartida, o Enunciado aglutinado nº 13 da Comissão 3, da 2ª jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, organizado pela ANAMATRA, explicita como condição da prevalência de acordo sobre a convenção o princípio da norma mais favorável consolidado no art. 7, caput, da Constituição. Para a efetivação desta interpretação, concerne ao judiciário e aos órgãos de fiscalização competente a tarefa árdua de zelar por negociações coletivas que promovam a melhoria da condição social do empregado.

Palavras-chave: Democracia. Direitos Fundamentais. Trabalho Digno. Negociado sobre legislado. Princípio da norma mais favorável.

Sumário: 1. Introdução. 2. Democracia e jurisdição constitucional em conflitos juslaborais. 3. A sobrevivência do direito fundamental ao trabalho digno no contexto da prevalência do negociado sobre o legislado. 4. Da difícil preservação do mínimo existencial diante do engrandecimento da autonomia da vontade coletiva. 5. A resistência do princípio da norma mais favorável sob a perspectiva da teoria conglobante e o problema da vedação da ultratividade das normas. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

## **1.Introdução**

A consolidação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito consiste no mínimo de condições necessárias para o convívio social para todos os grupos. Nesse sentido, caso a maioria parlamentar viole algum direito pautado no desenvolvimento social de grupos hipossuficientes, cabe o controle do Poder Judiciário a partir de uma filtragem constitucional, interpretando normas infraconstitucionais à luz da Constituição. E a relação de trabalho,

especialmente após a vigência da reforma trabalhista, é um claro exemplo da imprescindibilidade da jurisdição constitucional.

Na perspectiva do direito coletivo, os Sindicatos têm a tarefa de transacionar os direitos de indisponibilidade relativa a fim de resultar numa melhoria das condições de trabalho em convergência ao direito fundamental ao trabalho digno. Contudo, a nova lógica da CLT – prevalência do negociado sobre o legislado – põe em risco o patamar mínimo civilizatório de direitos ao empregado garantido constitucionalmente.

## **2. Democracia e jurisdição constitucional em conflitos juslaborais**

A Declaração Universal de Direitos do Homem (DUDH), nos termos do art. 23.1, atesta a “todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”. Para Robert Alexy (1999, p.168), a proteção através de um acordo internacional entre os Estados criou uma institucionalização “(...) de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados por direito”.

Uma reivindicação operária, através do consenso pelo diálogo no plano ideal, conquista o bem-estar social e econômico dos trabalhadores a partir de um mecanismo regulado por lei intitulado de negociação coletiva. Nela, há um embate entre as necessidades econômicas da empresa e a observância de condições de trabalho saudáveis para o alcance dos objetivos coletivos. Em consonância, a DUDH, em seu art. 23.4, ao estabelecer que “todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses”, assegura o equilíbrio de relações naturalmente desiguais, dado que o sindicato como ser coletivo estaria apto a negociar com o ser coletivo empregador (princípio da equivalência dos negociantes).

No entanto, não é sempre que haverá harmonia entre a autonomia coletiva negocial e os direitos fundamentais. No “modelo em três níveis para os efeitos perante terceiros”, criado por Robert Alexy, existem: a) os deveres do Estado; b) os direitos ante o Estado; c) as relações

jurídicas entre particulares. Logo, “quando se tem concretização legislativa do conteúdo e alcance das normas de direitos fundamentais, os juízes e tribunais não poderão da legislação se afastar (...)” (TIBALDI; ALVIM, 2018, p.104).

Os direitos fundamentais são obrigatórios para o convívio na democracia, por serem tipicamente ademocráticos. Sem demora, os direitos de liberdade e igualdade desconfiam a todo tempo do processo democrático, pois este representa a maioria parlamentar legitimada para decisão. Por esse motivo, os direitos aos hipossuficientes (minorias) são garantidos pela jurisdição constitucional se constatado o retrocesso social proporcionado pelo processo democrático do poder legislativo.

Michael J. Sandel (2012, p.134) relata no livro “*O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*” a prática do “seguro do zelador” nos Estados Unidos, com a contratação de apólices *Coli* em nome de funcionários de baixo escalão da empresa sem a sua anuência. Pior ainda seria uma negociação coletiva neste mesmo intuito de precarização da condição de trabalho. Dessa forma, a empresa aumenta o risco no meio ambiente do trabalho pela inobservância de medidas de saúde e segurança em prol do interesse financeiro conquistado na produtividade desmedida do empregado.

Vide o caso supramencionado, a inexistência de norma, que proíbe práticas abusivas como essa de quantificar o valor indenizatório correspondente a vida de uma pessoa, é uma escolha legislativa. Portanto, na perspectiva da filtragem constitucional, cabe ao poder judiciário realizar controles para evitar a degradação do mínimo existencial inerente da relação de trabalho.

### **3. A sobrevivência do direito fundamental ao trabalho digno no contexto de prevalência do negociado sobre o legislado.**

A evolução da proteção dos direitos nas relações de trabalho deu-se em razão das mudanças de paradigmas ao longo da história. Após a queda do Estado Liberal em virtude do excesso de formalismos e inexistência da igualdade material, houve a instauração do Estado Social. Marcado pelas Constituições pioneiras do México (1917) e da Alemanha (1919), este

paradigma conduziu a democratização da sociedade política e civil, com destaque aos avanços das liberdades de associação e reunião de busca de valorização do trabalho humano contra a super exploração.

Nesse sentido, ao contrário da ideologia liberalista, o Estado Social iniciou o “processo de desmercantilização da força de trabalho na economia (...)” (DELGADO, Maurício Godinho; 2015, p.134), pela constitucionalização do Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Neste fenômeno, ainda atual, as normas infraconstitucionais de matéria trabalhista são interpretadas à luz de normas e princípios constitucionais. No entanto, a excessiva tributação pelo Estado e a desigual distribuição das riquezas acumuladas instalaram uma crise no Estado-Gestor, já que era difícil subordinar toda a população aos programas sociais estatais de forma isonômica, e corroboraram para a queda do *Welfare State* (DELGADO, Gabriela Neves; 2015, p.30).

Dessa forma, nasce o paradigma do Estado Democrático, firmado a partir da promulgação da Constituição de 1988 no Brasil, com a expansão de direitos fundamentais sociais e difusos para a órbita diagonal entre particulares (direitos de defesa de particulares contra particulares, verificada a hipossuficiência de um deles), de grande importância para a relação jus laboral. Ademais, nas palavras do Ministro Maurício Godinho Delgado,

o conceito de Estado Democrático de Direito funda-se em um inovador tripé conceitual: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; sociedade civil, concebida como democrática e inclusiva (DELGADO, 2015, p.32).

Nessa lógica, os direitos trabalhistas estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, pelo parâmetro de norma social constitucional, ou de convencionalidade, pela decorrência de tratados ou acordos internacionais, em respeito ao princípio da vedação ao retrocesso social (SARLET, 2014, p.31). Quanto aos direitos fundamentais constitucionalizados, estes não podem estar sujeitos de alteração pelas maiorias parlamentares devido à natureza de cláusulas pétreas. No entanto, como obter a mesma proteção constitucional para os direitos fundamentais decorrentes de acordos ou de tratados internacionais?



Os direitos fundamentais enaltecidos em um tratado ou acordo internacional estão incluídos na **cláusula especial de abertura** de direitos sociais e dos trabalhadores (SARLET, 2014, p.31), nos termos do art. 7º da Carta Magna, ao dispor que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*” (original sem grifo). Logo, auferese que os direitos fundamentais presentes em tratados ou acordos internacionais são também constitucionais, ainda que não seja passível de controle de constitucionalidade, mas sim de convencionalidade.

Outrossim, existem quatro princípios constitucionais do trabalho que permeiam o núcleo filosófico, cultural e normativo da Constituição: valorização do trabalho e emprego, justiça social, submissão da propriedade à sua função socioambiental, dignidade da pessoa humana (DELGADO, Maurício Godinho; 2015, p.35-40). Todos eles criam balizas de padrão mínimo de civilidade nas relações de trabalho em oposição às pressões econômicas do mercado do sistema capitalista.

É exatamente, então, que se percebe a necessidade da reconstrução ética do trabalho no atual paradigma. A identidade concebida no meio ambiente do trabalho torna o homem consciente de sua participação no convívio social. A satisfação individual com o trabalho possibilita a proteção social do **direito fundamental ao trabalho digno**, este considerado “(...) sua consciência de liberdade, para que possa se construir e se realizar em sua identidade como sujeito trabalhador” (DELGADO, Gabriela Neves; 2015, p.25).

A reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17), nos arts. 611-A<sup>1</sup> e 611-B<sup>2</sup>, modifica a construção hermenêutica consolidada pela Constituição de 1988, ao admitir negociação coletiva em

---

<sup>1</sup> O art.611-A da CLT prevê a prevalência do negociado sobre o legislado em relação aos seguintes direitos: jornadas de trabalho; banco de horas; intervalo intrajornada com respeito ao mínimo de 30 minutos; adesão ao programa seguro-emprego; plano de cargos; salários e funções; representante dos trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente; remuneração por produtividade; modalidade de registro de jornada; prêmios; participação nos lucros.

<sup>2</sup> O art.611-B da CLT prevê as matérias que não poderão ser suprimidas ou reduzidas por convenção ou acordo coletivo: carteira de trabalho; seguro-desemprego; FGTS; salário mínimo; décimo terceiro salário;

patamares inferiores ao da previsão legal. É a prevalência do negociado sobre o legislado para possibilitar ao empresariado ou a entidades sindicais a fixação de condições de trabalho piores que o parâmetro legal.

*A priori*, percebe-se o enaltecimento às liberdades individuais e da autonomia da vontade, símbolo do Estado Mínimo, por não permitir a aplicação do princípio da proteção do trabalhador diante da desigualdade de forças econômicas na relação capital-trabalho. Este neoliberalismo induz na desuniversalização de direitos trabalhistas e na precarização da atividade laboral. Seria, portanto, a demolição do sistema de proteção ao trabalho digno?

O trabalho digno é elemento da democracia responsável pela distribuição de poder, pois cria melhores condições de contribuição dos trabalhadores para a sociedade, dada a proteção da indisponibilidade mínima de direitos. A estratégia do empresariado no ataque ao trabalho digno, ao estabelecer hipóteses absolutas de prevalência das negociações sobre a lei, revela a tentativa de concentração de poder e minimização do papel cidadão do trabalhador (PEREIRA, 2018, p.453).

A solução, além da cláusula especial de abertura, está no art. 9, da CLT, no qual “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Isto enceta na limitação das fronteiras do direito coletivo, pois a supressão de norma estatal pela negociação coletiva se dá por benefícios

---

remuneração do trabalho noturno superior ao diurno; proteção do salário; salário-família; repouso semanal remunerado; horas extraordinárias com no mínimo 50% da hora normal; número de dias de férias; férias com um terço da remuneração; licença maternidade de cento e vinte dias; licença paternidade nos termos da lei; proteção ao mercado de trabalho da mulher; aviso prévio proporcional de no mínimo 30 dias; normas de saúde, higiene e segurança do trabalho; remuneração para atividades penosas, insalubres e perigosas; aposentadoria; seguro contra acidente de trabalho; prazo de prescrição; proibição de discriminação do trabalhador com deficiência; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos quatorze; medidas legais de proteção da criança e do adolescente; liberdade de associação sindical e de não ter descontado do salário qualquer parcela em convenção ou acordo coletivo sem ausência do trabalhador; direito de greve e definição das atividades essenciais; tributos e outros créditos de terceiros; e disposição sobre o trabalho da mulher e proteção à maternidade.

específicos e não genéricos, caso contrário, será manifesta sua nulidade e desvirtuamento do direito fundamental ao trabalho digno (ESTEVEES, 2017, p.168).

#### **4. Da difícil preservação do mínimo existencial diante do engrandecimento da autonomia da vontade coletiva.**

Consoante Ingo Wolfgang Sarlet, o mínimo existencial indica a proteção estatal obrigatória de direitos essenciais para a dignidade humana, pois é “uma espécie de limites dos limites dos direitos fundamentais, constituindo critério material para o controle de legitimidade constitucional de excesso de intervenção em direito social e mesmo na dignidade da pessoa humana (...)” (SARLET, 2014, p.49).

Para Maurício Godinho Delgado, o patamar civilizatório mínimo está composto por normas constitucionais em geral, ressalvadas as hipóteses de flexibilização dos incisos VI, XIII e XIV do art. 7 da Constituição<sup>1</sup>; as normas de tratados e convenções internacionais assinadas pelo Brasil; e as normas infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo (DELGADO, Maurício Godinho; 2012, p.116).

A preservação do mínimo existencial em normas coletivas é averiguada apenas na instância prática: da análise de casos concretos e a da proporcional flexibilização da legislação. Se as normas coletivas forem de exagerada flexibilização, ou seja, não possuir os planos da validade e da eficácia à luz da ordem constitucional, é porque existe violação ao núcleo mínimo de direitos fundamentais, cabendo ação de nulidade da cláusula de norma coletiva, cujo efeito será *erga omnes* (LOCATELLI, 2017, p.125).

