



REVISTA ELETRÔNICA

D O T R I B U N A L R E G I O N A L D O T R A B A L H O

Ano IX | nº12 | Agosto 2020

REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA BAHIA

Ano IX, número 12, agosto de 2020

PRESIDENTE: Desembargadora Dalila Nascimento Andrade

VICE-PRESIDENTE: Desembargador Jéferson Alves Silva Muricy

CORREGEDORA REGIONAL: Desembargador Alcino Barbosa de Felizola Soares

VICE-CORREGEDORA REGIONAL: Desembargadora Luíza Aparecida Oliveira Lomba

DIRETOR DA ESCOLA JUDICIAL: Desembargador Jéferson Alves Silva Muricy

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 Murilo Carvalho Sampaio Oliveira

Organização: Lucila Borges Smarcevscki

Editoração: Carlos Adroaldo Santiago Lima

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)

APRESENTAÇÃO

A revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região alcança, nesta edição, sua décima segunda publicação no formato eletrônico iniciado em 2012.

Onze artigos de variados temas trabalhistas e uma poesia conformam o conteúdo deste número.

Seus autores são juízes, professores, pesquisadores tanto da Bahia como de outros estados brasileiros e até a contribuição internacional do professor uruguaio Mario Garmendia Arigón.

Os temas abordados intercalam análises sociológicas e críticas, transitam por legislações de urgência e cuidam de questões processuais muito caras ao cotidiano da Justiça do Trabalho.

Com o contentamento de prosseguir no itinerário da divulgação de análises sobre questões trabalhistas, especialmente diante de novas legislações, perante transformações socioeconômicas e até crises pandêmicas, esta revista eletrônica expressa a ideia de que o conhecimento é fruto da reflexão, do debate e, sobretudo, da construção plural e coletiva.

Essa construção de conhecimento a partir da realidade trabalhista e naturalmente seus problemas é também um processo educativo feito em comunidade. Nas palavras de Paulo Freire, fazemos isso no plural e diante das questões mundanas: “Ninguém educa ninguém, ninguém educa a si mesmo, os homens se educam entre si, mediatizados pelo mundo.”

Refletir coletivamente sobre os problemas do mundo trabalhista é a proposta desta Revista.

Uma excelente leitura!

Salvador, 31 de agosto de 2020

Dalila Nascimento Andrade
Desembargadora Presidente do TRT5

Jéferson Alves Silva Muricy
Desembargador Diretor da EJUD5

Andréa Presas Rocha
Juíza Coordenadora Acadêmica

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira
Juiz Editor Gerente

Sumário

Artigos

Compreensão e aplicação dos precedentes na justiça do trabalho <i>André Araújo Molina</i>	6
A quitação de direitos decorrentes do contrato de trabalho e o acordo extrajudicial de reconhecimento de cumprimento de obrigações previsto na MP nº 905/2019 – pacificação social ou obstáculo ao direito fundamental de ação? <i>André Monici Sabino</i>	39
Honorários advocatícios sucumbenciais: diálogo entre o CPC e o art. 791-A da CLT <i>Arnaldo Boson Paes</i>	54
O advogado empregado e a subordinação jurídica: Liames fáticos do vínculo empregatício na advocacia <i>Flávia Sulz Campos Machado</i>	77
Os direitos sociais fundamentais e a inversão do ônus da prova no controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória <i>Geovane de Assis Batista</i>	98
A Lei 13.467/2017 e a tarifação da indenização do dano extrapatrimonial nas relações de trabalho <i>Guilherme Guimarães Ludwig</i> <i>Telma dos Santos Ferraz</i>	119
Acumulação primitiva, luta de classes e direito do trabalho: olhares ecossocialistas para a ofensiva capitalista contemporânea e as consequentes contrarreformas trabalhistas no Brasil <i>Gustavo Seferian</i> <i>Bruna Maria Expedito Marques</i>	133
Sobre “modernização das relações de trabalho”, “altos estudos”, “pacotes” e o percurso consciente em direção à barbárie <i>Jorge Luiz Souto Maior</i>	152

Sobre la eficacia práctica de las normas laborales	
<i>Mario Garmendia Arigón</i>	172
Jornada de trabalho e a saúde e segurança do empregado: a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 611-B da CLT	
<i>Ricardo Jorge Medeiros Tenório</i>	193
Breve estudo comparado sobre o teletrabalho na França e no brasil	
<i>Rosane Gauriau</i>	207

Verve Literária

E se Deus fosse mulher?	
<i>Valdeck Almeida de Jesus</i>	237

COMPREENSÃO E APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES NA JUSTIÇA DO TRABALHO

André Araújo Molina

1. Introdução

Os estudiosos sempre buscaram definir a natureza jurídica das decisões judiciais, a sua admissão como fontes do direito, a sua relevância para a interpretação e argumentação jurídicas, bem como as suas possibilidades eficaciais, conforme o direito positivo e a tradição jurídica dos mais diversos países e sistemas, esforço que foi potencializado entre nós nas duas últimas décadas, em razão de várias alterações legislativas, passando pela criação das súmulas vinculantes do Supremo Tribunal, os procedimentos de julgamento de demandas repetitivas e os julgamentos com repercussão geral, culminando com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que representa uma nova etapa nessa linha evolutiva, uma vez que o referido diploma ampliou o universo das decisões judiciais que são obrigatórias, potencializando as suas eficácias e a sua relevância processual.

É por tudo isso que tornou-se um dos mais importantes capítulos da teoria geral do processo o da teoria dos precedentes, bastante desenvolvido nos países de tradição jurídica de *common law*, onde as decisões judiciais ocupam posição destacada, cujas experiências nos são bastante relevantes, nos aspectos comparativo e também conceitual, contudo, diante das peculiaridades do direito positivo brasileiro, que não encontra similar em outras latitudes, demanda construirmos uma teoria brasileira dos precedentes judiciais, inclusive inserindo a jurisdição trabalhista nessa nova realidade, uma vez que, além dos institutos do Código de Processo Civil serem aplicados ao processo do trabalho¹, exigindo a observância obrigatória de alguns precedentes como fontes do direito, a própria legislação trabalhista vem sendo

¹ O novo CPC prevê em seu artigo 15 que: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.” Para um completo estudo a respeito dos critérios de aplicabilidade das normas processuais do novo Código ao processo do trabalho v. MOLINA, André Araújo. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microsistema processual trabalhista individual. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 81, n. 3, p. 19/36, jul./set. 2015.

paulatinamente reformada com vistas a também inserir o ramo especializado na realidade de valorização das decisões judiciais.

Um eloquente exemplo foi a inclusão na Consolidação das Leis do Trabalho das disposições para regular o julgamento dos recursos de revista repetitivos, dada pela Lei n. 13.015/2014, cujo mecanismo também adotou as premissas próprias da doutrina do *stare decisis*² de atribuir força vinculativa às decisões, exigindo dos magistrados trabalhistas uma mudança de mentalidade quando da abordagem da jurisprudência como fonte do direito.

Tradicionalmente, a metodologia para a compreensão e aplicação dos precedentes judiciais não é observada pela jurisprudência trabalhista, na medida em que ainda é comum o Tribunal Superior do Trabalho alterar, cancelar ou aprovar súmulas sem proferir julgamento de casos concretos que sustentariam a mudança de posição e, também, pela aplicação amiúde das súmulas e orientações jurisprudenciais, apenas a partir dos seus enunciados sintéticos e abstratos, como se textos legislativos fossem, sem recuperar as nuances fáticas dos casos que lhes deram origem.

Dentro desse contexto, o artigo pretende contribuir para a definição do conceito de precedente judicial, diferenciando-o de alguns conceitos correlatos; demonstrar que os fatos constantes dos casos concretos que lhes dão origem, integram-nos, sendo decisivo quando da sua delimitação e posterior incidência; avançaremos para falar sobre os métodos de aplicação, distinção e superação dos precedentes, utilizando como material de trabalho casos concretos atuais importantes e exemplos históricos jurisprudenciais.

2. Compreendendo os precedentes judiciais

Desde a EC n. 45/2004, que introduziu o instrumento das súmulas vinculantes em nosso sistema jurídico (art. 103-A da CF/88), seguida das técnicas da repercussão geral e dos recursos repetitivos (Lei n. 11.418/2006), já tínhamos a necessidade de readequar a teoria da decisão no Brasil, para amoldá-la às novas fontes formais do direito, que são os precedentes obrigatórios. Contudo, acabou que foi apenas com a vigência do CPC de 2015 que o tema,

² A nomenclatura advém da expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, em tradução livre: mantenha-se a decisão e não molestes o que foi decidido.

efetivamente, ganhou maior relevância entre os nossos autores, convocando todos, inclusive os da área trabalhista³, para melhor compreender, interpretar e aplicar súmulas, orientações e decisões, na essência, os precedentes judiciais.

O conceito fundamental que primeiro precisa ser delimitado é o de precedente judicial, que jamais deve ser confundido com os conceitos próximos de decisão, acórdão, súmula, orientação jurisprudencial, jurisprudência ou ementa. Os precedentes, a rigor, jamais serão dados pelos tribunais, mas serão construídos de forma compartilhada e discursiva pelos diversos atores jurídicos – doutrina, juízes, advogados, comunidade – que, com o estudo das decisões judiciais, contextualizam as nuances fáticas específicas do caso e a argumentação jurídica utilizada, e, a partir delas, extraem o essencial do quanto decidido, as suas razões de decidir (*ratio decidendi*), as quais, funcionando como o verdadeiro precedente, poderão ser replicadas nos casos futuros que apresentarem as mesmas razões, de fato e de direito.

O precedente, deveras, situa-se em uma segunda camada de linguagem, é uma (meta)linguagem que fala das decisões subjacentes que lhes serviram de objeto, interpretando-as. É por isso que não existe precedente judicial sem as antecedentes nuances fáticas, questões jurídicas e a decisão judicial concreta que as equacionou.

Cesar Zucatti Pritsch apresenta a sua definição de precedente, como a resposta a um questionamento jurídico fornecida em um processo anterior no contexto dos respectivos fatos tidos como necessários para amparar a decisão, e que pode servir de padrão decisório para a solução dos novos casos com suficientes e relevantes similaridades.⁴

Já Daniel Mitideiro acrescenta os seguintes argumentos: “Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado a partir da decisão judicial e colabora de forma contextual para a determinação do direito e para a sua previsibilidade.”⁵

³ Os operadores jurídicos da área trabalhista, tradicionalmente, sempre lidaram com a ideia de que as decisões judiciais cumpriam um relevante papel, na medida em que o art. 902 da CLT criou os prejulgados do Tribunal Superior do Trabalho, que eram as orientações emanadas dos julgados da Corte, que inicialmente vinculavam as demais instâncias e orientavam a prática da advocacia (§ 1º), depois o Supremo Tribunal Federal, ao argumento de que violava a separação dos poderes (STF – Rep. 946/DF – DJ 17.05.1977), decidiu que os prejulgados não eram obrigatórios, mas meramente orientativos, não obrigando os juízes, porém com forte carga persuasiva.

⁴ Manual de prática dos precedentes, p. 20.

⁵ Precedentes, p. 96.

A partir desse conceito inicial, compreendemos que a partir do estudo atento de qualquer decisão judicial, de todas as instâncias, pode-se construir precedentes, porém nem todos ostentarão as mesmas eficácias, na medida em que há aqueles que são argumentativos ou persuasivos, isto é, não são de observância obrigatória, nem sequer pelo próprio prolator, embora possam orientar as decisões que se seguirem sobre o mesmo tema.

Entretanto, atualmente, principalmente a partir do CPC, há um rol de precedentes que são, *ex lege*, obrigatórios, previstos, fundamentalmente, mas não só, no seu art. 927. Para esses, as principais condições de vinculatividade são a autoridade do órgão emissor (tribunais superiores, sendo maior a sua força obrigatória quando julgada pelos seus órgãos plenários ou especiais, com amplo debate e fundamentação exaustiva, como no incidente de resolução de demandas repetitivas, no incidente de recurso de revista repetitivo, no incidente de assunção de competência e em repercussão geral) e o trânsito em julgado da decisão⁶.

Um alerta faz-se indispensável: a parte do precedente judicial que vincula não é o dispositivo da decisão subjacente, mas os seus motivos determinantes ou, para a doutrina do *common law*, a *ratio decidendi* ou *holding*⁷. Bem por isso que o precedente judicial, como algo construído *a posteriori*, não se confunde com a decisão judicial em si, muito menos com a sua ementa, trechos escolhidos de forma aleatória em sua fundamentação, nem mesmo com as eventuais súmulas ou orientações jurisprudenciais que possam ter advindo de uma ou de várias decisões judiciais em algum tema específico submetido ao julgamento dos tribunais.

Decorre, logicamente, que não faz parte de um modelo adequado de precedentes a cultura já estabelecida em nossa praxe forense de citar nas petições, nas sentenças e acórdãos, apenas as ementas de alguns julgados aleatórios⁸, os textos das súmulas ou das orientações

⁶ O Supremo Tribunal Federal, nos autos da PET n. 7.755-MC, DJE 06.08.2018, firme nos arts. 982, § 5º e 987, § 1º, do CPC, decidiu no sentido de que a vinculatividade apenas terá eficácia após o trânsito em julgado do acórdão que lhe dá origem ao precedente. Contudo, em sentido oposto, há decisão isolada do Tribunal Superior do Trabalho em sentido contrário, dizendo que a eficácia obrigatória depende apenas da publicação do acórdão, independente de recurso e trânsito em julgado (TST – ED-RR-1807-06.2012.5.18.0003 – DEJT 17.08.2018).

⁷ Luiz Guilherme Marinoni explica que a *ratio decidendi* deve ser considerada como uma premissa para a solução não simplesmente dos casos, mas também das questões jurídicas que neles foram discutidas, através dos próprios *fundamentos ou motivos determinantes daquela decisão*. (...) No direito brasileiro será mediante a análise da fundamentação da decisão que constituiu o precedente que será possível analisar os *motivos determinantes* ou a *ratio decidendi* da mesma, os quais terão os efeitos vinculantes que o sistema processual lhes atribuir, com profundos e transformadores efeitos nos regimes da coisa julgada e da eficácia *erga omnes* dessas decisões paradigmáticas. (Precedentes obrigatórios, p. 253, *passim*).

⁸ Lucas Buril de Macêdo, com percuciência, observa que “um dos equívocos mais comuns na atuação dos juízes, advogados e demais profissionais brasileiros é a confusão entre precedente e ementa. Este problema gera graves efeitos prejudiciais ao desenvolvimento da aplicação dos precedentes no Brasil. Ressalte-se que essa confusão

jurisprudenciais – no mais das vezes recolhidos de forma intencional para justificar a decisão que já fora tomada (intuída) pelo julgador⁹ –, que, sem os casos concretos que lhes serviram de suporte, nada dizem sobre o verdadeiro precedente (se é que houve formação de precedente a partir daquele julgado recortado e citado aleatoriamente).

Isso porque deriva do conceito de *ratio decidendi* que nem sempre as decisões proferidas nos colegiados vão originar precedentes, na medida em que pode ocorrer de uma solução ser tomada por maioria de votos, mas a partir de argumentos diversos, de modo que, embora ocorra uma solução jurídica para o caso concreto (conclusão da decisão), não houve consenso – sequer a formação de um pensamento majoritário médio – do qual se possa extrair uma razão de decidir para iluminar os julgados futuros. Tal constatação reforça a afirmação de que não se deve confundir a ementa do acórdão (resumo) ou o resultado do seu julgamento (dispositivo) com as razões que efetivamente vinculam os juízes para os casos seguintes (que são as razões de decidir e o verdadeiro precedente judicial).

Fixado o conceito de precedente judicial e a sua distinção dos conceitos próximos, cumpre-nos sublinhar que o principal argumento que milita a favor da adoção dos precedentes também nos sistemas de *civil law* é a exigência de universalização das soluções para os casos semelhantes, a sua pretensão de integridade a que alude Ronald Dworkin, como necessidade de segurança jurídica, isonomia, racionalidade e previsibilidade de todo o sistema jurídico.