Anterior a Reforma Trabalhista, as normas coletivas adicionavam novos direitos ao meio ambiente do trabalho. Inclusive os conflitos entre convenções coletivas de trabalho (CCT) e

---

<sup>1</sup> Refere-se às hipóteses de flexibilização trabalhista, presentes no art. 7, CF: VI – irredutibilidade do salário, salvo 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; XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

acordos coletivos de trabalho (ACT) eram solucionados através do princípio da norma mais favorável. Conforme José Eymard Louguercio e Antônio Fernando Megale Lopes:

Na prática, o que se pretende, é adotar um sistema de inversão da pirâmide de sustentação do Direito do Trabalho que emergiu a partir do final do século XIX, em que ao sistema legislado se somava a construção de normas coletivas negociadas pelas entidades sindicais no sentido de conferir “novos direitos” adaptados à realidade dos trabalhadores a partir do eixo protetivo que “visa a melhoria de sua condição social”. Um conjunto de normas internacionais (em especial as Convenções nº 98 e 154 da OIT), bem como o conjunto de normas inseridas na Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento (1998) e princípios fundamentais de natureza constitucional configuram o sistema de proteção das relações de trabalho a desaguar em padrão civilizatório de inclusão social. (LOUGUERCIO; LOPES, p.195).

Fundada na autonomia sindical (art. 8, inciso I, da Constituição de 1988), a autonomia coletiva é a capacidade de os sindicatos estabelecerem um sistema de direitos de proteção aos trabalhadores. Trata-se, assim, da limitação a liberdade sindical, pois os sindicatos estão livres para negociar os direitos da categoria desde que promovam a melhoria da condição social.

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho<sup>1</sup> já firmou o entendimento de que a lei e a Constituição são os limites da autonomia da negociação, vedando a prevalência do negociado sobre o legislado quando as normas coletivas não implementarem padrão setorial de direitos superior ao padrão da lei e no momento que as mesmas não transacionem parcelas laborais de indisponibilidade absoluta.

Todavia, nos termos do art. 8, § 3 da CLT, novidade trazida pela reforma, a Justiça do Trabalho somente examinará as negociações coletivas quanto aos elementos essenciais do negócio jurídico (art. 104 do Código Civil), em prol do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

---

<sup>1</sup> RR nº 690-82.2013.5.09.0459, decidido pela 7ª turma do TST, julgado em 10.12.2014.

Esse escudo para a negociação coletiva inviabiliza apenas formalmente a melhoria da condição social dos trabalhadores prevista no art. 7 da Carta Magna, visto que a via interpretativa do direito é da Constituição para a legislação infraconstitucional e não o contrário. Logo, é papel do magistrado verificar a compatibilidade da cláusula coletiva às de melhoria social e aos direitos fundamentais de natureza constitucional. Além disso, não é atribuição de lei ordinária interferir na competência institucional do Ministério Público de fiscal da ordem jurídica e elencar vícios materiais nas normas coletivas, nos termos do art.127 da Carta Magna.

A Constituição, nos moldes do art. 7, inciso XXII, não prevê a flexibilização via negociação coletiva de normas de saúde, higiene e segurança em razão da natureza *jus cogens*, portanto, sua irrenunciabilidade é absoluta. Os direitos relacionados a duração do trabalho e os intervalos, na visão jurisprudencial anterior a reforma, tinham reconhecidas a natureza da norma *jus cogens*, pois “se a gestão do tempo de trabalho é condicionada apenas às demandas da produção, o trabalhador se torna completamente refém do empregador, que passa a se apropriar do tempo livre do empregado (...)” (PEREIRA, 2018, p.462).

Em contrariedade à previsão constitucional, o art. 611-B, parágrafo único, da CLT, retira as regras sobre duração do trabalho e intervalos daquelas consideradas normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, o que permite a regulação desses direitos por negociação coletiva. Isso significa maior tempo à disposição do trabalhador e frustração da realização de projetos de vida pessoal e familiar, o que aumenta o risco de acidente e adoecimento do trabalho.

Mais uma vez, o direito fundamental ao trabalho digno foi mutilado pelo interesse econômico do empregador, tendo em vista o esvaziamento do conceito de segurança e medicina do trabalho responsável pelo equilíbrio no ambiente de trabalho aos serviços de duração exaustiva. O intervencionismo estatal sempre foi necessário devido a concentração de sindicatos em algumas regiões em detrimento de outras e eventuais desvios de finalidade quanto a luta pelos direitos da categoria (ESTEVEVES, 2017, p.169).

O legislador, ao implantar a prevalência do negociado sobre o legislado, justifica por motivos econômicos conceder maiores oportunidades de preservação do trabalho ou evitar a judicialização. Contudo, flexibilizar direitos “(...) para aumentar o número de vagas de trabalho não deu muito certo em países como a Espanha, Colômbia, Argentina, Chile” (ESTEVES, 2017, p.174), além de que ainda é cedo para a certeza sobre a diminuição de litígios na Justiça do Trabalho.

A negociação, em tese, tem por objetivo a paridade de armas e condições equivalentes de negociação. Porém, diante de crises econômicas, pode ser bastante perigoso ampliar o poder normativo dos sindicatos para sobrevivência do capitalismo. Nas palavras de Rodrigo Trindade de Souza:

É verdade que em períodos de pleno emprego, de crescimento da economia, esse poder de fogo tende a ficar um pouco menos desequilibrado. Se não há poder de negociar de igual para igual para igual, pelo menos passa a ser possível extrair algum tipo de benefício. Mas, em épocas de desemprego e recessão, autonomia negocial é pura e simplesmente o meio mais rápido de diminuir salário, aumentar jornada e reduzir condições de higiene no meio ambiente laboral. Tudo como forma de reduzir custos e aumentar a lucratividade. (SOUZA, p.179).

Como apontam Saul Duarte Tribaldi e Victor Lucas Alvim (2018, p.100), a negociação coletiva otimiza a regulação das relações do trabalho e não possui o papel de suprimir direitos básicos dos trabalhadores, existindo dentro da autonomia coletiva uma espécie de moldura, com limites e espaços para normatização. Assim, consoante o princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas prevalecem sobre as heterônomas quando “implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação aplicável, e quando transacionam setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa” (ALVIM; TRIBALDI, 2018, p.100).

A nova redação do art. 444, parágrafo único, da CLT, admite a livre estipulação prevista no art. 611-A quando o empregado portar curso de ensino superior e receber salário mensal igual a duas vezes o limite máximo dos benefícios do regime da Previdência Social. Esta definição de

super empregado explicita a inconstitucionalidade do dispositivo em decorrência da criação de critérios objetivos de renda e escolaridade como fatores de separação entre o empregado vulnerável e o com maior poder de barganha, porquanto o que dita a proporcionalidade da proteção do Estado ao empregado será pela análise da subordinação jurídica estrutural e o excessivo tempo a disposição na relação de emprego.

Se de um lado se amplia o poder sindical – pela prevalência do negociado – de outro se retira a obrigatoriedade da contribuição sindical (art. 579, CLT), promovendo um enfraquecimento do poder de barganha e requisição de novos direitos. Por resultado, para manter-se vivo, “a cláusula do dia será a implementação via negociação sindical da contribuição que lhe mantém ativo, ainda que isso implique ao empregador a renúncia a direitos sociais do trabalhador” (SOUZA, 2017, p.251-252).

Assim, o mínimo existencial tem relação intrínseca com a proibição ao retrocesso, conhecida como efeito *cliquet* dos direitos fundamentais. Caso as condições essenciais na relação de emprego digna sejam extintas, haverá o enfraquecimento de direitos até então conquistados. Dessa forma, o direito coletivo, sob o prisma da reforma trabalhista, desprotege o bem jurídico irreparável da saúde e segurança do trabalhador.

##### **5. A resistência do princípio da norma mais favorável sob a perspectiva da teoria conglobante e o problema da vedação da ultratividade das normas.**

A teoria do conglobamento “(...) compara as fontes e aplica a que, em seu conjunto for mais favorável ao empregado, excluindo-se as demais” (JÚNIOR, 2017, p.343). A visão global mais favorável dentre as negociações seria a aplicada, pois remete ao critério da norma mais benéfica/favorável ao empregado à luz do caso concreto. No entanto, a reforma trabalhista relativizou o princípio da norma mais favorável e tornou a presunção absoluta do acordo coletivo, ainda quando anterior, ser sempre mais benéfico que a convenção coletiva de trabalho.

A nova redação do art. 620, da CLT, ao abordar sobre a hierarquia das normas negociais coletivas, estabelece que os acordos coletivos de trabalho sempre prevalecerão sobre as

convenções coletivas de trabalho. Por consequência, estaria a teoria do conglobamento como forma de solução de conflitos normativos, aplicada pelo TST, vedada?

O princípio da norma mais favorável advém da cláusula especial de abertura do art. 7, caput, da Constituição Federal (“*além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”), além das normas internacionais de Direitos Humanos de progressividade social vigentes no país. A alteração legislativa aponta para a regressão do patamar civilizatório mínimo, visto que a ACT poderá fixar cláusulas supressoras ou restritivas de direitos contidas na CCT da categoria.

Para Mayana Macedo Fernandes da Silva (2017, p.248), o art. 7, caput, da Constituição assume “a lógica da justiça social, a partir da efetiva distribuição de renda, colaborando, assim, para a construção do desenvolvimento social que deve ser necessariamente pautado na redução das desigualdades sociais (...)”. Nesse sentido, a 2ª jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela ANAMATRA<sup>1</sup> em 2017, aprovou o Enunciado aglutinado nº 3 da Comissão 3, que aborda sobre a continuidade da aplicação do princípio da norma mais favorável e a teoria conglobante ainda que na vigência da reforma. Vejamos:

#### NORMAS COLETIVAS: PRINCÍPIO DA NORMA MAIS BENÉFICA.

I – Os acordos coletivos firmados não prejudicarão direitos garantidos pelas convenções coletivas de trabalho, em respeito à aplicação do princípio da norma mais favorável (art.7º, caput, CRFB/88). Com efeito, a nova redação do artigo 620 da CLT, dada pela lei 13.467/2017, não exclui a aplicação do princípio da norma mais favorável, de orientação e aplicação do direito do trabalho.

II – Ademais, prevalece em todo caso, em relação à matéria negociada, os princípios da proteção, e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

III – A auditoria fiscal do trabalho possui o dever de exigir o cumprimento das normas laborais mais favoráveis ao trabalhador, o que inclui a possibilidade de verificação da aplicabilidade ou não de convenções e acordos coletivos de trabalho sob aquela sistemática. (Enunciado Aglutinado nº3 da Comissão 3).

---

<sup>1</sup> Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho.



Em outra novidade, o art. 614, §3, da CLT, manteve o lapso temporal de dois anos de vigência das negociações coletivas, mas expressamente vedou a ultratividade, permitida até então pela Súmula nº 277 do TST. Em resumo, a ultratividade da norma coletiva é a vigência após o lapso de dois anos até que uma nova negociação coletiva fundasse regras distintas e mais benéficas daquelas já negociadas para as relações de trabalho.

Consoante Gabriela Neves Delgado e Maurício Godinho Delgado (2017, p.272), a retirada da ultratividade das negociações coletivas desestimula o empregador a negociação, pois sua mera inércia é suficiente para a terminação das cláusulas negociais coletivas já pactuadas. Logo, ainda que para alguns pudesse trazer insegurança jurídica quanto ao prolongamento da eficácia da negociação para além do termo final pré-fixado, a ultratividade estava de acordo com a vedação ao retrocesso social dos direitos conquistados.

O art. 4º da Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) enceta que “deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego”. O Enunciado aglutinado nº 13, da Comissão 3, da 2ª jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, também expôs a incompatibilidade da vedação da ultratividade frente à Constituição:

#### ULTRATIVIDADE DAS NORMAS COLETIVAS

I – A vedação à ultratividade, constante do artigo 614, § 3º, da CLT, não é compatível com os artigos 7º, XXVI, 8º, VI, 114, § 2º da Constituição Federal, com as Convenções 98 e 154 da OIT, com o artigo 2º, § 1º do PIDESC (ONU) e com o princípio da boa-fé.

II – Se admitida a constitucionalidade e a convencionalidade do art. 614, § 3º da CLT, a ultratividade das normas coletivas, enquanto matéria de conteúdo a prever em instrumento coletivo de trabalho, é objeto lícito, tendo em vista as disposições do art. 7º, XXVI, 8º, VI, da Constituição Federal, bem como do princípio da não-regressividade, insculpido no caput do art. 7º da Constituição Federal. (Enunciado Aglutinado nº 13 da Comissão 3).

Ante o exposto, é notório a resistência do princípio da norma mais favorável para as negociações coletivas em observação ao mínimo existencial de direitos já conquistados ao trabalhador. A interpretação dos artigos 614, § 3 e 620 da CLT deve ser conforme a Constituição, já que o art. 7, caput, da Carta é claro ao permitir uma ampliação de direitos apenas em favor da construção social do empregado no meio ambiente de trabalho, e não para sua precarização.

## 6. Conclusão

É compreensível afirmar o atentado ao direito fundamental ao trabalho digno cometido pela reforma trabalhista sob a ótica do direito coletivo, em razão da mudança promovida pela Lei nº de antecipar quais serão os direitos transacionáveis sem observar o caso concreto. No entanto, o giro hermenêutico deve-se dar sempre à luz da Constituição, ou seja: uma transação de direitos que não visem melhoria na condição de trabalho ao empregado, é plenamente nula. Portanto, a prevalência do negociado sobre o legislado não é um ditame absoluto, mas aplicável apenas quando houver a preservação do mínimo existencial, em convergência ao princípio da adequação setorial coletiva.

## 7. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. In: Ratio Juris, vol. 16, n.2, junho de 2003, p.131-140.

ALEXY, Robert (trad. Dr. Luís Afonso Heck). **Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. In: Revista de Direitos Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, jul/set, 1999. p.55-66.

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

DELGADO. Maurício Godinho. **Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho**. In: Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST/Gabriela Neves Delgado...[et al.]. – São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao Trabalho Digno**. 2º ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direitos Fundamentais na relação de trabalho e o novo expansionismo juslaboralista: o conceito de subordinação estrutural**. In: Direitos fundamentais nas relações de trabalho / Yone Frediani, Rúbia Zanotelli de Alvarenga, (organizadoras). São Paulo: LTr, 2015.

ESTEVES, Alan da Silva. **Reforma Trabalhista Brasileira de 2017 e o direito coletivo do trabalho: ideias para justificar a prevalência do negociado sobre o legislado**. In: Revista dos Tribunais Online. Vol. 984/2017, p.163-188, out/2017, DTR\2017\6428.

JÚNIOR, Antônio Umberto de Souza; MARANHÃO, Ney; NETO, Platon Teixeira de Azevedo; SOUZA, Fabiano Coelho de. **Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/17**. São Paulo: Rideel, 2017.

LOCATELLI, Aguinaldo. **Negociado sobre o legislado: critérios e elementos de validade à luz do ordenamento jurídico**. In: Revista de Direito do Trabalho, vol. 184/2017, p. 121-142, dez. 2017, DTR\2017\6833.

LOGUERCIO, Eynard José. LOPES, Antônio Fernando Megale. **O Negociado sobre o Legislativo: suprema injustiça e demolição do sistema protetivo trabalhista**. In: O Golpe de 2016 e a Reforma Trabalhista: narrativas de resistência. Gustavo Teixeira Ramos et al. (coords.). Bauru: Canal 6, 2017. p.195-198.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **Prevalência do negociado sobre o legislado e a negociação coletiva na nova lei: examinando limites e alcance constitucionais**. In: Reforma Trabalhista na visão de Procuradores do Trabalho. Ângelo Fabiano Farias da Costa, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira Monteiro, Silvio Beltramelli Neto (Coordenadores), Ed. Juspodivm, 2018.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Trad. De Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Os Direitos dos Trabalhadores como Direitos Fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988**. In: Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber/Inga Wolfgang Sarlet, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Ana de Oliveira Frazão (Coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Mayana Macedo Fernandes da. **Da prevalência do negociado sobre o legislado**. In: **Reforma Trabalhista Interpretada: Lei nº 13.467/2017**. Coordenadora Cirlene Luiza Zimmermann. Editora Plenum, 2017. p.217-248.

SOUZA, Roberta de Oliveira. **Análise do negociado versus o legislado: perspectivas doutrinária, jurisprudencial e orçamentária da reforma trabalhista considerando os**

**argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da Lei 13.467 de 2017.** In: Revista dos Tribunais, vol. 985/2017, p. 243-261, nov. 2017, DTR\2017\6662.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Negociado sobre legislado: o mito de Ulisses e as Sereias.** In: Reforma Trabalhista: Visão, Compreensão e Crítica. Guilherme Guimarães Feliciano, Marco Aurélio Marsiglia Treviso, Saulo Tarcísio de Carvalho Fontes, organizadores. – São Paulo: LTr, 2017.

TIBALDI, Saul Duarte; ALVIM, Victor Lucas. **As negociações coletivas trabalhistas e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.** Revista de Direito do Trabalho. vol. 188.ano 44. p.89-113. São Paulo: Ed. RT, abril 2018.

## **ENTIDADE FILANTRÓPICA E REFORMA TRABALHISTA: CONTRIBUIÇÕES CRÍTICAS**

*Leonardo Emrich Sá Rodrigues da Costa<sup>2</sup>*

---

<sup>2</sup> Analista Judiciário do TRT-SC (Lotado no gabinete do Desembargador Wanderley Godoy Jr.). Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Professor na Universidade de Rio Verde-GO, ministrando a disciplina Processo Civil. Ex-Advogado inscrito na OAB-GO 33.165. E-mail: leonardo.costa@trt12.jus.br

RESUMO: O presente estudo tem a finalidade de precisar o sentido de entidades filantrópicas no contexto da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467.2017), introdutora dos atuais artigos 884, § 6º, e 899, § 10, da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, que a elas, e somente a elas, garantiu novas prerrogativas processuais, a fim de facilitar o acesso à Justiça, que antes era bastante restrito, a pretexto de proteger a solvabilidade do débito trabalhista. Porém, destaca-se que a aplicação e, no geral, os primeiros ensinamentos doutrinários sobre estes dispositivos legais no primeiro ano da vigência da nova lei não atentam para o conceito estrito de filantropia, ou seja, dá-se, de modo injustificado e inadequado, um sentido amplo. Isto, em última análise, prejudica, na fase de execução, o trabalhador, pois a isenção do depósito do juízo sem critérios dificulta mais ainda a intrincada tarefa de satisfazer o crédito trabalhista. Após uma análise histórica e conceitual, avalia-se as distinções entre filantrópicas, entidades beneficentes de assistência social e instituições de assistência social, para concluir que não é correto usar a Lei nº 12.101/2009, como se tem visto e lido, como parâmetro de enquadramento legal das entidades filantrópicas. Ao final, propõe-se que a solução para este problema hermenêutico é a regulamentação, por meio de Decreto Presidencial ou Portaria do Ministério do Trabalho, do alcance da semântica da expressão filantropia, de sorte a compatibilizar acesso à Justiça e o princípio protetivo subjacente à garantia do juízo, no intuito de evitar confusões.

**Palavras-chave:** Entidades filantrópicas. Conceito. Prerrogativas Processuais. Reforma Trabalhista. Lei nº 13.467/17.

## **1.Introdução**

À primeira vista da doutrina e da jurisprudência, consoante se tem notícia, verifica-se uma sutil interpretação dada às novidades legais relacionadas às filantrópicas, considerada inadequada e destoa da mais pertinente utilização dos princípios processuais e da sistemática processual celetista.

Diante disto, propõe-se um estudo detalhado acerca das filantrópicas, sua origem e conceito, a fim de contribuir para a delimitação do alcance dos artigos 884, § 6º, e 899, § 10, da CLT, sem a pretensão de esgotar inteiramente o assunto.

Ao fim, o objetivo é propor alguma solução para a divergência hermenêutica sobre o tema, de modo a contribuir para a consolidação da segurança jurídica, tão cara para a credibilidade e cientificidade do direito.

## 2. Entidades filantrópicas. Conceito. Histórico.

A etimologia da palavra filantropia vem das expressões gregas *philos* e *anthropos*, as quais, conjugadas, traduzem-se livremente como “amor” e “ser humano” (MARTINEZ, 2018, p. 235). O Dicionário Houaiss, da Língua Portuguesa, define o termo como “profundo amor à humanidade, desprendimento, generosidade para com outrem, caridade”.

Historicamente, no Brasil as ações filantrópicas estiveram arraigadas à concepção caritativa de ajuda ao próximo, sob o prisma da moral cristã, na qual há o reconhecimento do valor da pobreza, como redentora dos pecados. A expressão, assim, carrega em sua origem a intenção de ajudar o próximo, sem esperar retribuição. Exemplo disto foi o surgimento da Santa Casa de Misericórdia de Santos, em 1543, revelando, portanto, a origem da atividade filantrópica, no nosso país, no bojo das instituições religiosas na área da saúde (MESTRINER, 2001, p. 45).

Com o passar do tempo a filantropia começou a ocupar um conjunto maior de atividades sociais, que, em tese, competiriam ao Estado, por visarem ao interesse social e à satisfação de Direitos Fundamentais Sociais, atualmente positivados no art. 6º, da Lei Maior, a saber: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

A filantropia era exercida, cabe destacar, por quem atendia, voluntariamente e de forma gratuita, àquelas pessoas necessitadas, nas mais diversas exigências coletivas. O Estado, incapaz

de desincumbir plenamente de suas obrigações, divisou na filantropia uma forma de complementar suas insuficiências, de modo que destinou a ela benefícios legais e incentivos, sob a sua fiscalização. Daí surgiram legislações, cuja evolução desembocou no que hoje se denomina terceiro setor.

Para Maria Sylvia Di Pietro (2012, p. 551):

Terceiro setor é aquele composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos [...]. Esse tipo de entidade existe desde longa data, mas agora está adquirindo feição nova, especialmente com a promulgação da Lei nº 9.790, de 22-3-99, que dispõe sobre as organizações da sociedade civil de interesse público.

Neste particular, merece destaque a Lei nº 3.577/59, que, por seu art. 1º, isentou da “taxa de contribuição de previdência os Institutos Caixas de Aposentadoria e Pensões as entidades filantrópicas reconhecidas como de utilidade pública, cujos membros de suas diretorias não percebam remuneração”.

O Decreto nº 1.117/62, ao regulamentar a isenção da cota patronal, introduzida pela Lei nº 3.577/59, considera “entidade filantrópica”, para fins do gozo do benefício fiscal, aquela que sobrevivesse de doações, pois deveria destinar “a totalidade das rendas apuradas ao atendimento gratuito das suas finalidades”.

Neste período, filantrópica, reconhecida pelo Estado, para fins previdenciários, por meio de um certificado, era a entidade que prestava serviços gratuitos à coletividade, sem público-alvo específico. Tais serviços gratuitos não eram, necessariamente, voltados para assegurar, a quem deles necessitasse, o rol de direitos sociais básicos que compõe a assistência social (art. 203 da Constituição Federal).

Com a ascendência do individualismo como modo de vida e o declínio das doações para subsidiar as entidades filantrópicas, o Estado viu-se, ante o relevante serviço prestado e o interesse no seu fortalecimento, na premência de proteger e colaborar com elas. Para isto, lhes

garantiu uma roupagem mais contemporânea, cuja essência, porém, está positivada em alguns dispositivos da Lei nº 9.790/99, a seguir reproduzidos:

Art. 1º *omissis*

§ 1º § 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

Art. 3º A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

- I – promoção da assistência social;
- II – promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- III – promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- IV – promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- V – promoção da segurança alimentar e nutricional;
- VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- VII – promoção do voluntariado;
- VIII – promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- IX – experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- X – promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;



XI – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII – estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

XIII – estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte.

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

Observa-se, portanto, que a entidade filantrópica, da qual a OSCIP é uma atual vertente, com a nuance de firmar uma parceria com o Estado, tem por finalidade prestar serviços de interesse social – e não somente de assistência social –, sem fins lucrativos, sobrevive de doações, admitidos incentivos públicos, porque muito penosa é a manutenção somente com liberalidades, hodiernamente; quando muito, presta serviços intermediários a outras organizações sem fins lucrativos ou a órgãos do setor público, de modo que a renda servirá para cumprir o princípio da universalidade dos serviços, isto é, a gratuidade.

Por não praticar atividade econômica, falta, não raro, capacidade financeira. Logo, o acesso à Justiça sofreria prejuízo considerável, se não obstado fosse, caso exigido o depósito para recorrer ou apresentar embargos à execução de entidades com poucos recursos. Aí a justificativa e a razão de ser da Reforma Trabalhista, quando dispensou a garantia do juízo (MARTINEZ, 2018, p. 235).

### 3. O acesso à justiça e entidades filantrópicas

A Lei nº 13.467/2017, conhecida por Lei da Reforma Trabalhista, isentou as entidades filantrópicas do dever de garantir o juízo, quer para embargar, quer para recorrer, em razão da sua peculiar situação de carência econômica. Há uma presunção ex lege de que seria custoso a elas defender-se, em face de uma sentença ou da execução de um título executivo.

Veja-se, a propósito, a redação dos dispositivos legais correspondentes:

Art. 884. Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exequente para impugnação.

§ 6º A exigência da garantia ou penhora não se aplica às entidades filantrópicas e/ou àqueles que compõem ou compuseram a diretoria dessas instituições. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Art. 899. Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

§ 10. São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

A finalidade desta isenção é resguardar o comezinho direito fundamental, de todas as pessoas físicas e jurídicas, de acesso à Justiça, também denominado de garantia de inafastabilidade da jurisdição, previsto em diversos documentos internacionais, dentre os quais os mais relevantes são os seguintes: Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado em 16 de dezembro de 1966; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica.

No plano interno, a Constituição Federal enquadra como direito individual e coletivo a inafastabilidade da jurisdição, no art. 5º, inciso XXXV. A doutrina, ademais, cuidou de destrinchar este direito, ao inferi-lo como um verdadeiro princípio jurídico (CANOTILHO, 2003, p. 1165).