Dworkin explica a ideia de integridade do direito a partir de uma analogia com a literatura, no que intitulou de romance em cadeia. Em tal projeto, um grupo de romancistas

não é conceitual, mas pragmática. É dizer, o juiz não utiliza a ementa pensando se tratar propriamente do precedente, ou que a ementa e precedente signifiquem a mesma coisa. O problema é mais profundo. Na verdade, há a utilização da ementa como se fosse o núcleo do precedente, evitando-se assim a análise cuidadosa dos fatos e da argumentação expendida. Trata-se de um atalho com graves efeitos prejudiciais à prática dos precedentes judiciais.” (Precedentes judiciais e o direito processual civil, p. 85).

⁹ Mauricio Ramirez, em contundente crítica ao modo de julgamento praticado no Brasil, a pretexto de aplicação de precedentes, observa que: “O âmago do problema da arbitrariedade judicial na invocação de precedentes, portanto, está na combinação destes dois fatores: a elevação do julgado ao *status* de lei geral e a existência de precedentes antagônicos, adaptáveis a todas as ‘necessidades’. (...) A aplicação desse ‘raciocínio distorcido’ amiúde se dá da seguinte forma: o juiz escolhe ‘livremente’ (leia-se *arbitrariamente*) uma das interpretações trazidas pelas partes, e a seguir ‘confirma’ com uma rápida e simples busca em algum dos vários repertórios eletrônicos de jurisprudência, selecionando julgados que convém à tese (e que passam a constar da decisão) e ignorando os que a infirmam (e que não são sequer mencionados). O resultado dessa operação é uma decisão não fundamentada e, portanto, nula do ponto de vista constitucional. (...) a pessoa interessada (pode ser o advogado da parte ou mesmo o próprio juiz) tem uma opinião preconcebida a respeito do caso e vai aos livros ou aos repositórios eletrônicos buscar excertos jurisprudenciais que confirmem a sua tese. As decisões passadas que são oportunas aos seus propósitos adrede estipulados são adotadas como fundamento de sua pretensão ou decisão; já aquilo que nega esses mesmos desígnios é simplesmente descartado.” (Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro, p. 45/46 e 123).

escreve uma obra única, de forma que cada escritor interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um dos autores deve escrever o seu capítulo individual de forma a criar, da melhor forma possível, o romance único em elaboração, e a complexidade da tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito com integridade. Na ideia do jurista, espera-se que os autores levem mais a sério as suas responsabilidades de continuidade: devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. Devem criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor e não – como na verdade quase sempre ocorre, e não deveria – como produto de muitas mãos diferentes, caótica, individualista e desordenadamente.¹⁰

A adoção e obediência dos precedentes judiciais resgataria a ideia de integridade e de universalização do direito, já que os juízes não estão livres para interpretar o ordenamento e os fatos da causa para proferir a melhor solução, como se eles estivessem a escrever a sua obra individual, do início, mas deveriam ter a obrigação com a comunidade ao considerar as decisões anteriores em casos semelhantes para a continuidade da tarefa de produzirem a obra conjunta, dando previsibilidade, estabilidade e segurança jurídica ao Direito.

E diante da complexidade do direito na pós-modernidade¹¹, com a admissão da pluralidade das fontes normativas, do pluralismo judiciário, do transconstitucionalismo, da necessidade de participação dialogada das partes, dos grupos e do Estado na tomada das decisões judiciais, principalmente na jurisdição constitucional, podemos reformular a teoria do romance em cadeia de Dworkin para acrescentar que o magistrado, ao escrever o capítulo seguinte do romance único, recebe não apenas as contribuições dos romancistas anteriores que o antecedeu (precedentes judiciais domésticos), mas também deve considerar outros fatores que reforçam a sua tarefa de seguir na produção da obra conjunta, como a jurisprudência internacional e estrangeira¹², a contribuição da doutrina e a opinião dos especialistas.

Da concepção de direito como integridade e da força normativa dos precedentes no sistema atual, parece-nos urgente a necessidade de revisão de um dos alicerces da teoria

¹⁰ O império do direito, p. 276.

¹¹ Consultar o nosso: MOLINA, André Araújo. **Os direitos fundamentais na pós-modernidade**. O futuro do Direito e do Processo do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

¹² Consultar o nosso: MOLINA, André Araújo. A relevância da jurisprudência internacional e estrangeira para o Direito do Trabalho brasileiro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 2 (2016), n. 5, p. 127-163.

geral do processo no Brasil, a de que os magistrados possuem livre convencimento motivado, estando autorizados a julgar da forma que melhor lhes aprouver, desde que explicitem as razões da decisão, para, então, migrarmos para o novo modelo de maior responsabilidade institucional dos juízes com a racionalidade e a universalidade do direito, respeitando-se todo o histórico anterior, tendo a consciência institucional de que, todos, falam em nome de um único Poder Judiciário, cujas soluções devem, necessariamente, ser idênticas para todos os jurisdicionados que se encontram em igual situação¹³.

José Roberto Freire Pimenta anota que, no ambiente pós-positivista, a vinculação estrita do juiz à letra da lei já não é possível nem desejável, porém a abertura desse amplo espaço de atuação e de interpretação judicial traz um perigo muito grande: a possibilidade de que as mesmas normas sejam interpretadas e aplicadas de modo muito diverso, trazendo um grau enorme de insegurança jurídica e impedindo que os cidadãos pautem as suas condutas com base naquilo que eles razoavelmente considerem ser determinado pela ordem jurídica em vigor e pelos seus intérpretes. Para dar cabo ao inconveniente, a jurisprudência uniformizada é o principal mecanismo, pois é um agente estabilizador do conteúdo das normas, definindo em um precedente, para casos concretos substancialmente iguais ao que foi decidido no *leading case*, o sentido da norma jurídica que hoje é, na maioria das vezes, genérica, principiológica e que exige sua complementação por meio de uma interpretação concretizadora do Judiciário.¹⁴

A observância dos precedentes, embora hoje já encontre expressa determinação no sistema do CPC e da CLT, tem como seu antecedente remoto o princípio constitucional da igualdade, que condiciona que o tratamento jurídico deve ser idêntico para os cidadãos que se encontram em igual situação de fato, a exigir, por corolário, que a mesma decisão judicial seja repetida para os demais casos semelhantes, prestigiando, ao final, a previsibilidade, a justiça e a confiança dos jurisdicionados nos atos do Poder Judiciário, legitimando-os¹⁵.

¹³ Por todos: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

¹⁴ A reforma do sistema recursal trabalhista, p. 125/126.

¹⁵ William Pugliese diz, no particular, que: “Deve-se compreender que toda questão repetida levada ao Judiciário já foi, uma vez, examinada com maior cautela, e os benefícios desse julgamento merecem ser expandidos para todo o jurisdicionado. Essa prática não gera simples economia e rapidez, mas garante também a legitimidade da decisão. Ora, sabe-se que o Judiciário é o poder com maior déficit democrático, já que seus membros não são escolhidos pelo sufrágio, mas sim por concurso público. Sem a legitimidade conferida pela população, e não tendo mais os juízes a mera função de aplicar a lei, as decisões precisam ter um fundamento mais forte do que a simples opinião pessoal do magistrado. Este elemento mais forte é encontrado, justamente, no respeito aos precedentes, o que se traduz para a população na imagem de que o Direito é uno e aplicado igualmente para todos. Ao contribuir para a construção de um corpo de regras aplicadas de modo uniforme, cada magistrado é

Uma outra observação bastante importante é que as decisões judiciais, as súmulas ou orientações jurisprudenciais formadas no passado, a partir das quais podemos até construir precedentes, não foram automaticamente alçadas à categoria de vinculantes ou obrigatórias, a partir de março de 2016, com a vigência do novo CPC, mas mantêm-se como argumentativas ou persuasivas, ainda que originadas das decisões dos tribunais superiores.