Como um princípio constitucional, deve, portanto, direcionar a atividade interpretativa, a fim de influenciar todo o ordenamento jurídico, desde o momento legiferante, até a aplicação concreta da lei, além de servir como norte na organização do sistema judiciário, como porta aberta a todos.

Significa, então, que o Estado deve organizar, por meio de políticas públicas, seu modelo de justiça, de forma a propiciar cada vez mais uma melhora qualitativa no serviço público prestado pelo Judiciário e afastar as barreiras ilegítimas, que obstam a tutela jurisdicional justa às partes. Tais barreiras podem ter origem em diversos fatores, a exemplo de imperfeição das leis processuais, políticos, econômicos e culturais (DINAMARCO, 2017, p. 203-204).

Assim, universalizar a jurisdição é expungir estes ilegítimos fatores limitativos, que excluem do Judiciário inúmeras pretensões e aumentar as situações litigiosas entre as camadas da população a serem pacificadas pelo Estado.

A par da indevida limitação à garantia da justiça gratuita do trabalhador, os aspectos econômicos do processo foram o mote da Reforma Trabalhista, quando isentou as entidades filantrópicas da garantia do juízo, e cumpriu uma das ondas renovatórias do direito processual, a que se refere Mauro Cappelletti (2015), segundo o qual os custos processuais, para determinadas pessoas, com poucos recursos financeiros, podem travar o acesso ao Judiciário.

Daí a relevância da isenção ora tratada, que, em uma visão realista e livre de pré-conceitos, pode ser determinante ao exercício do direito ao acesso à Justiça destas entidades, as quais poderiam deixar de questionar uma decisão judicial-trabalhista, por ausência de bens, o que pode dificultar, talvez injustamente, sua própria sobrevivência, por causa de uma condenação em uma reclamação sem respaldo legal ou probatório.

4 Garantia do juízo como proteção do trabalhador e o acesso à justiça: uma imprescindível conciliação

Os depósitos legais pelo empregador, no processo do trabalho, possuem natureza jurídica de garantia recursal, garantia da execução e garantia do juízo para a futura execução (MARTINS, 2001, p. 365).

A exigência da garantia do juízo “consagra, substancialmente, os princípios da proteção processual ao trabalhador e da isonomia real, sabido que o empregador, em regra, é economicamente superior ao empregado, geralmente autor da demanda trabalhista” (LEITE, 2018, p. 1033).

Em razão de estar diretamente ligada à proteção do trabalhador e assegurar um pagamento mais célere do crédito trabalhista, necessário se faz interpretar, destarte, o conceito de entidade filantrópica, restritamente no contexto da Reforma Trabalhista, para não cair no absurdo de absolver pessoas que teriam condições de efetuar a garantia do juízo, em detrimento do empregado.

A interpretação restrita do termo filantropia é, em verdade, uma legítima conciliação entre o princípio do acesso à Justiça e o princípio protetivo, ambos significativos para a legislação processual do trabalho<sup>3</sup>

O primeiro princípio induz a dilatar os sentidos das palavras, de forma a ampliar os sujeitos destinatários de garantias legais, como ocorreu na interpretação dada pelo STF ao art. 5, caput, da CF, ao entender que o emprego da fórmula ‘brasileiros e estrangeiros residentes no país’ não excluiu o direito dos estrangeiros não residentes a acesso aos instrumentos processuais, nem os impediu de ser titular de direitos fundamentais (STF, HC 94016 MC/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 7/4/2008).

Já o princípio tuitivo, é a marca distintiva, não só do Direito do Trabalho, mas, também, do Processo do Trabalho, com suas diversas simplificações, garantias e facilidades. Seu

---

<sup>3</sup> Compartilha do mesmo pensamento o juiz do TRT-1, Marcelo Moura (2018, p. 363), que assim se expressa: “O § 6º, do art. 884 dispensa a garantia do juízo para as entidades filantrópicas. Trata-se de uma exceção à regra geral que deve, portanto, ser interpretada restritivamente”.

desiderato é equilibrar empregador e empregado, este quase sempre em posição de desigualdade econômica, probatória, informacional, social e cultural. É o que Manoel Antônio Teixeira Filho (2009, citado por LEITE, 2018, p. 112-115) chama de princípio de correção da desigualdade.

Esta interpretação estrita é, vale enfatizar, uma ponderação exigida para compatibilizar e acomodar harmonicamente dois interesses essenciais, a antecipação do valor da condenação ao empregado e a isenção das genuínas filantrópicas.

Realça o mestre Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 123) que a conceituação de entidade filantrópica não pode ser ampliada para alcançar toda e qualquer iniciativa de ajudar os menos favorecidos, pois há entidades que, embora hasteiem a bandeira da beneficência, auferem lucros e exercem atividades econômicas, com condições de garantir o juízo.

Importa, então, não confundir as entidades de beneficência social e de assistência social com as filantrópicas, sob pena de indevida ampliação de sentido, como visto no âmbito doutrinário e jurisprudencial, pois a penúria presumida por lei só faz sentido, e se justifica, em face das exclusivamente filantrópicas, em sentido estrito.

## 5. Distinções

A esta altura já convém distinguir uma entidade filantrópica de uma beneficente de assistência social, cuja proximidade causa a incompreensão, a ponto de serem vistas como sinônimas. A diferença é apreendida do próprio texto Constitucional:

Art. 199 omissis.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que [...]

Art. 195 *omissis*.

§ 7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

A CTL, por seu turno, usou “entidades beneficentes” e “entidades sem fins lucrativos”, no § 1º, do art. 2º, e filantrópica em outras passagens. Aliás, o art. 889, § 9º, reduziu em metade o depósito recursal para as entidades sem fins lucrativos, de modo a demonstrar o equívoco em tratar tudo como sinonímia.

A doutrina tributarista e a previdenciária debatem, de longa data, o significado destas expressões, a fim de definir quais pessoas teriam direito à imunidade de contribuições para a seguridade social. Pacificou-se, pois, que são termos heterogêneos. Esta é a preleção de Fábio Zambitte Ibrahim (2015, p. 458):

As entidades beneficentes de assistência social são mantidas com o objetivo de auxiliar os necessitados, isto é, qualquer pessoa que não tenha condições de prover o seu próprio sustento e o de sua família. Este conceito é mais restrito do que o de entidade filantrópica, embora sejam ambos erroneamente utilizados indistintamente com muita frequência.

Na mesma linha, assinala Leandro Paulsen (2017, p. 121) que:

Entidades beneficentes são aquelas voltadas ao atendimento gratuito dos necessitados. Não é necessário que tenham caráter filantrópico, assim entendidas as que se mantêm exclusivamente por doações. Admite-se que financiem a atividade beneficente mediante outras atividades remuneradas, desde que não tenham fins lucrativos e que suas receitas sejam efetivamente aplicadas na beneficência, o que restou definido pelo STF também na ADI 2.028.

O Supremo Tribunal Federal, chamado a pronunciar-se sobre a questão, assentou, nos termos do voto do Ministro Moreira Alves, na liminar proferida na ADI 2.028-5, em que se analisou a semântica de “entidade beneficente”, presente no art. 195, §7º, da CF, que:

Assim, entidade que atua em benefício de outrem com dispêndio do seu próprio patrimônio sem contrapartida é entidade filantrópica, mas não deixa de ser beneficente a que, sem ser filantrópica, atua sem fins lucrativos e no interesse de outrem. Por isso, sendo entidade beneficente o gênero, pode-se concluir que toda entidade filantrópica é beneficente, mas nem toda entidade beneficente é filantrópica. Assim, § 7º do artigo 195 ao utilizar o vocábulo entidade beneficente se refere a essas duas espécies, sendo que, quanto às que atuam no setor de saúde, o conceito de beneficência, como visto, é explicitado no § 1º do art. 199, que distingue a entidade filantrópica da entidade sem fins lucrativos e considera ambas merecedoras do mesmo tratamento. Portanto, quando a Lei 9.732 o impõe o requisito da entidade da gratuidade exclusiva está restringido o conceito constitucional de entidade beneficente que não se confunde com entidade filantrópica. [...] É evidente que, tais entidades, para serem beneficentes, teriam que ser filantrópicas [...], mas não exclusivamente

filantrópicas [...], esse benefício concedido pelo § 7º do art. 195 não o foi para estimular a criação de entidades exclusivamente filantrópicas, mas, sim, das que, também sendo filantrópicas sem o serem integralmente [...].

Este entendimento liminar foi ratificado, em maio de 2017, pelo plenário daquela Corte, com os acréscimos do voto do Ministro Teori Albino Zavascki, este que, com base na doutrina de Regina Helena Costa, acentuou que a entidade beneficente é aquela que dedica parte destas atividades ao atendimento gratuito de carentes e desvalidos. Já a filantrópica é a que direciona, de forma gratuita, integralmente seus serviços a atender o interesse coletivo.

Assim, uma primeira inferência pode ser feita: entidade beneficente é aquela que atua em favor de outrem, que não seus próprios instituidores ou dirigentes, e pode ser remunerada por seus serviços. Filantrópica é a entidade com idêntico escopo, mas cuja atuação é inteiramente gratuita, ou seja, nada cobra pelos serviços que presta.

Quando há uma parcial cobrança, a entidade é filantrópica, em um sentido amplo. Quando é totalmente gratuita, é uma filantrópica, em sentido restrito, sendo esta a merecedora da dispensa da garantia do juízo.

Isto porque, em face do recebimento de dinheiro por alguns clientes, mesmo que inexistente intenção lucrativa, consegue-se manter algum patrimônio, de certo modo, suficiente para garantir o juízo a favor do trabalhador e isto não impede de comprovar o estado de crise e receber o benefício da justiça gratuita. Já quando a gratuidade é total, e por depender de doações, é razoável presumir a falta de disponibilidade de recursos.

Ao atentar-se para o texto Constitucional, evidencia-se, ainda, que entidade beneficente de assistência social (art. 195, § 7º, da Carta), por consequente uma filantrópica, não é conceito equivalente à entidade de assistência social sem fins lucrativos (art. 150, VI, c, da CF).

As entidades sem fins lucrativos, não beneficentes, outrossim, são restritas a determinadas classes ou grupos e visa o auxílio mútuo. Buscam um padrão mínimo de vida dos



associados, sem atender pessoas estranhas ao grupo. Interessante colacionar o magistério de Leandro Paulsen (2017, p. 117):

As instituições de assistência social, também beneficiárias da imunidade, são aquelas que desenvolvem uma das atividades descritas no art. 203 da CF. Não se exige filantropia, ou seja, não se exige que atuem exclusivamente com pessoas carentes, de modo gratuito e universal e que dependam exclusivamente de donativos. Podem exercer atividade econômica rentável, desde que sem finalidade de lucro, ou seja, desde que revertam seus resultados para a atividade assistencial. Há impedimento à distribuição de lucros, esta sim descaracterizadora da finalidade assistencial e do caráter não lucrativo. Não se deve confundir, ainda, a ausência de caráter lucrativo com a obtenção de *superavit*, este desejável inclusive para as entidades sem fins lucrativos, de modo que viabilize a ampliação das suas atividades assistenciais.

Um ponto em comum entre as beneficentes, não integralmente filantrópicas, e as entidades de assistência social, é, justamente, a possibilidade de cobrança por seus serviços. Pela primeira, uma cobrança parcial, caso das universidades em que, apesar da concessão de bolsas gratuitas de estudos às pessoas carentes, exigem mensalidades da camada mais abastada. Já na entidade de assistência social, há cobrança de sua restrita clientela, vedado apenas o lucro, cuja significância é dada por Eduardo Sabbag (2017, p. 467):

A primeira e equivocada impressão é a de que o preceptivo veda o lucro, todavia não deve ser esta a melhor exegese. Veda-se, sim, a apropriação particular do lucro, a lucratividade em si, ou, em outras palavras, o *animus distribuendi*. Permitem-se, pois, o resultado positivo, a sobra financeira, o superávit ou, em linguagem técnica, o *ingresso financeiro líquido positivo*.

Aliás, proibir-se o lucro (*animus lucrandi*) é algo que se traduz em completo desatino. O que se quer, em verdade, é que todo o resultado reverta em investimento para que a entidade cumpra seu desiderato institucional.

A propósito, não se pode confundir a *apropriação particular do lucro* – o que se proíbe – com a permitida e natural *remuneração dos diretores e administradores da entidade imune*, como contraprestação pela execução de seus trabalhos.

Destarte, na filantropia, em sentido estrito, inexistem as figuras do *animus lucrandi* ou *animus distribuendi*, impensável a venda de serviços ou resultado positivo, já que não colocam preços em suas atividades. Por isto, a entidade beneficente não se adequa na definição de filantropia posta na CLT e esmiuçada neste artigo, porque, como se pôde perceber, a cobrança que ela faz de uma parcela da população torna-a, em regra, capaz de garantir o juízo.

Outra diferença digna de nota é o campo de atuação. As entidades beneficentes de assistência social são aquelas que atuam na assistência social em sentido estrito (Art. 203 da CF) e, também, na saúde e educação – assistência social em sentido amplo –, de acordo com o entendimento pacificado pelo STF (IBRAHIN, 2015, p. 459).