Para o art. 927 do Código, as súmulas dos tribunais passarão a ostentar a eficácia vinculante ou obrigatória, quando atenderem os requisitos próprios de legitimação, como a observação do contraditório substancial, o enfrentamento dos argumentos trazidos pelas partes litigantes, quando fomentarem a participação dos terceiros, de modo que, por não respeitarem esses requisitos, as súmulas e as orientações antigas (pré-CPC) continuam a ostentar eficácia apenas persuasiva, devendo ser consideradas quando da tomada de decisão, por dever de estabilidade, integridade e coerência do sistema (art. 926), mas sem a vinculatividade que as novas decisões passaram a ostentar, desde março de 2016. Para dizer em outras palavras, as antigas súmulas e orientações (editadas na vigência da lei processual revogada) não foram agora “promovidas” de persuasivas para obrigatórias, mas continuam com a antiga eficácia, reservando-se apenas para as novas decisões e súmulas – agora com procedimento rigoroso de aprovação – o atributo da vinculatividade.

Lenio Streck e Dierle Nunes anotaram, na véspera da vigência do novo CPC, que as decisões do passado, sem a observância dos requisitos do novo Código, não vinculam para o futuro. Segundo esses autores:

Tal advertência se faz necessária neste momento para que se evite que a partir do 18 de março de 2016, decisões formadas no passado, sem o cumprimento dos pressupostos normativos de formação que o CPC-2015 impõe, adquiram — automaticamente — a força de precedentes hábeis à aplicação imediata e sirvam como fundamento de julgamento (artigo 489, §1º, V e VI) em: a) julgamentos liminares de improcedência (artigo 332); b) tutelas antecipadas da evidência (artigo 311, II); c) decisões monocráticas (artigo 932, IV e V); d) resolução de conflitos de competência (artigo 955, parágrafo único, I e II); e) obtenção de executividade imediata de sentenças (artigo 1.012, V); f) impedimento de reexame necessário (artigo 496, §4º, II), não se olvidando de potenciais funções rescindentes (artigos 525, §15 e 535, §§ 5º e 8º).

Seria como se quando do advento e regulamentação das súmulas vinculantes em nosso país o Supremo Tribunal Federal houvesse aplicado às súmulas persuasivas (argumentativas), produzidas desde 1963, o *status* de enunciados com força vinculante, gerando uma força retrospectiva a pronunciamentos do tribunal anteriores ao advento da norma do artigo 927, CPC-2015. Ora, assim como uma

responsável pelo aprimoramento do Judiciário como um poder que respeita a igualdade e que toma decisões justas e legítimas. Por consequência, será muito mais respeitado pela população e visto como órgão responsável pela administração da justiça.” (Precedentes e a *civil law* brasileira, p. 61).

súmula só é vinculante se passar pelo crivo da CF e da respectiva lei, assim também provimentos vinculantes do novo CPC só vinculam se obedecidos rigorosamente os pressupostos a partir do dia 18.¹⁶

E nesse mesmo sentido foi a posterior conclusão do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho, de que as decisões e súmulas publicadas antes da vigência do CPC de 2015, continuam a ser persuasivas e não foram alçadas à condição de vinculantes, com isso não são elas de observância obrigatória, nem desafiam o remédio processual da reclamação para a garantia da sua autoridade.¹⁷

Os citados Lenio Streck e Dierle Nunes avançam para explicar que não é pela razão de as decisões e súmulas antigas continuarem com eficácia persuasivas que devam ser desconsideradas nos atuais julgamentos, autorizando os juízes a romper abruptamente com os entendimentos já consolidados, pois é evidente que a integridade e a coerência do sistema jurídico devem ser respeitadas. Mas também, por outro lado, concluem os autores:

Do mesmo modo, não é admissível a manutenção do uso de modelos decisórios com completa abstração do caso, promovendo uma aplicação mecânica de padrões decisórios mediante simples aproximação temática, seja pela vedação expressa do artigo 489, §1º, III, seja pela assunção da nova racionalidade do uso do direito jurisprudencial aqui comentada. Não é mais aceitável — se é que algum dia foi, desde a atual Constituição — que casos sejam julgados como temas, ou que se pretenda que a *ratio decidendi* de um precedente tenha algum sentido desprendendo-a do caso que lhe deu origem.¹⁸

As decisões e súmulas antigas, embora apenas persuasivas, integram a cadeia discursiva da evolução jurisprudencial, merecendo referência dos juízes para a abordagem dos novos problemas judiciais colocados sob a sua atual apreciação, conforme a tese de Ronald Dworkin sobre o direito como integridade e o romance em cadeia.

Como inicialmente apontamos, compreender, interpretar e aplicar corretamente os precedentes e as súmulas, passa bem longe de uma atividade singela de subsunção, como se as descrições generalizantes e sintéticas previstas em seus enunciados prescindissem de nova interpretação, contextualização e adequação fática, daí porque não procedem algumas críticas iniciais de que a incorporação do modelo de precedentes no Brasil retiraria a independência funcional dos juízes e, de outro lado, bloquearia a evolução jurisprudencial, que surgiria da rebeldia das instâncias judiciais inferiores.

¹⁶ CPC: conclamamos a que olhemos o novo com os olhos do novo!

¹⁷ TST – AgRg na Rcl 6852-59.2016.5.00.0000 – Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa – DEJT 10.06.2016.

¹⁸ Ibidem.

3. A importância dos fatos para a compreensão do precedente

Em texto seminal da década de 1930¹⁹, o professor Arthur Lehman Goodhart, da Universidade de Oxford, intentou contribuir de forma científica para a definição dos critérios que permitiriam a identificação da *ratio decidendi*, trazendo como grande novidade a ideia de que as razões de decidir não se encontram na proposição de Direito afirmada pelo juiz, pois ela pode ser muito abrangente ou restritiva demais. O sistema de precedentes operaria sempre a partir dos fatos levados em conta ao se proferir a decisão. Aquele que interpreta a decisão, para compreensão do precedente, deve estudar como o juiz observou os fatos e as provas para enunciar a decisão tomada. Ao final do seu ensaio, conclui o autor que a *ratio decidendi* seria a regra jurídica definida pelo julgador para decidir o caso concreto posto sob a sua apreciação, contextualizado com os dados da causa, da forma como o juiz observou os fatos materiais.

A sua contribuição foi tão contundente nos sistemas de *common law* que, hoje, a unanimidade dos autores e das cortes judiciais adotam a sua premissa de que um precedente apenas pode ser conhecido e delimitado, quando o jurista recupera e analisa os fatos descritos no relatório e na fundamentação das decisões, cuja ideia acabou, atualmente, por influenciar a nossa legislação nacional, tanto que o art. 926, § 2º, do CPC, deixa clara a indispensabilidade da adstrição fática para a formação dos precedentes, assim como o art. 896-C, § 16, da CLT, autoriza que os magistrados não sigam as decisões proferidas no regime do recurso de revista repetitivo quando houver distinção fática entre o precedente e o subsequente caso concreto.

Aqui entre nós, ainda nos idos de 1980, o Ministro Moreira Alves afirmou em voto no Supremo Tribunal Federal, ao negar a aplicação de uma súmula do Tribunal ao caso concreto sob apreciação da Corte, que “por se tratar de súmula, ela está vinculada ao âmbito dos julgados de que é síntese, não podendo – como poderia se se tratasse de preceito legal – extravasar dele por via de interpretação extensiva.”²⁰

A correta identificação (construção) do precedente pelo interprete “depende de um caso devidamente delineado, particularizado e analisado em seus aspectos fático-jurídicos: os

¹⁹ Determining the ratio decidendi of a case, *passim*.

²⁰ STF – Pleno – RE 89.108/GO – Rel. Min. Cunha Peixoto – DJ 19.12.1980.

precedentes operam sobre fatos que delimitam o contexto fático-jurídico a partir do qual surgiram.”²¹. A certeza de que a decisão judicial que deu origem ao precedente judicial deva ser interpretada, compreendida, delimitada e aplicada a partir dos seus substratos fáticos-jurídicos, também não passou despercebida de Teresa Arruda Alvim Wambier:

É extremamente importante se dizer que as decisões devem ser lidas e compreendidas à luz dos fatos. Isso nos faz pensar poder-se afirmar que, em certa medida, fatos tidos como essenciais para a decisão seriam parte da *ratio decidendi*. Quando os mesmos fatos ocorrem novamente e são levados a juízo, a mesma solução deve ser dada ao conflito, devendo ser seguido o precedente.²²

De forma ainda mais contundente, Daniel Mitidiero leciona que:

Tendo como matéria prima a decisão, o precedente trabalha essencialmente sobre fatos jurídicos relevantes que compõe o caso examinado e que determinaram a prolação da decisão da maneira como foi prolatada. Nessa perspectiva, operam inevitavelmente dentro da moldura dos casos dos quais decorrem, sendo por essa razão necessariamente contextuais.²³

Fredie Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira bem compreenderam que o art. 927 do CPC estabelece que os juízes e tribunais deverão observar os enunciados de súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ e do TST em matéria infraconstitucional. Porém, esclarecem que “observar tais enunciados é observar a *ratio decidendi* dos precedentes que os originaram – fala-se em observância do enunciado apenas por uma opção pela brevidade e pela facilitação do discurso.”²⁴, posição adotada há muitas décadas pelos países em que a jurisprudência ostenta força normativa obrigatória e, também, agora, entre nós, na legislação processual, tanto civil quanto trabalhista, conforme os arts. 489, VI, e 926, § 2º, do CPC e art. 896-C, § 16, da CLT. Os mesmos autores citados acrescentam ao debate que:

O enunciado da súmula deve reproduzir a *ratio decidendi* que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita e sintética a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente.

A súmula, como texto, terá de ser reinterpretada, daí a necessidade de ela ser escrita com termos precisos, tanto quanto isso seja possível. Mais do que isso, a redação do enunciado da súmula exige o retorno ao caso que lhe deu origem. Trata-se de exigência do art. 926, § 2º, CPC.

E do ponto de partida (texto legal) ao ponto de chegada (texto sumulado) estão os precedentes que compuseram a jurisprudência que veio a ser dominante; precedentes

²¹ Daniel Mitidiero, Precedentes, p. 106.

²² Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito, p. 133.

²³ Op. Cit., p. 97.

²⁴ Curso de Direito Processual Civil, p. 477/478.

esses que também são textos a serem interpretados, considerando as circunstâncias fáticas subjacentes, que serviram de base para sua construção.

A invocação de um precedente pressupõe e recomenda que sejam consideradas as circunstâncias de fato em que foi construído, para que só se o aplique a causas em que a base fática seja similar. O enunciado de súmula, em sua simplicidade, se distancia do manancial fático das decisões cuja difusão conduziu à sua edição.

Mas a aplicação dos enunciados de súmula não pode ignorar o imperativo de observância dos fatos subjacentes à causa e confrontá-los com os precedentes que geraram o enunciado sumular.²⁵

Diversos outros autores defendem que para a migração do modelo brasileiro atual para um adequado sistema de precedentes obrigatórios, supõe que tenhamos a preocupação científica de construir uma sólida teoria, compreendendo os seus pressupostos filosóficos, legislativos e o repertório procedimental próprio.

Sem a abordagem científica do novo sistema, corremos o risco de descambarmos para um “*common law* à brasileira”, na crítica de Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia, para quem a referência às súmulas e aos processos anteriormente julgados ainda se dá de forma desconectada das questões, fatos, debates e teses que lhes deram origem. Assim, ao se invocar uma súmula, essa ainda ganha autonomia frente à discussão subjacente, diferentemente do que ocorre com os precedentes dos países de *common law*. “Nesses termos, percebe-se que nem em países nos quais é tradicional o uso de precedentes pode haver sua utilização mecânica sem a reconstrução do histórico de aplicação decisória e sem se discutir sua adaptabilidade.”²⁶

Essa posição crítica também é compartilhada por Luiz Guilherme Marinoni, que, além de tudo, é bastante pessimista quanto à possibilidade de um avanço metodológico em nossa comunidade jurídica brasileira:

As súmulas simplesmente neutralizam as circunstâncias do caso ou dos casos em que levaram à sua edição. As súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico. Ainda que se possa, em tese, procurar nos julgados que deram origem à súmula algo que os particularize, é incontestável que, no Brasil, não há método nem cultura para tanto.²⁷

Ainda nesse particular, Juraci Mourão Lopes Filho realizou um inventário dos maiores erros cometidos no Brasil em relação aos precedentes, destacando, primeiramente, a

²⁵ Op. cit., p. 501/503, *passim*.

²⁶ Breves considerações sobre a politização do Judiciário, p. 9-52, *passim*.

²⁷ Precedentes Obrigatórios, p. 217-218

confusão que se faz ao tomar indistintamente precedentes, súmulas e jurisprudência como instrumentos similares. Mas, para ele, o principal equívoco é tomar a ementa ou a súmula por precedente e aplicá-las por meio de um silogismo. Muito ao contrário da aplicação de ementas e súmulas gerais, o correto uso dos precedentes deve considerar necessariamente as normas jurídicas enunciadas, os aspectos fáticos, a fundamentação e a argumentação desenvolvida, quando poderão as partes e o juiz contextualizarem pormenorizadamente, identificando a partir daí as similitudes e as divergências entre um caso e outro, culminando com a sua reutilização e reconstrução nas situações seguintes²⁸.

Dierle Nunes e Alexandre Bahia confirmam que na realidade brasileira é comum o uso irrefletido das ementas dos julgados e das súmulas apenas como âncoras facilitadoras dos julgamentos, com o único sentido de otimizar numericamente o volume de decisões. E, ao final, arrematam:

Faz-se uso de súmulas e “precedentes” sem a devida recuperação do(s) caso(s) paradigma(s), valendo-se apenas de ementas ou do pequeno texto das súmulas, como se uns e outros pudessem ter algum sentido sem aquilo (os casos) que lhes deram origem e se confundindo a *ratio decidendi* (fundamento determinante) com algum trecho da ementa ou do voto.²⁹

Lucas Buril de Macêdo, após distinguir adequadamente os conceitos de ementa, súmula e precedente, avança para expor a grave inconsistência que é a prática jurisprudencial brasileira de citar apenas os textos das súmulas ou a ementa dos julgados anteriores, como se fossem precedentes, sem recuperar as razões de fato que estão subjacentes. Diz o autor:

São muito comuns os casos em que os juízes limitam-se a citar ementas como se fossem os próprios precedentes. Esta atitude pode levar, e no mais das vezes levará, a graves equívocos advindos da má aplicação dos precedentes, ou pior, à própria desvirtuação do sistema de precedentes, transformando a decisão anterior, em contato direto com os fatos, em um conceito abstrato e geral, despindo-a de sua concretude. (...) O precedente judicial, como fonte do direito, não pode ser reduzido à ementa. Para a compreensão precisa e segura da norma gerada ou especificada em um precedente, é indispensável a leitura cuidadosa da decisão, tomando em conta os fatos da causa, a argumentação realizada no processo pelas partes e os fundamentos que levaram à tomada da decisão. Além disso, o juízo comparativo entre as causas é essencial, sobretudo quando os fatos substanciais sejam idênticos, podendo ser elencados em um mesmo grupo de casos.³⁰

Por tudo isso é que entendemos que torna-se premissa incontestável que o juiz trabalhista atual, inserido que está no paradigma em que as decisões judiciais foram alçadas à

²⁸ Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo, p. 107.

²⁹ Processo e república: uma relação necessária, *passim*.

³⁰ Precedentes judiciais e o direito processual civil, p. 85-86.

categoria de fontes formais do direito, com a eficácia obrigatória de grande parte delas, que, além de compreender o conceito e os limites dos precedentes, também deva, principalmente, atualizar e refinar o seu método tradicional de julgamento.