As filantrópicas possuem uma amplitude de serviços à comunidade muito maior, uma gama e diversidade de objetivos que se dirigem não somente à assistência social em sentido amplo. E isto deve ficar memorizado pelo leitor, a fim de ser utilizado mais à frente. É o que registra a doutrina do professor Celso Barroso Leite (1998, p. 533), no artigo “Filantropia e Assistência Social”, publicado na Revista de Previdência Social:

Embora não menos amplo que o da filantropia, o conceito de assistência social oferece a vantagem da característica comum dos seus destinatários: a necessidade que têm dela. Enquanto as entidades filantrópicas prestam serviços úteis e com frequência valiosos, mas nem sempre essenciais, a assistência social tem por objetivo atender a necessidades vitais das pessoas que carecem dela. Convém insistir neste ponto: a necessidade da assistência, individual ou social, é inerente à sua natureza. Uma entidade que ofereça, por exemplo, programas culturais gratuitos de alto nível dá a pessoas que não dispõem de recursos para pagar por eles uma oportunidade valiosa, benéfica e de alguma maneira filantrópica. Entretanto, isso não corresponde a uma necessidade básica, vital, dessas pessoas, que decerto apreciam

programas culturais de bom nível mas poderiam viver sem eles. Ainda por outras palavras: trata-se de algo mais e não de um mínimo; e em última análise é essa a diferença entre filantropia e assistência (nº 199).

Assim, uma entidade é filantrópica mesmo que sua finalidade seja, de forma exemplificativa, cultural, esportiva, religiosa e demais atividades enumeradas no outrora reproduzido art. 3º, da Lei nº 9.790/99. Ela pode ser, portanto, de assistência social, mas não necessariamente.

Resulta clara a inadequação, com o devido respeito às opiniões divergentes, da afirmação no sentido de que uma entidade é filantrópica se observa a Lei nº 12.101/2009. Não parece ser bem assim.

#### 5.1 Lei n. 12.109/2009

A maior parte da doutrina trabalhista, até o momento, seguida pela jurisprudência, ao menos tendo em vista a análise dos recursos no âmbito do TRT-12, alvitra a aplicação da Lei nº 12.101/1009 como o parâmetro para aferir se está diante de uma entidade filantrópica ou não. Cita-se, como representante desta vertente, Anna Luiza Marimon (2018, p. 223-224):

A exigência da garantia ou penhora não se aplica às entidades filantrópicas e/ou àqueles que compõe ou compuseram a diretoria dessas instituições, de acordo com o novo § 6º do art. 884. Não é suficiente a mera alegação de que a atuação não visa lucro, pois a lei 12.101/2009, em seu art. 3º, determina que a certificação dessas entidades somente ocorrerá mediante a demonstração, de forma cumulativa, do cumprimento do disposto nas Seções I, II, III e IV, do Capítulo II, da supracitada lei, observando-se as respectivas áreas de atuação das entidades beneficentes de assistência social<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> No mesmo sentido: DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves (2017, p. 359); MOURA, Marcelo (2018, p.2018); SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de [et al.] (2018, p. 569).

Esta lei regulamentou o art. 195, § 7º, da Constituição Federal, que imuniza as entidades beneficentes de contribuições para a seguridade social e estabelece os critérios para o seu modo de ser.

A Lei nº 12.101/2009 reconhece como beneficente as entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que prestem serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação, sendo que deverão obedecer ao princípio da universalidade do atendimento, vedado dirigir suas atividades exclusivamente a seus associados ou à categoria profissional (PAULSEN, 2017, p. 122).

Neste ínterim, verifica-se um primeiro problema. Há uma restrição do campo de atuação, visto que as filantrópicas, em sentido restrito, não trabalham apenas no que se chama de assistência social em sentido amplo, indo muito além disto.

Esta limitação tem uma razão de ser, porquanto, as entidades beneficentes, para gozarem da imunidade previdenciária, devem comprovar a eficácia na satisfação das necessidades sociais, estas que cabem ao Estado, primariamente, implementar, mas, por falhas nas políticas públicas ou ausência de recursos, não desincumbiu a contento o seu mister. Ou seja, a Lei nº 12.101 impõe ao Governo somente fomentar aquelas atividades que o apoiam nas áreas que lhe cabem prestar serviços públicos. Logo, a lógica é a da efetividade do serviço público, e não do acesso à Justiça, esta sim é a intenção da alteração da legislação processual do trabalho.

Ao traduzir em termos práticos, tem-se que uma entidade cultural, mesmo que viva de doações e preste serviços gratuitos, isto é, seja uma legítima filantrópica, a prevalecer o entendimento de que para gozar de isenção de garantia do juízo deve, também, ter o certificado de entidade beneficente social (CEBAS), chegar-se-á à perplexidade de ter ela que fazer o depósito legal ou contar com a sorte de ter o benefício da justiça gratuita deferido, não obstante ser, justamente, aquela pessoa visada pela Reforma Trabalhista.

Isto porque entidade prioritariamente cultural não se confunde com entidade educacional, o que vale, também, para entidades de esporte, como entende o Ministério da Previdência e Assistência Social e o Superior Tribunal de Justiça. Assim, cai-se na incoerência

de excluir entidades filantrópicas que não se encaixem nas atividades arroladas na Lei nº 12.101, de modo a abduzir o direito universal de acessar o Judiciário.

Outra questão, e certamente a mais delicada, é que as entidades beneficentes, não filantrópicas, cobram, em parte, pelos seus serviços, o que faz girar recursos financeiros, embora não tenham fim lucrativo. Por exemplo, pelo art. 12 da Lei nº 12.101/09, as entidades de educação, em qualquer nível, podem enquadrar-se como beneficentes e usufruir da imunidade constitucional, desde que venham a aplicar, anualmente, em gratuidade, o percentual mínimo de 20 % (vinte por cento) da receita anual efetivamente recebida a título de anuidade escolar, valor este calculado nos termos da Lei nº 9.870/99. No caso das entidades de nível superior, observar-se-á, também, os requisitos do PROUNI, na Lei n. 11.096/05.

A Univali, em Santa Catarina, por conceder bolsas de estudo, porém cobrar uma razoável mensalidade dos alunos, teria o direito à isenção da garantia do juízo, mesmo que tenha, notoriamente, condições financeiras boas e não se encaixe no conceito esgrimido de filantrópicas em sentido restrito, em escancarado e inaceitável prejuízo ao empregado.

Note-se, ademais, que o MTE equiparou, embora sem primar pela melhor técnica terminológica, entidades sem fins lucrativos a entidades beneficentes, ao regular o art. 580, § 6º, da CLT, que traz a isenção da contribuição sindical. É o que se extrai da Portaria nº 1.012/2003:

Art. 3º Considera-se entidade ou instituição que não exerça atividade econômica com fins lucrativos, aquela que não apresente *superavit* em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado integralmente ao incremento de seu ativo imobilizado.

§ 2º A comprovação da condição de entidade ou instituição sem fins lucrativos será feita por meio dos seguintes documentos:

I – entidades ou instituições de assistência social, reguladas pela Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993:

a) atestado de Registro e Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, expedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social, nos termos da lei; e (grifei)

b) comprovante de entrega da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ, como entidade imune ou isenta, fornecido pelo setor competente do Ministério da Fazenda.

Avista-se destes dispositivos que entidade sem fins lucrativos e beneficentes exercem atividades econômicas, sendo esta a empatia entre elas. O que lhes veda somente é auferir lucros e isto demonstra o acerto do que foi explicado antes.

Na CLT, portanto, leia-se entidade sem fins lucrativos em sentido amplo, de tal modo que a dispensa pela metade do depósito recursal (CLT, art. 899, § 9) estende-se, também, às beneficentes que não são filantrópicas.

Constitui, assim, verdadeira inversão de significados a equiparação de filantropia e beneficência, máxime, por fim, com o que se denota da referida portaria.

## 6. Conclusão

O trabalho teve como intuito alertar para a forma que, neste primeiro ano de vigência da Lei nº 13.467, tem-se aplicado e interpretado de uma maneira enviesada o termo entidade filantrópica, ao equipará-lo à beneficência, bem como ao satisfazer-se, como prova da filantropia, com o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS), previsto na Lei nº 12.101/2009.

Este desajuste, além de retirar a isenção da garantia do juízo de pessoas que a ela fariam *jus*, pelo fato de não se enquadrarem em uma das atividades que compõe a assistência social, em sentido amplo, prejudica diretamente o trabalhador, porquanto existem entidades beneficentes, portadoras do CEBAS, com capacidade patrimonial, não filantrópicas, que usufruem da dispensa dada pelos artigos 884, § 6º, e 889, § 10, ambos da CLT.

A fim de sanar esta incorreção e, até mesmo, contribuir para a segurança jurídica, sugere-

se ao Ministério do Trabalho que expeça, urgentemente, uma portaria que regulamente o sentido de filantropia ou um Decreto Presidencial, na perspectiva do acesso à Justiça, de forma a levar em consideração as distinções apresentadas no transcorrer do artigo, a fim de apartar, de vez, os equívocos e salvaguardar o princípio protetivo que envolve a garantia do juízo.

## 7. Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94016 MC/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento em: 7 de abril de 2008.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 2015.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 25 ed. São Paul: Atlas, 2012.

DINAMARCO, C. R. **Novo Código de Processo Civil**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

IBRAHIM, F. Z. Curso de direito previdenciário. 20.ed. Rio de janeiro: Impetus, 2015.

LEITE, C. B. Filantropia e Assistência Social. São Paulo: LTR, 1998.

LEITE, C. H. B. **Curso de direito processual do trabalho**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARIMON, A. Luiz et al. (Coord.). **Comentários à Lei 13.467/2017: contribuições para um enfrentamento crítico**. Porto Alegre: HS Editora, 2018.

MARTINEZ, L. **Reforma trabalhista – entenda o que mudou: CLT comparada e comentada**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS, S. P. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MESTRINER, M. L. **O estado entre a filantropia e a assistência social**. São Paulo: Cortez, 2001.

MOURA, M. **Reforma trabalhista: comentários à Lei 13.467/2017**. Salvador: JusPODVM, 2018.

PAULSEN, L. **Curso de direito tributário completo**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SABBAG, E. **Manual de direito tributário**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, H. B. M. da. **Comentários a Reforma Trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. (Livro eletrônico)

## **A IRRETROATIVIDADE DA REFORMA TRABALHISTA: O DEBATE DO DIREITO INTERTEMPORAL UM ANO DEPOIS**

*Guilherme Guimarães Ludwig*



**RESUMO:** O presente artigo se propõe a problematizar o alcance da aplicabilidade da reforma trabalhista, advinda da Lei 13.467/2017 e da posterior Medida Provisória 808/2017 que vigeu até 23/04/2018, no campo nos âmbitos material e processual, quanto à incidência de efeitos sobre os contratos de trabalho e as reclamações trabalhistas em curso em 11 de novembro de 2017. O texto analisa o debate do direito intertemporal sob a perspectiva dos preceitos constitucionais da irretroatividade e segurança jurídica e também de acordo com o princípio trabalhista da proteção.

**PALAVRAS-CHAVE:** reforma trabalhista – eficácia temporal da norma – segurança jurídica – princípio da proteção.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Inaplicabilidade da reforma trabalhista aos contratos de trabalho em curso. 3. Inaplicabilidade da reforma trabalhista aos processos trabalhistas em curso. 4. Conclusões. 5. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Cerca de um ano depois da reforma trabalhista e já com teses estruturadas e diversos julgados, é possível afirmar que o pensamento hegemônico na área trabalhista é de que as novas regras de direito material trazidas pela Lei 13.467/2017 não se aplicam aos contratos em curso, em observância ao princípio da irretroatividade e à ideia de segurança jurídica.

A partir da Lei 13.467/2017 e no período de vigência da Medida Provisória 808/2017, foram acrescentados, alterados e revogados centenas de dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho, além de outras leis trabalhistas e previdenciárias. Para além do enorme desafio de interpretar e aplicar uma modificação desta magnitude e velocidade de tramitação legislativa, a partir de uma concepção harmônica com todo o sistema normativo trabalhista vigente, incluindo a própria Constituição Federal e as Normas Internacionais, torna-se necessário resolver uma questão prévia: quais os limites da eficácia temporal da reforma trabalhista.

O presente artigo se propõe a problematizar o alcance da aplicabilidade da reforma trabalhista nos âmbitos material e processual, inclusive apontando alguns julgados do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia (TRT5) sobre o tema. Noutros termos, busca investigar se os novos dispositivos legais geram ou não efeitos sobre os contratos de trabalho e as reclamações trabalhistas em curso em 11 de novembro de 2017, a partir de uma leitura constitucional do princípio da segurança jurídica.

## 2 INAPLICABILIDADE DA REFORMA TRABALHISTA AOS CONTRATOS DE TRABALHO EM CURSO

Na sua breve vigência (14/11/2017 a 23/04/2018), a MP 808/2017 tentou forjar a retroatividade da reforma trabalhista em face dos contratos vigentes, visto que

estabelecia que “*aplicam-se aos contratos de trabalho vigentes, na integralidade, os dispositivos da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (art.2º)*”.

Ainda em novembro de 2017, surgiu, no âmbito administrativo, a nota técnica SIT Nº 303/2017 do Ministério do Trabalho e Emprego, baseada estranhamente em doutrina e jurisprudência civilista e administrativista, concluindo pela aplicação das novas regras aos contratos em curso. Curioso que o único autor trabalhista ali citado, Maurício Godinho Delgado, defende exatamente o contrário da conclusão, mas pela pouca coerência desta nota técnica a opinião deste doutrinador trabalhista foi recortada e distorcida. Além da pouca cientificidade ou lastro na doutrina, legislação e princípios trabalhistas, a referida nota técnica não tem, como se sabe, qualquer efeito vinculante, tampouco teve um papel persuasivo relevante no debate do direito intertemporal.

No entanto, com a perda da vigência desta regra já é possível concluir que, a partir de 24/04/2018, não resta dúvida da irretroatividade da reforma trabalhista, visto que, sem comando expresso, perdura o padrão jurídico da irretroatividade da lei.

De qualquer modo, cumpre questionar se, por hipótese argumentativa, haveria retroação da nova lei sobre os contratos de emprego vigentes e esta aplicação retroativa coaduna com a Constituição Federal.

De acordo com o texto constitucional em vigor, “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*” (CF, art. 5º, XXXVI), dispositivo este que consubstancia o princípio geral da irretroatividade da lei, por seu turno, corolário dos princípios da segurança jurídica e da confiança. Segundo Gomes Canotilho:

“O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas

alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixados pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico” (2003, p.257).

Por outro lado, de acordo com a clássica divisão de Matos Peixoto (1948, p. 464-468), a retroatividade legal pode ser: a) máxima, quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados; b) média, quando a lei nova atinge efeitos pendentes de atos jurídicos verificados antes dela; e c) mínima, quando a lei nova atinge efeitos dos atos jurídicos que lhe sejam anteriores, mas produzidos após a data em que ela entra em vigor.

A retroatividade mínima é a que seria verificada, por exemplo, caso fosse aplicada a Lei 13.467/2017 aos contratos de emprego em curso na data do início de sua vigência. Esta hipótese, entretanto, também é vedada pela Constituição Federal por violar o princípio da irretroatividade da lei (CF, art. 5º, XXXVI) e, conseqüentemente, os princípios da segurança jurídica e da confiança.

O ordenamento jurídico brasileiro protege o equilíbrio contratual e a confiança. Por ocasião do ajuste das cláusulas contratuais, é evidente que os pactuantes levaram em consideração especialmente a legislação trabalhista então vigente, não podendo adiante ser surpreendidos, em plena execução contratual, com alterações das premissas do contrato, vale dizer, a própria causa que gerou aqueles efeitos jurídicos.

De acordo com Orlando Gomes (1988, p.4), “todas as conseqüências de um contrato concluído sob o império de uma lei, inclusivamente seus efeitos futuros, devem continuar a ser reguladas por essa lei em homenagem ao valor da certeza do direito e ao princípio da tutela do equilíbrio contratual”. No mesmo sentido, a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2005, p.331), segundo os quais “os vínculos negociais e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se

celebraram, regra esta que não deve ser interpretada somente para a aplicação das regras codificadas civis, mas também para todas as demais relações jurídicas não penais”.

Por outro lado, ao apreciar a possibilidade de imediata aplicação da MP nº 32/89, convertida na Lei nº 7.730/89, aos efeitos futuros de contratos de depósito em caderneta de poupança, celebrados ou renovados em momento anterior ao do início de sua vigência, o Supremo Tribunal Federal (STF, AI 244578/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.08.1999) decidiu que:

*“O acolhimento da postulação recursal deduzida pela instituição financeira importaria em inaceitável transgressão ao princípio constitucional da intangibilidade do ato jurídico perfeito, tal como enunciado pelo art. 5º, XXXVI, da Lei Fundamental da República.*

*Cumpre ter presente, neste ponto, que o contrato de depósito em caderneta de poupança, enquanto ajuste negocial validamente celebrado pelas partes, qualifica-se como típico ato jurídico perfeito, à semelhança dos negócios contratuais em geral (RT 547/215), submetendo-se, por isso mesmo, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua estipulação. A pretensão jurídica manifestada pela instituição financeira conflita, de modo frontal, com a norma inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Federal, que consagra princípio fundamental destinado a resguardar a incolumidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas. (...)*

*Vê-se, portanto, que uma lei nova não pode estender-se, com a finalidade de regê-los, aos efeitos futuros de contratos anteriormente pactuados, pois, se tal situação se revelasse possível, o Estado passaria a dispor de um temível poder de*

*intervenção na esfera das relações contratuais privadas em curso de execução, afetando, em seus aspectos essenciais, a própria causa geradora daquelas consequências jurídicas. (...)*

*A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico, por sua vez, não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro, notadamente os princípios – como aquele que tutela a intangibilidade do ato jurídico perfeito – que se revestem de um claro sentido de fundamentalidade. Motivos de ordem pública ou razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ex parte principis, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade – não podem ser invocados para viabilizar o descumprimento da própria Constituição, que, em tema de atuação do Poder Público, impõe-lhe limites inultrapassáveis, como aquele que impede a edição de atos legislativos vulneradores da intangibilidade do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada”.*

Também assim, ao apreciar a constitucionalidade da Lei 8.177/91, no que se refere à aplicação taxa de atualização monetária a contratos anteriores à sua vigência, o Supremo Tribunal Federal (STF, ADI 493, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 04.09.1992) entendeu que:

*“Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa*

*(retroatividade mínima) porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado. O disposto no art. 5º, XXXVI, da CF se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do STF. Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido”.*

Observe-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal excepciona:

*“as normas que alteram padrão monetário e estabelecem os critérios para conversão dos valores em face dessa alteração se aplicam de imediato, alcançando os contratos em curso de execução, uma vez que elas tratam de regime legal de moeda, não se lhes aplicando, por incabíveis, as limitações do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (...) (STF, RE 114.982, T1, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 01.03.1991)”.*

No mesmo sentido, mais recentemente, o julgamento no RE 212.136 AgR, 2T, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ de 21.02.2003. O raciocínio básico é que inexistente direito adquirido a padrão monetário, sendo que as normas de conteúdo monetário se destinam a garantir a estabilidade do sistema e o próprio equilíbrio econômico do país. Não é este o caso, entretanto, da Lei 13.467/2017, razão pela qual não lhe cabe sequer a retroatividade quanto aos efeitos futuros dos contratos celebrados antes de sua vigência.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, por seu turno, há entendimento sumulado em sentido da inaplicabilidade da lei nova aos contratos de emprego em curso:

“A alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário promovida pela Lei nº 12.740/2012 atinge somente contrato de trabalho firmado a partir de sua vigência, de modo que, nesse caso, o cálculo será realizado exclusivamente sobre o salário básico, conforme determina o § 1º do art. 193 da CLT (Súmula 191, III do TST)”.

É que, com a Lei 12.740/2012, a disciplina do adicional de periculosidade passou a ser regido no âmbito da Consolidação das Leis do Trabalho, incidindo o correspondente adicional apenas sobre o salário-base; ao invés de todo conjunto de parcelas de natureza salarial, pela interpretação da Lei 7.369/85 constante da anterior redação da Súmula 191 do TST, conferida pela Res. 121/2003.

Por fim, igualmente o Superior Tribunal de Justiça se posiciona quanto ao tema, asseverando que, na seara contratual, os acordos e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se celebraram. Ao apreciar matéria relativa à retroatividade das Leis 8.004/90 e 8.100/90 a contrato de mútuo, foi decidido que (REsp/650136/RS, T1, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 24.10.2005):

“(…). 2. Consoante as regras de direito intertemporal, as obrigações regem-se pela lei vigente ao tempo em que se constituíram, quer tenham elas base contratual ou extracontratual. No campo dos contratos, os vínculos e seus efeitos jurídicos regem-se pela lei vigente ao tempo em que se celebraram.

3. A cobertura pelo FCVS – Fundo de Compensação de Variação Salarial, é espécie de seguro que visa a cobrir eventual saldo devedor existente após a extinção do contrato. O saldo devedor, por seu turno, é um resíduo do valor contratual



causado pelo fenômeno inflacionário. Embora o FCVS onere o valor da prestação do contrato, o mutuário tem a garantia de, no futuro, quitar sua dívida desobrigando-se do eventual saldo devedor, que, muitas vezes, alcança o patamar de valor equivalente ao próprio.

4. In casu, à época vigia a Lei n.º 4.380/64, que não excluía a possibilidade de o resíduo do financiamento do segundo imóvel adquirido ser quitado pelo FCVS, mas, tão-somente, impunha aos mutuários que, se acaso fossem proprietários de outro imóvel seria antecipado o vencimento do valor financiado.

5. É direito do mutuário a manutenção da cobertura do FCVS e, por conseqüência, a liquidação antecipada do saldo devedor, com desconto de 100% pelo Fundo, desde que o contrato tenha sido celebrado até 31 de dezembro de 1987 (art. 2º, §3º, da Lei n.º 10.150/00), ainda que haja novação dos débitos fundada em edição anterior da Medida Provisória 1.981-52/2000, cujas regras foram mantidas quando convertida na Lei 10.150/2000.

6. Precedentes do STJ (REsp 638132/PR Relator Ministro FRANCIULLI NETTO DJ 06.09.2004; REsp 572148/RS Relator Ministro JOSÉ DELGADO DJ 22.03.2004). (...).”

Diante destes elementos, conclui-se que, considerando o princípio da irretroatividade da lei (CF, art. 5º, XXXVI) e, conseqüentemente, os princípios da segurança jurídica e da confiança, a Lei 13.467/2017 não se aplica aos contratos de emprego em curso na data do início de sua vigência.

Esse debate sobre a temporalidade das regras trabalhistas deve, de igual modo, ser harmonizado com os princípios do Direito do Trabalho, como consta no caput do art. 8º da CLT, mesmo após a reforma. Na principiologia trabalhista, o princípio da proteção, é o critério fundamental de orientação do Direito do Trabalho, do qual se extrai o critério do *in dubio pro operário* que assim sinaliza: “*no caso de que uma norma seja suscetível de entender-se de vários modos, deve-se preferir a interpretação mais favorável ao trabalhador*” (PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 107). Ou seja, o princípio tutelar também incide na questão do direito intertemporal, corroborando uma interpretação favorável ao trabalhador.

Justamente com amparo em Plá Rodriguez, Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto (2017) defendem a inaplicabilidade das novas regras da reforma trabalhista para os contratos em curso:

“[...] os dispositivos de direito material que criem novas figuras, eliminem direitos ou criem condições desfavoráveis aos trabalhadores somente valham para as relações de emprego inauguradas no novo ambiente normativo da Lei n. 13.467/2017.

[...]

De toda a sorte, direitos anteriormente assegurados por lei e abolidos ou transformados em sua natureza jurídica persistirão quando previstos em contrato individual, regulamento empresarial, norma coletiva ou sentença normativa, por possuírem fundamento independente da fonte normativa primária heterônoma (SOUZA JÚNIOR; SOUZA; MARANHÃO; AZEVEDO NETO, 2017: p. 520-521).

À luz do princípio protetivo do Direito do Trabalho e seus critérios de interpretação, as antigas vantagens previstas na legislação foram incorporadas ao contrato de emprego. Na regra da condição mais benéfica, há pluralidade de normas no processo de sobreposição temporal (sucessão). “Daí o entendimento de que o princípio da condição mais benéfica resolve o fenômeno de direito transitório ou intertemporal” (SILVA, 1999, p. 99).

No âmbito da Bahia, os seguintes julgados do TRT5 expressam em suas ementas o acolhimento da tese da irretroatividade:

#### **Ementa sem Formatação**

DIREITO MATERIAL DO TRABALHO - INAPLICABILIDADE DA LEI N. 13.467/2017 AOS CONTRATOS DE TRABALHO EXTINTOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA. DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO – OBSERVÂNCIA DAS TEORIAS DO TEMPUS REGIT ACTUM E DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS 1. **As relações jurídicas de direito material devem respeitar o princípio da irretroatividade** consagrado no art. 6º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, segundo a qual a lei nova não pode ser aplicada às situações jurídicas consumadas antes da sua vigência, na linha do ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, expressamente garantidos pela Constituição da República, em seu artigo 5º, XXXVI. Por conseguinte, as disposições da lei 13.467/2017 não se aplicam aos contratos de trabalhos havidos em período anterior a sua vigência. 2. Com referência às relações jurídicas de natureza processual, prevalece, no Brasil, a tese do tempus regit actum e a teoria do isolamento dos atos processuais, segundo as quais o ato observará a vigência da Lei no momento de sua prática, ressalvados aqueles realizados na vigência da Lei antiga, bem assim as situações jurídicas consolidadas. Neste contexto, as relações processuais são compostas de atos complexos e sucessivos, devendo ser considerados, isoladamente, como atos jurídicos perfeitos e acabados, de modo que, se praticado na vigência da Lei velha, devem ser respeitados todos os seus efeitos, bem como, se praticados após a incidência na legislação posterior, às novas regras deve

obediência. Publicada a sentença e interposto o recurso antes da vigência da Lei n. 13.467/2017, deve-se observar as regras vigentes no momento da prática do ato processual, respeitadas as situações jurídicas consolidadas. Processo 0001116-79.2014.5.05.0133 RecOrd, Origem SAMP, ac. nº 301631/2018, Relatora Desembargadora LUÍZA LOMBA, 2ª. TURMA, DJ 28/09/2018.