4. Técnicas de aplicação dos precedentes judiciais

Nos tópicos anteriores cuidamos de delimitar o conceito de precedente judicial, diferenciando-o dos instrumentos que com ele são confundidos, assim como avançamos para sublinhar que é indispensável o acesso às razões de fato e argumentação jurídica dispendidas no acórdão que deu origem ao precedente, daí porque estamos em condições de avançar para expor qual é o método adequado para a aplicação dos precedentes judiciais, com as suas decorrentes técnicas de distinção e superação.

Se o precedente é formado pelas razões de fato que ilustram a causa, a disposição normativa indicada na motivação e a argumentação jurídica do tribunal em torno da questão, cujo conjunto dos elementos formam as razões de decidir (*ratio decidendi*), que, efetivamente, vinculam os julgamentos posteriores, é intuitivo que quando o magistrado estiver analisando um novo caso com similitudes substanciais em relação ao precedente, a mesma razão deve ser reproduzida, argumentando analiticamente (art. 489 do CPC).

A aplicação do precedente é uma atividade discursivo-argumentativa, daí porque não deve o juiz recortar e colar trechos do acórdão paradigma, coletar ementas de julgados ou transcrever a literalidade das súmulas, mas demonstrar, detalhadamente, quais foram as razões de fato e de direito do caso anterior, qual a linha argumentativa adotada pelo tribunal, com a respectiva solução tomada, para que, na sequência, passe, então, a demonstrar que o caso atual em julgamento enquadra-se naquelas mesmas premissas, exigindo o mesmo resultado. Muito diretamente: o julgamento por precedente prescinde da transcrição do julgado paradigma ou de quaisquer das suas partes (ementa, trechos da fundamentação ou o dispositivo), bastando ao julgador fazer referência ao número do processo e data da publicação do acórdão, com o seu respectivo trânsito em julgado, a proporcionar o controle intertemporal da sua eficácia. Definida a eficácia do precedente, passe-se à discussão analítica para a aplicação no caso.

Por outro lado, autoriza-se – a partir da adequada compreensão e delimitação do precedente – que o juiz realize a distinção (*distinguishing*), havendo alguma diferença fática, ocasião em que ele demonstrará a diferença entre as premissas, do precedente e do caso, para justificar a sua inaplicabilidade; e a sua superação total (*overruling*), quando em julgamentos futuros o próprio tribunal que pôs o precedente verificar que novas razões sociais, econômicas ou jurídicas, recomendam a alteração da sua antiga posição.

Dito de outro modo, o julgador deverá observar as mesmas razões de decidir do precedente, aplicando-o aos casos similares que se apresentarem, somente estando autorizado a deixar de fazê-lo quando distinguir o caso paradigma do caso em apreciação, demonstrando de forma analítica que a situação nova não é semelhante, ou quando justificar a superação do precedente, em face dos novos argumentos fáticos e jurídicos.

Apenas o tribunal que aprovou o precedente poderá afirmar a sua superação, pelas razões fáticas, econômicas, sociais etc., revisando o quanto decidido anteriormente, mas os demais juízes não poderão fazê-lo. Admitir que um juiz singular possa reavaliar o mérito de um precedente de tribunal superior é o mesmo que admitir que o modelo de obrigatoriedade poderá ser contornado, ruindo com todo o edifício teórico construído em torno do modelo. Nos casos em que os juízes diverjam das razões de mérito tomadas pelo tribunal superior em dado caso concreto, quando estiverem a julgar casos semelhantes, o único caminho será a sua aplicação, reservando-se o direito de registrar, fundamentadamente, ressalva de entendimento, a oportunizar que o próprio tribunal – se o caso, em via recursal – evolua a sua posição.

Contudo, há casos em que o precedente deixa de ter eficácia porque a legislação que o sustentava foi substituída ou revogada, hipótese especial que os juízes estão autorizados à superação, não precisando aguardar que o tribunal revogue ou altere o precedente ou a súmula. Simplesmente o juiz aponta e fundamenta a respeito do novo direito positivo e deixa de seguir o precedente antigo, superando-o, ainda que o verbete sumular esteja vigente, até porque, tratando-se de tema novo, ainda não houve tempo para que os recursos amparados na nova ordem normativa tenham chegado ao tribunal superior, a propiciar uma nova reflexão, com a superação da antiga posição e a revogação da súmula ou orientação, *v. g.*

Por fim, também há casos em que o magistrado verificará que houve superação parcial (*overriding*), que é uma delimitação do âmbito de incidência de um precedente, em função da superveniência de uma norma jurídica, sem revogação do precedente. A superação

parcial é um instrumento teórico que se aproxima da técnica da distinção, não pelos aspectos fáticos do caso, mas jurídicos (inovação no ordenamento), estando autorizado qualquer juiz a exercê-lo, fundamentadamente, deixando de aplicar o precedente em dado caso concreto, sem negar a incidência do precedente para um grande grupo de casos.

Por isso, com razão, sustenta Alexandre Agra Belmonte que firmado o precedente, só duas situações distintas podem ocorrer diante das particularidades do caso: uma mudança da regra, quando o tribunal, em dado julgamento, percebe que a sua jurisprudência merece ser revista (*overruling*) ou quando percebe que o caso concreto apresenta particularidades que o diferenciam do conteúdo de uma norma de interpretação, refletida na jurisprudência então pacificada (*distinguishing*).

Na primeira hipótese de superação da jurisprudência, a necessidade de alteração dos precedentes ocorre em virtude de alguma mudança do ordenamento que o fundamentava ou de evolução fática histórica, em nível das alterações econômicas, sociais ou jurídicas. Contudo, em respeito à segurança jurídica, poderá o tribunal que anuncia a superação de um precedente próprio lançar mão da técnica do *prospective overruling*, ou seja, a mudança da jurisprudência de forma prospectiva, apenas para o futuro, também denominada de modulação dos efeitos, quando o tribunal, apesar de reconhecer a mudança de posição, deixa de aplicá-la ao caso concreto, mas sinaliza para a mudança da norma de interpretação em relação aos fatos futuros, sinalizando que as suas decisões futuras serão em outro sentido³¹.

Entretanto, não havendo elementos fáticos ou jurídicos de distinção nem alteração normativa posterior ao precedente que autorizem a sua superação, ficam os juízes obrigados a seguir a sua orientação. Inclusive os próprios ministros que compõe o tribunal superior ficam obrigados, quando em sua atuação nas turmas de julgamento, a seguir a posição fixada pela composição plenária (eficácia horizontal do precedente), mesmo que a sua compreensão seja diferente daquela do precedente – tendo ele ficado vencido quando do julgamento no plenário.

José Roberto Freire Pimenta, com precisão, anota: “Isso, evidentemente, permite concluir que, nesse novo sistema processual, nunca será possível aos julgadores deixarem de aplicar o precedente simplesmente por considerarem equivocada a sua *ratio decidendi*, quanto à questão de direito objeto da controvérsia.”³²

³¹ Breves comentários ao novo sistema recursal trabalhista, p. 25.

³² Op. cit., p. 140/141.

Em termos concretos, da técnica de aplicação acima resumida, indicamos a título exemplificativo, que o Supremo Tribunal Federal, nos autos do ARE n. 1.121.633, Relator Ministro Gilmar Mendes, reconheceu repercussão geral da questão (tema 1.046), cuja decisão (acórdão) permitirá a construção de um precedente obrigatório. O objeto específico dos autos do processo, que teve origem na Justiça do Trabalho, é, incidentalmente, dizer apenas se uma norma coletiva que restringe o direito às horas *in itinere* é válida.

Entretanto, a decisão que for tomada no âmbito da Suprema Corte não alcançará apenas as ações em que se discutem cláusulas das normas coletivas que disciplinam a questão específica das horas extras, mas a *ratio decidendi*, o verdadeiro precedente a ser construído a partir da publicação, vai muito além, fixando a interpretação (o raciocínio jurídico) que deverá ser seguida se, toda e qualquer norma coletiva, poderá reduzir direitos trabalhistas previstos no ordenamento jurídico, muito além do caso específico das cláusulas das horas itinerárias.