REFORMA TRABALHISTA (LEI N. 13467/2017). APLICABILIDADE. REGRAS DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO. PRINCÍPIOS DE DIREITO INTERTEMPORAL QUE DEVEM SER OBSERVADOS. Considerando o princípio da irretroatividade da lei (CF, art. 5º, XXXVI) e, conseqüentemente, **os princípios da segurança jurídica e da confiança, a Lei n. 13.467/2017 não se aplica aos contratos de emprego que se findaram antes do início da sua vigência, ou mesmo àqueles que, ainda que estejam em curso, vinculam-se às normas anteriores ao termo inicial referido.** Esse debate sobre a temporalidade das regras trabalhistas deve, ainda, ser harmonizado com os princípios do Direito do Trabalho (caput do art. 8º da CLT), **já que, na forma da principiologia trabalhista, o princípio da proteção é o critério fundamental a ser observado nessa seara.** No plano processual, há de ser aplicada, como regra, diante do que dispõem os arts. 14 do CPC e 915 da CLT, a teoria do isolamento dos atos processuais, segundo a qual é o ato processual individualizado a grande referência para a aplicação da lei nova. Vale dizer: incide a regra de direito intertemporal segundo a qual *tempus regit actus*. [...] Processo 0001204-55.2016.5.05.0034, Origem PJE, Relatora Desembargadora DÉBORA MACHADO, 2ª. TURMA, DJ 25/09/2018.

CONTRATO EXTINTO. DIREITO MATERIAL. APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.467/2017. IMPOSSIBILIDADE. ART. 6º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB). De acordo com o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), "a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada". **Assim, a lei nova não retroage de modo a interferir nas relações pré-existentes,** de modo a estabelecer direitos e deveres relativos a

período em que sequer existia no mundo jurídico. A partir de sua vigência é que passa a regular as relações jurídicas. Desse modo, impossível aplicar a Lei nº 13.467/2017 no tocante a direito material decorrente de relação jurídica já extinta no momento da vigência do referido diploma.

Processo 0000873-12.2016.5.05.0022, Origem PJE, Relator Desembargador EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, DJ 08/06/2018.

Como visto nos julgados acima, o ordenamento jurídico brasileiro consagra expressamente a regra da condição mais benéfica, com arrimo no direito adquirido, com fulcro no artigo quinto, inciso XXXVI, e sétimo caput da Constituição de 1988. A legislação infraconstitucional trabalhista instituiu a vedação das alterações contratuais lesivas por meio do artigo 468, o que representa a consequência do princípio da condição mais benéfica.

### **3 INAPLICABILIDADE DA REFORMA TRABALHISTA AOS PROCESSOS TRABALHISTAS EM CURSO**

É corrente considerar que as leis regem, ordinariamente, as situações fático-jurídicas presentes. Todavia, a ocorrência de uma sucessão de regras jurídicas enseja um delicado debate sobre a aplicação da lei nova para situações jurídicas em curso e iniciadas na vigência na lei antiga. Discutir os efeitos temporais da sucessão legislativa é o objeto do direito intertemporal.

A máxima “*tempus regit actum*” perdura soberana quando se cogita a aplicação temporal do direito. Ancorada na ideia de estabilidade e segurança, o sistema jurídico brasileiro aponta, como regra, a eficácia imediata da nova lei, todavia veda sua incidência pretérita, confirmando outro brocardo jurídico: “*lex prospicit, no respicit*”.

No ordenamento jurídico nacional, a norma constitucional estabelece como garantias fundamentais que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico*

*perfeito e a coisa julgada*”, consoante art. 5º, inciso XXXVI, dando concretude aos seus valores-princípios de estabilidade e segurança jurídica. No campo do processo laboral, a CLT já disciplinava o tema no XI título de “*disposições finais e transitórias*”. Trata-se dos dispositivos constantes dos artigos 912, 915 e 916. Particularmente, o art. 915 consagra a inaplicabilidade do regime recursal novo ao recurso já iniciado, mesclando efeito imediato, mas impondo o respeito às situações processuais em andamento.

Como complemento à CLT na forma do art. 15 do CPC, o processo civil segue essa diretriz de imediatidade e irretroatividade. O CPC/2015 trata do tema nos artigos 14, 1.046 e 1.047, estabelece algumas ressalvas e regras de transição, como se vê abaixo:

*“Art. 14. 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. [...]”*

*Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.*

*§ 1º. As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.*

*§ 2º. Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.*

*§ 3º. Os processos mencionados no art. 1.218 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, cujo procedimento ainda não tenha sido*

*incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código. [...]*

*Art. 1.047. As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência (Código de Processo Civil)”.*

Para o problema teórico sobre o que seria irretroatividade, processo pendente e relação não consumada, a lei, doutrina e jurisprudência elegeram a teoria do “*isolamento dos atos processuais*”, recusando as teorias da “*unidade do processo*” e “*autonomia das fases*”.

A teoria prevalecente, designada como “*isolamento dos atos processuais*”, considera que é o ato processual individualizado a grande referência para a aplicação da lei nova regra. O art. 14 do CPC e art. 915 da CLT tomam como referência atos processuais isolados, o que justifica a ideia doutrinária de que a própria legislação acolheu essa teoria. Também se percebe que a fase decisória deve observar o procedimento iniciado à época da fase postulatória (§ 1º do art. 1.046 do CPC), sendo a prolação da sentença a referência temporal para fins de entendimento do conceito de “*situação jurídica consolidada*”.

O julgado do Tribunal Superior do Trabalho abaixo cuida deste debate de direito intertemporal sobre a incidência do CPC em sede recursal e revela a adoção expressa do critério do isolamento dos atos processuais para fins de direito intertemporal:

**“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PRECEDÊNCIA DAS NORMAS DO CPC DE 1973 FRENTE AO CPC DE 2015. INCIDÊNCIA DA REGRA**

**DE DIREITO INTERTEMPORAL SEGUNDO A QUAL TEMPUS REGIT ACTUM.** I - *O agravo de instrumento foi interposto em 23/03/2016 contra decisão que denegara seguimento a recurso de revista manejado em face de acórdão proferido na sessão de julgamento ocorrida em 25/11/2015.* II - *Não obstante a vigência do novo Código de Processo Civil tenha iniciado no dia 18/03/2016, 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 - *Esse, a propósito, é o posicionamento consagrado no artigo 14 do CPC de 2015 de que “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 - *Como a lei processual superveniente deve respeitar os atos praticados sob o domínio da lei revogada, a indagação que se põe, em sede recursal, diz respeito ao marco a partir do qual se aplicará a lei revogada ou a lei revogadora, propendendo a doutrina pela data da sessão em que proferida a decisão objeto do apelo. Precedentes do STJ [...]”. (AIRR - 1760-90.2013.5.10.0012, Relator Desembargador Convocado: Roberto Nobrega de Almeida Filho, Data de Julgamento: 23/08/2017, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/08/2017)”.*



Nesta direção de inaplicabilidade, convém registrar que o próprio Superior Tribunal de Justiça vem recusando a aplicação imediata de honorários advocatícios recursais nos processos cujo recurso tenha sido anterior à vigência do CPC. Trata-se do Enunciado Administrativo nº 7, que assim dispõe: “*Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC*”.

Como consta no precedente judicial do STJ, a questão dos honorários advocatícios – inclusive pela sua natureza jurídica bifronte – e as regras processuais novas de gratuidade da justiça devem ser examinadas ao tempo da postulação. Note-se que, mesmo os pedidos anteriores de honorários sucumbenciais, estavam baseados na ordem jurídica anterior (CPC e CF), ou seja, caso se entenda por tal direito, a base normativa deste não é a Lei 13.467/2017. Destarte, aplicar os honorários sucumbenciais da reforma trabalhista com base em pedido de honorários lastreado no CPC é julgar de modo diverso daquele postulado.

Na mesma direção, o Tribunal Superior do Trabalho já fixou orientação jurisprudencial de que é a data e o sistema processual da propositura da ação que fixam o direito aos honorários:

**“HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO OU DE DOENÇA PROFISSIONAL. AJUIZAMENTO PERANTE A JUSTIÇA COMUM ANTES DA PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004. POSTERIOR REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 85 DO CPC DE 2015. ART. 20 DO CPC DE 1973. INCIDÊNCIA. A condenação em honorários advocatícios nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais**

*decorrentes de acidente de trabalho ou de doença profissional, remetida à Justiça do Trabalho após ajuizamento na Justiça comum, antes da vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004, decorre da mera sucumbência, nos termos do art. 85 do CPC de 2015 (art. 20 do CPC de 1973), não se sujeitando aos requisitos da Lei nº 5.584/1970. Ademais, seria flagrante decisão surpresa tomar como referência novas regras processuais, notadamente aqueles de natureza punitiva, sem qualquer contraditório prévio das partes (OJ 421 da SDI1)”.*

Mantendo a tradição deste entendimento, a 2ª Jornada Nacional da Anamatra, realizada em 2017, aprovou o seguinte enunciado:

**98 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA.**

**INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM CURSO.**

*EM RAZÃO DA NATUREZA HÍBRIDA DAS NORMAS QUE REGEM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (MATERIAL E PROCESSUAL), A CONDENAÇÃO À VERBA SUCUMBENCIAL SÓ PODERÁ SER IMPOSTA NOS PROCESSOS INICIADOS APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 13.467/2017, HAJA VISTA A GARANTIA DE NÃO SURPRESA, BEM COMO EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE, UMA VEZ QUE A EXPECTATIVA DE CUSTOS E RISCOS É AFERIDA NO MOMENTO DA PROPOSITURA DA AÇÃO.*

Na mesma direção, o Tribunal Superior do Trabalho, em um dos primeiros Acórdãos em enfrentar a questão, entendeu o seguinte:

RECURSO DE REVISTA. QUESTÃO PRELIMINAR. ACORDO DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA. DESPACHO DE ADMISSIBILIDADE PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA IN 40 DO TST. [...] HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. A Corte Regional deferiu o pedido de pagamento de honorários advocatícios sem que o reclamante estivesse assistido por sindicato da categoria. Até a edição da Lei 13.467/2017, o deferimento dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho estava condicionado ao preenchimento cumulativo dos requisitos previstos no art. 14 da Lei 5.584/70 e sintetizados na Súmula nº 219, I, desta Corte (sucumbência do empregador, comprovação do estado de miserabilidade jurídica do empregado e assistência do trabalhador pelo sindicato da categoria). **A Lei 13.467/2017 possui aplicação imediata no que concerne às regras de natureza processual, contudo, a alteração em relação ao princípio da sucumbência só tem aplicabilidade aos processos novos, uma vez que não é possível sua aplicação aos processos que foram decididos nas instâncias ordinárias sob o pálio da legislação anterior e sob a qual se analisa a existência de violação literal de dispositivo de lei federal.** Verificada contrariedade ao entendimento consagrado na Súmula nº 219, I, do TST. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (A C Ó R D Ã O

6ª Turma – Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos - PROCESSO Nº TST-RR-20192-83.2013.5.04.0026 – Publicado no DJE: 15/12/2017)

A tramitação do efeito pelas regras antigas da CLT revela-se, então, como situação jurídica consolidada, e, por tal motivo, merece a proteção jurídica, a fim de se evitar surpresas. Aplicar as regras processuais da reforma trabalhista aos feitos já instruídos configuraria ofensa direta ao devido processual legal substancial (Inciso LV do art. 5º da CF) e colisão com as regras dos artigos 9º e 10 do CPC/2015. Isto porque o feito vem transcorrendo sob a égide das regras processuais anteriores à Lei 13.467/2017, sendo impossível às partes, pela temporalidade das mudanças, antever quais regras processuais vigentes à época da prolação da decisão.

Por consequência, nenhuma das alterações processuais (a exemplo de honorários advocatícios sucumbenciais, restrição da gratuidade da justiça, etc.) ou mesmo aquelas de natureza material com incidência processual (a exemplo do novel capítulo de dano extrapatrimonial) são aplicáveis em processo ajuizado anteriormente à vigência da Lei 13.467/2017, em atenção as regras citadas acima, em observância às garantias constitucionais e aos valores jurídicos da estabilidade e da segurança.

No âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, identifica-se diversos julgados que recusam as novas regras processuais para os processos ajuizados antes da vigência da reforma trabalhista

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REFORMA TRABALHISTA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. **As novas regras atinentes ao instituto dos honorários advocatícios, introduzidas pela Lei n. 13.467, de 13.07.2017, somente se aplicam aos processos ajuizados a partir da entrada em vigor dessa lei**, diante da natureza híbrida do instituto e dos princípios da não surpresa e da causalidade, na linha da Instrução Normativa n. 41/2018, aprovada pela Resolução n. 221 do TST, de 21/6/2018. Processo 0000279-17.2017.5.05.0651, Origem PJE, Relator Desembargador ALCINO FELIZOLA, 4ª. TURMA, DJ 20/09/2018.

**HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA  
PROLATADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/17.  
APLICABILIDADE DO REGRAMENTO ANTERIOR.**

Aplicam-se os artigos 85 e seguintes do CPC/15, bem como as Súmulas 219 e 329 do C. TST e 60 deste Eg. Regional, aos honorários advocatícios referentes a processos com sentença de conhecimento prolatada antes de 11/11/2017, data do início da vigência da Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista). Processo 0000309-71.2016.5.05.0462, Origem PJE, Relator Desembargador EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, DJ 18/05/2018.

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL. INDICAÇÃO DE VALORES OU LIQUIDAÇÃO DOS PEDIDOS. ADEQUAÇÃO À LEI Nº 13.467/2017. AJUIZAMENTO ANTERIOR À RESPECTIVA VIGÊNCIA. DIREITO INTERTEMPORAL. IMPOSSIBILIDADE. Passando a vigor lei nova, sua aplicabilidade estará vinculada a local e tempo a partir de quando entra no mundo jurídico, respeitando as balizas sobre direito intertemporal, também chamado direito transitório ou conflito de leis no tempo. Portanto, respeitando os marcos de direito intertemporal e irretroatividade das leis, a nova legislação que disciplina, dentre outras matérias, os requisitos da petição inicial trabalhista só pode ser aplicada para as situações por ela alcançadas, a partir da data de sua publicação, não retroagindo para abarcar situações pretéritas e perfectibilizadas antes de sua entrada em vigor no mundo jurídico. **No caso concreto, nota-se que o ajuizamento da ação trabalhista original foi anterior à vigência da Lei nº 13.467/2017. Por conseguinte, observados os estritos termos do então art. 840, § 1º, da CLT, não é possível se exigir a liquidação dos pedidos dispostos na exordial, acrescentando-se um novo requisito a um ato jurídico processual perfeito.** Processo 0001681-49.2017.5.05.0000, Origem PJE, Relatora Desembargadora MARGARETH RODRIGUES COSTA, SUBSEÇÃO II DA SEDI, DJ 08/05/2018.

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA.  
INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS AJUIZADOS EM  
DATA ANTERIOR A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/17.

Somente com a entrada em vigor da Lei nº 13.467/17 passaram a ser devidos honorários advocatícios em face da pura sucumbência nos processos de natureza trabalhista (art. 791-A). Todavia, dada a natureza híbrida dos honorários advocatícios de sucumbência (instituto de direito material e processual, conforme teoria de Chiovenda), que tais honorários não eram devidos no caso em apreço quando do seu ajuizamento e, portanto, **a condenação da parte que ajuizou a ação ou a contestou antes da entrada em vigor da Lei nº 13.467/17 importa em atribuição de gravame não previsto, tem-se que somente para os processos trabalhistas ajuizados após a vigência do novo regramento podem ser fixados os honorários advocatícios pela pura sucumbência.** Processo 0001091-88.2017.5.05.0027, Origem PJE, Relator Desembargador JEFERSON MURICY, 2ª. TURMA, DJ 29/08/2018.

#### 4 CONCLUSÕES

As reformas trabalhistas – Lei 13.467/17 e MP 808/2017 – na legislação material apontam para um novo modelo de legislação trabalhista, de cunho mais liberal e negocial. Independentemente do necessário e polêmico debate da constitucionalidade e convencionalidade deste conjunto de alterações legislativas, é preciso demarcar temporalmente que a incidência destas novas normativas trabalhistas não alcança os contratos já vigentes, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei, da segurança jurídica e da confiança, além da reiteração do princípio protetivo com suas ideias de regra e condição mais favorável.

No campo processual, também se verifica um conflito de paradigmas entre o antigo modelo de amplo acesso e gratuidade da Justiça e as alterações processuais que restringem o acesso à justiça e atrasam a duração do processo. Muito embora existam mais argumentos teóricos-abstratos para a incidência das inovações nos processos em curso, nas ações ajuizadas anteriormente à 11 de novembro de 2017 as regras de honorários e gratuidade devem ter seu processamento conforme as normas vigentes à

época da propositura da ação, por respeito aos preceitos constitucionais, especialmente a segurança jurídica.

## 5 REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. reimp. da 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil. v.IV. *Contratos*. t.1. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Orlando. *Questões Mais Recentes de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1988.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. Limite temporal da lei. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 173, n. 576, 1948, p. 459-485.

SILVA, Luiz Pinho Pedreira de. *Principiologia do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma Trabalhista: Análise comparativa e crítica da Lei 16.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.





# UMA HISTÓRIA REAL COM INTUITO MOTIVADOR AOS COLEGAS DE TRABALHO

*Alessandro Batista dos Santos*

Era o ano de 2003, eu tinha acabado de passar no concurso da Prefeitura do Rio de Janeiro. Aquilo era uma conquista inimaginável para mim, sentia-me extremamente vitorioso. Eu era a primeira pessoa que conheço a passar num concurso público.

Ao iniciar os trabalhos no meu setor, lembro-me de que quase todos os colegas estavam almejando e estudando para uma vaga num concurso para um TRIBUNAL DE JUSTIÇA FEDERAL. Engraçado que noutros setores a proporção era a mesma. O mais curioso era que eles tentavam me convencer a entrar naquela onda.

Eles tentavam me inspirar a um sonho bem maior, só que eu sempre recusava a ideia. Ora, eu já estava além do que eu esperava pra minha vida. Ademais, eu NÃO ME SENTIA CAPAZ de alcançar novos patamares.

Encurtando a história, 12 anos depois, comecei a achar que eu poderia ser capaz sim. Todos aqueles colegas desistiram ou mudaram de planos, nenhum alcançou aquele desejo.

Quando seria menos provável, comecei a achar que eu poderia ser CAPAZ sim.

Pois é, 15 anos se passaram e descobri que eu ERA CAPAZ SIM, até já tinham tentado me convencer disso antes, mas só agora que estou vendo é que eu acreditei.

E você, ainda vai duvidar da sua capacidade?

Não desista!

# DIRETORIA ALGOZ

*Lariane Conceição dos Santos*

Por que você fingiu que não tinha como me pagar  
Quando seus filhos exibiam os novos  
carros que você comprou?  
Por que você fingiu uma realidade para manter uma mentira?

Por que você exalava ódio quando alguma funcionária  
Pedia para ir ao médico?  
Por que informava sempre que todas deveriam ser gratas?  
Gratas pelo quê?

Por que você nunca compreendeu acerca da sua  
Funcionária que tinha hemorragias, por causa dos miomas  
Que carregava? Por que a interpelou para que continuasse trabalhando?  
Por que precisou ver o sangue escorrendo para demonstrar sensibilidade?

Por que sendo mulher nunca teve sororidade?  
Por que sendo mãe evitava ligar o ventilador da escola?  
Por que sendo profissional evitava até mesmo  
Que os alunos lavassem as mãos?  
Por que você gritava com os alunos  
E na frente dos pais falava suave e cantante?

Como conseguia mascarar o ódio?  
Como conseguia mascarar a impaciência?  
A educação é primor e não merece ser laborada  
Por gente sem amor  
A Deus nada peça, antes que o perdão te venha à memória  
A Deus nada peça, antes que deixe de ser essa peça

Tua face se esconde em várias moradas  
Onde várias identidades formam o que és  
O perfil imperativo de comando  
Mãos no início do ano tu continua apertando

## NO ÂMBITO TRABALHISTA ELA SOU EU

*Lariane Conceição dos Santos*

Após quase três anos, cursando ensino superior para receber o grau de licenciado, a primeira oportunidade para estagiar havia chegado, e com ela a possibilidade de atuar em um instituto federal, sob um contrato de 2 anos. A bolsa para o estágio era atrativa e algo totalmente incomum também lhe seria assegurado: valor para transporte. Sem pensar duas vezes, ela foi.

Os anos de 2014-2016 foram maravilhosos! Ela conheceu a importância da pesquisa científica, dava monitoria para os alunos, participou de muitos projetos de extensão para comunidades, e conseguiu ter uma visão panorâmica educacional que jamais imaginava ter em sua vida. Antes do seu contrato de 2 anos expirar, ela colou grau como desejava, e também conseguiu uma vaga para lecionar de carteira assinada como professora. Tudo soava em ordem e progresso.

Foi também em 2016 que começou a dar aulas em uma escola particular. Ela lecionaria seis vezes na semana, com horários distribuídos para cinco turmas. Sua carteira foi assinada como professora, seu salário era por hora trabalhada (horista). Mas, o transporte prometido começou a atrasar, e, além disso, começou a perceber que ganhar R\$ 400,00 por mês estava lhe causando um desconforto por dentro.

Conseguiu outra escola para lecionar para aumentar a renda; daria aula por 3 vezes na semana no turno oposto, e também seria horista. Entretanto, sua carteira não seria assinada. O primeiro salário nesse novo vínculo chegou: R\$ 290,00. A diretora pediu para conversar com ela em tom sério, comunicando que, considerando a realidade da escola, havia duas opções: ou

reduzir a quantidade de turmas ou reduzir o salário, porque a quantia de R\$ 290,00 era alta para o que ela estava acostumada a pagar.

Ela aceitou que reduzissem sua carga horária, e o valor caiu para R\$ 170,00. Além da redução começou a perceber que moralmente havia uma marcação moral peculiar, seus planos de aula nunca estavam à altura, mesmo seguindo todas as prescrições e recomendações. Outra situação passou a lhe angustiar: somaram três turmas (6º, 7º e 8º ano) em uma só, pois, a quantidade de alunos não chegava a 10 alunos. Todavia, lhe exigiam planos de aula distintos para manter as aparências, o que tornou a aula didaticamente impossível, por ter que lecionar 3 assuntos distintos ao mesmo tempo, ou, procurar um assunto em comum para as três séries. Ela não suportou aquilo e se desligou daquele trabalho. Seu último pagamento foi pago com atraso de 3 meses, mas antes a diretora havia lhe bloqueado no WhatsApp, para não ser questionada acerca do valor pendente.

Ela continuou apenas com a escola anterior e seus R\$ 400,00, afinal, a carteira era assinada, e, pelo menos, às vezes, cobria a falta de um professor, conseguindo variar o salário beirando R\$ 500,00. Antes de 2016 chegar ao fim, optou por tentar o ingresso em uma universidade pública, pois deseja ter um plano B ou ampliar suas possibilidades de atuar no mercado de trabalho. Tentou o ingresso na UNEB em Direito e conseguiu. Sua turma começaria em 2017.1, no turno da manhã. Optou por lecionar apenas à tarde, e em conjunto com o coordenador da escola organizou seus horários.

O ano de 2017 chegou, ela completou um ano na escola, mas percebeu que não havia menção de pagamento das férias. Ela deu aula por alguns dias antes do feriado de carnaval, tinha 5 turmas, e estava contente com a oportunidade de iniciar um novo ano letivo. Entretanto, seu contentamento rapidamente esmoreceu. Após o feriado de carnaval, recebeu apenas duas turmas, e depois a deixaram com apenas uma turma. As justificativas para esse ato giravam em torno da situação econômica do local. Seu salário caiu para R\$ 98,00. E, ela se organizou para uma possível demissão.

Entretanto, a diretora/dona da escola, a convidou para coordenar um projeto, prometendo que aquele valor (R\$ 98,00) era temporário, e que logo, logo, ela seria coordenadora de um novo projeto que funcionaria à noite: um cursinho pré-vestibular. O cursinho nunca existiu, assim como o aumento. Nesse mesmo ano o valor para transporte foi cortado, e a escola circulou um documento onde todos os docentes foram “convidados” a assinar, sendo informados que o salário, daquele dia em diante, não teria data certa para ser pago.

Toda a situação favorecia que houvesse demissão, mas aguardavam que os professores que tivessem a iniciativa, essa é uma leitura possível do que ocorria internamente. Alguns pediram demissão, e outros se organizaram para terminar o ano letivo, e depois terminar o vínculo com a escola; ela esperou até dezembro.

Quando dezembro chegou, ela tristemente identificou que além de não receber pelas férias, em quase dois anos de trabalho, apenas um mês de FGTS havia sido depositado. Somando com a ausência do valor do transporte, salários atrasados, ausência dos depósitos do FGTS, dentre outros aspectos pecuniários, valeria a pena levar a questão para Justiça do Trabalho, por meio de um advogado.

E, foi na Justiça do Trabalho que ela se sentiu amparada, resguardada, nivelada a um patamar não de superioridade, mas de igualdade. Ela chorou por dentro ao contar na audiência que seu último salário beirava os R\$ 120,00, chorou por dentro ao contar que seu décimo terceiro fora pago em fevereiro, e chorou por dentro quando a sentença lhe fora favorável, um acordo e também o reconhecimento da rescisão indireta. Ela continuaria a lecionar, mas estava muito mais ciente dos seus direitos. Ela continuou a cursar Direito, e prometeu a si mesma usar esse curso como uma ferramenta para amenizar o sofrimento da humanidade. Ela prometeu a si mesma expandir a mediação. Ela está galgando ainda, começando a entender os elementos básicos de um processo e os termos corretos para situações como as ilustradas acima. Ela é apenas o uso exacerbado do pronome pessoal, utilizado para resguardar o eu de alguém, o alguém que vos escreve, o alguém que sou eu.