Mas, de outro lado, não se poderá perder de vista que o precedente é contextual, devendo sempre estar atrelado aos fatos e fundamentos dos casos que lhes deram origem, do que deriva que a resposta do Supremo não será, jamais, genérica e abstrata, no sentido de que as normas coletivas poderão, ou não, restringir direitos previstos no ordenamento. E sim, se poderá restringir direitos, debaixo daquelas premissas fáticas presentes no caso, como, por exemplo, a existência de outras cláusulas compensatórias (benéficas) no instrumento negocial.

Derivaria, do exemplo apontado, que a mesma *ratio decidendi* será aplicada aos casos em que houver restrição de direitos por norma coletiva, quaisquer que sejam eles (e não somente as horas *in itinere*), porém desde que apresente a mesma similitude fática, ou seja, que o instrumento negocial coletivo contenha cláusulas compensatórias da restrição, se assim decidir o Supremo Tribunal Federal, de outro lado, deixando de obrigar, com a demonstração analítica das diferenças, caso as premissas fáticas não estejam reproduzidas (*distinguishing*).

O Tribunal Superior do Trabalho compreendeu o alcance que ostentará o futuro precedente, tanto é que na Sessão de Julgamento da SDI-1, de 10.10.2019, nos autos do E-RR-819-71.2017.5.10.0022, relatoria do Ministro Alberto Bressiani, decidiu-se, por maioria, questão de ordem para suspender todas as ações que tratam da validade das normas coletivas

que limitem ou restrinjam direito trabalhista não assegurado pela Constituição Federal³³, não apenas nos casos específicos de supressão das horas *in itinere*.

5. A necessária reformulação do papel institucional dos Tribunais e dos magistrados

Os artigos 489, VI, e 926, § 2º, do CPC c/c art. 896-C, § 16, da CLT, deixam bastante claro que julgar em um modelo de precedentes está muito longe de apenas coletar aleatoriamente decisões em bancos de julgados, sem revisar as suas razões fáticas e jurídicas decisivas para a tomada da decisão (fundamentação), no mais das vezes citadas de forma caótica, apenas para confirmar o resultado outrora já intuído pelo juiz, mas cuja pesquisa mais acurada dos julgados citados revelaria que as referências não guardam relação estreita com os detalhes do caso concreto em julgamento, a autorizar a repetição da mesma conclusão.

Contudo, observamos que está enraizada na cultura judicial do Tribunal Superior do Trabalho a realização das “Semanas do TST”, quando a Corte promove a alteração, o cancelamento e a aprovação de diversas súmulas e orientações jurisprudenciais, na maioria das vezes sem o julgamento de nenhum caso concreto que sirva de suporte para validar, racionalmente, a mudança da orientação sumulada e, o que é pior, sem a indispensável contextualização fática e a fundamentação que poderia, posteriormente, permitir o livre acesso da comunidade jurídica para identificar a adequada delimitação (construção) dos precedentes, visando a aplicação nos casos futuros. Na última oportunidade em que o conclave ocorreu, por ocasião da aprovação do CPC de 2015, o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho

³³ “Decisão: por maioria, examinando questão de ordem, que a determinação de suspensão dos processos que tratam de matéria relativa ao Tema 1046 não se limita aos casos concretos subjacentes aos temas 357 e 762 (redução do intervalo intrajornada e majoração da jornada de trabalho, no regime de turnos ininterruptos de revezamento, por negociação coletiva; validade de norma coletiva que permite a supressão de horas “in itinere” mediante comprovação de compensação), mas alcança todos aqueles em que se discute a validade de norma coletiva de trabalho que limite ou restrinja direito trabalhista não assegurado constitucionalmente, e, em razão disso, suspender o julgamento do presente feito, devendo os autos permanecerem na Secretaria da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais até ulterior determinação do Supremo Tribunal Federal, vencidos os Exmos. Ministros Cláudio Mascarenhas Brandão, Walmir Oliveira da Costa, José Roberto Freire Pimenta, Hugo Carlos Scheuermann, Lelio Bentes Corrêa e Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Observação: I - Juntará voto vencido quanto à questão de ordem o Exmo. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão; II - Juntará voto convergente quanto à questão de ordem o Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva; III - O Exmo. Ministro Augusto César Leite de Carvalho registrou ressalva de entendimento quanto ao 3º item das ‘conclusões’ do voto do Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva ora adotado pelo Exmo. Ministro Relator; VI - O voto do Exmo. Ministro Relator, o voto vencido do Exmo. Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão e o voto convergente do Exmo. Ministro Renato de Lacerda Paiva serão anexados a esta Certidão.” (DEJT 29.10.2019).

alterou a redação de 10 (dez) enunciados em uma única sessão de julgamento, sem a apreciação de nenhum caso concreto respectivo que tenha servido de suporte às conclusões³⁴.

Talvez no afã e na boa intenção de dar uma sinalização rápida aos jurisdicionados e aos magistrados das instâncias inferiores, a Corte Superior avança, sem que nenhum caso concreto tenha tido tempo de chegar à sua apreciação, para alterar os enunciados das súmulas. Porém, como efeito reflexo indesejado e nocivo, acaba por aprovar as alterações, criações ou cancelamentos dos enunciados das súmulas e orientações jurisprudenciais, que depois serão reproduzidas abstratamente, mecanicamente, pelos juízes, as vezes distanciando, inclusive, da intenção e do espaço de aplicação que imaginavam os ministros quando das suas aprovações.

A mesma técnica de “sinalização” abstrata, descontextualizada, apressada e sem adstrição fática, é adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho por intermédio da aprovação de atos administrativos intitulados de Instruções Normativas e Recomendações da Corregedoria, que serviriam (em tese) para orientar sobre a – futura e incerta – interpretação do Tribunal, quando os temas lá chegarem para julgamento pelas vias ordinárias, mesmo que alguns deles, *de lege lata*, jamais chegarão, diante dos impedimentos do próprio sistema processual, como no caso dos recursos na fase de execução de sentença, que não comportam, em regra, trânsito ao Tribunal mediante recurso de revista (art. 896, § 2º, da CLT)³⁵.

E a crítica por nós renovada não é nova, já que Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, em artigo da década de 1970, já criticava a atividade do Tribunal Superior do Trabalho que editava prejudgados, a exemplo do de n. 57, sem nenhum caso concreto que lhe tenha servido de suporte, apenas a partir de uma norma administrativa genérica, inclusive em hipótese que, pelas vias ordinárias, jamais chegaria ao julgamento da corte (p. ex., jurisdição voluntária)³⁶.

O caminho correto, em um modelo de *stare decisis*, é aquele que, em face da nova legislação, os juízes de primeiro grau, e depois os tribunais, interpretem os novos textos e, verificando que houve a superação do entendimento cristalizado nas súmulas ou orientações antigas, deixem de aplicá-las, argumentando a sua superação (*overruling* ou *overriding*), em

³⁴ Tribunal Pleno – Sessão Ordinária de 18.09.2016 – DEJT de 21, 22 e 25.09.2016.

³⁵ Um exemplo eloquente recente é a Recomendação n. 3 de 2018, da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, de 24 de julho de 2018, que recomenda qual o procedimento para o reconhecimento e pronúncia da prescrição intercorrente, diante da aprovação do art. 11-A da CLT, pela Lei n. 13.467/2017, extrapolando as funções correicionais (meramente administrativas) e invadindo a esfera da atividade jurisdicional típica, inclusive em matéria que jamais chegará, mediante recurso próprio, à apreciação do Tribunal Superior do Trabalho.

³⁶ Os prejudgado, as súmulas e o TST, p. 91.

paulatina e saudável atividade construtiva, com apoio na doutrina contemporânea à vigência do novo texto legislativo, até que os casos concretos, pela via dos recursos próprios, cheguem para apreciação do Tribunal Superior do Trabalho, devidamente amadurecidos e delimitados faticamente, permitindo, então, que a Corte, em julgamentos colegiados e com fundamentação exauriente, em seu Plenário ou Órgão Especial, possa dizer a interpretação correta, que depois será obrigatória para eles próprios e demais instâncias (obrigatoriedade horizontal e vertical), inclusive com a adoção da modulação dos efeitos da virada interpretativa e jurisprudencial.

Esse saudável tramite processual, ao mesmo tempo em que garantiria a evolução do direito (com a superação dos precedentes), revisão das antigas razões sociais, econômicas, políticas ou jurídicas, pelos tribunais superiores, também fomentaria a segurança jurídica, a estabilidade, a integridade e a coerência do sistema, na medida em que as decisões posteriores da Corte, que concluíssem pela superação dos precedentes, seriam decididas com modulação dos seus efeitos para o futuro, respeitando-se as situações já consolidadas.

Mas para alcançar tal modelo, os juízes precisam ter consciência do seu papel em um sistema de precedentes obrigatórios, tanto para deixar de aplicar as súmulas superadas, tanto quanto para identificar adequadamente os limites dos novos precedentes, com adstrição fática e captura da fundamentação jurídica (*ratio decidendi*), a permitir que também façam a distinção (*distinguishing*), quando da aplicação aos novos casos que lhes forem submetidos, evitando-se o “pecado original” que é a aplicação automática das súmulas e orientações dos tribunais, sem recuperar o contexto fático dos precedentes que serviram de suporte.

E também, de sua parte, o Tribunal Superior do Trabalho deve ter consciência de que a melhor e adequada decisão em um modelo de *stare decisis*, mesmo as tomadas no bojo dos microssistemas de formação de precedentes (incidente de recurso de revista repetitivo ou incidente de assunção de competência, p. ex.), deverão permanecer sempre atreladas aos fatos da causa-piloto (art. 926, § 2º, do CPC c/c art. 896-C, § 16, da CLT), sendo a mais específica possível, para que a sua concretude ínsita dê segurança para a sua reprodução futura.

De outro lado, a tentativa de expandir os limites da decisão, abstraindo da causa-piloto afetada, com o objetivo de dar uma orientação mais ampliada às instâncias inferiores, resolvendo uma maior quantidade numérica de processos, poderá resultar na imprestabilidade

em si do precedente³⁷, justamente quando ele ultrapassar o limite da concretude, invadindo o espaço da abstração.

Tudo isso resulta na conclusão que o sistema atual de formação das súmulas e dos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais deverá sofrer uma verdadeira revolução. Atualmente, a formação das súmulas não observa os fatos da causa, mas apenas as suas razões jurídicas, com pretensão de generalização, de modo que é bastante comum a redação final do verbete não guardar relação direta com os julgados que lhes deram causa (se é que deram). E ao aplicá-las aos casos futuros, os julgadores não investigam e não se atentam à identificação dos fatos subjacentes, satisfazendo-se em citar “ementas” de outros casos parecidos ou o texto sintético das súmulas, para materializar um modo de julgamento *sui generis*, como se o fosse o do modelo de precedentes, mas que está muito longe de sê-lo.

Ilustrativa é uma decisão da 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho que, ao enfrentar o tema do conflito entre os princípios jurídicos da propriedade do empregador e da intimidade do trabalhador, na realização de revistas em bolsas e sacolas, satisfez-se em apenas enunciar genericamente que a jurisprudência da Corte admitiria as revistas, sem identificar as circunstâncias fáticas dos precedentes e muito menos as particularidades do caso em análise. Acabou, apenas, por citar caoticamente variadas ementas, cujas razões eram absolutamente diversas em suas fundamentações. A argumentação de mérito em si do acórdão, subtraindo as ementas citadas, consiste em apenas dois parágrafos de fundamentação genérica, sem apontar sequer o ramo de atividade do empregador, a função do trabalhador, os objetos integrantes do patrimônio que se visava proteger, os meios à disposição para realizar a sua proteção, dados fáticos indispensáveis e sem os quais é impossível a realização do juízo de proporcionalidade que pudesse levar ao correto julgamento por precedentes.³⁸

Um outro eloquente exemplo ocorreu no âmbito do TRT da 23ª Região que, já na vigência do CPC de 2015 (TRT23 – IUJ n. 0000065-09.2015.5.23.0000 – DEJT 26.01.2017,

³⁷ A lição de Cesar Zucatti Pritsch é bastante apropriada no particular: “Caso se permita que cortes superiores, a pretexto de julgar um caso concreto, exarem entendimentos vinculantes amplos que de longe excedam os fatos postos sob seu julgamento, na prática se lhes estaria outorgando o poder de legislar, usurpando a função de outro poder e amordaçando os juízes da respectiva jurisdição. Tal desvio impediria os diversos juízes de desenvolver o direito de forma independente, quanto a novos conjuntos de fatos, diversos daqueles já apreciados nos precedentes. (...) poderão surgir hipóteses em que, e. g., a literalidade de uma súmula ou tese firmada em um IRDR tenha por demais excedido e distado dos fatos concretos do caso que lhe deu base, portanto incorrendo em *obiter dictum*, situação que deve ser argumentada e demonstrada quando se pretende afastar tal parte de um precedente.” (Manual de prática dos precedentes, p. 174 e 178).

³⁸ TST – 8ª Turma – RR 3695400-90.2007.5.09.0010 – Relª. Minª. Dora Maria da Costa – DEJT 08.04.2011.

revisada na Sessão de 18.05.2017 – DEJT 22.05.2017), mesmo já estando constrangido pela obrigação de atentar-se aos fatos da causa quando da uniformização da sua jurisprudência (art. 926, § 2º, do CPC), aprovou e publicou súmula de observância local obrigatória (art. 927, V, do CPC), com redação abstrata e genérica, sem nenhuma adstrição às circunstâncias fáticas e sua contextualização, no seguinte sentido: “Súmula n. 20. INSTALAÇÃO DE CÂMERA EM VESTIÁRIO. DANO MORAL. O monitoramento por câmera em vestiário/banheiro configura abuso do poder diretivo se violar a intimidade do trabalhador.”

O verbete pouco auxilia na solução dos casos concretos, na medida em que não distingue os diversos ramos de atividade, bem como as situações em que as câmeras foram solicitadas pelos próprios trabalhadores, com aprovação em deliberação coletiva, com reserva dos chuveiros, sanitários e áreas destinadas às trocas de roupa, com avisos ostensivos de monitoramento para que todos tenham ciência, com acesso restrito às imagens, das situações em que as câmeras são instaladas de forma unilateral e clandestina pelo empregador, sem nenhum tipo de reserva quanto aos locais de captura e acesso às imagens, sendo acessadas e armazenadas pelo empregador ou seus prepostos, cujas soluções judiciais, pela diversidade dos pressupostos fáticos, devem ser, naturalmente, muito diferentes.

A aprovação de súmulas generalizantes, com abstração similar à da legislação, pasteuriza os fatos da causa, recolhendo situações totalmente diferentes dentro do mesmo invólucro, uniformizando os resultados, o que acaba ofendendo, diretamente, a igualdade em sentido material, e, remotamente, a integridade, a previsibilidade e a coerência do sistema.

A rigor, o modelo de súmulas é incompatível com o novo sistema de precedentes obrigatórios. O ideal, cientificamente falando, é que todas as antigas súmulas e orientações jurisprudenciais fossem agora revogadas, obrigando os atores processuais a acessarem, necessariamente, as decisões judiciais em sua plenitude, para, a partir do seu estudo profundo e contextualizado, fossem compreendidos (construídos) os precedentes judiciais. Não custa recordar que nos países em que o sistema de precedentes é adotado historicamente, estando já a comunidade amadurecida nesse modelo, não encontramos metodologia similar de aprovação e publicação de súmulas ou orientações jurisprudenciais sintéticas e abstratas.

Não é coincidência o fato de que o Supremo Tribunal Federal não aprovou mais nenhuma súmula desde o ano de 2003³⁹, satisfazendo-se em julgar dezenas de novos casos sob

³⁹ Com exceção das específicas súmulas vinculantes, por imposição constitucional.

o procedimento de repercussão geral, cujos acórdãos é que darão origem aos precedentes, contextualizados com as suas nuances fático-jurídicas, independentemente da conversão dos julgamentos em novas súmulas, para tentar resumir o quanto decidido. Já o Tribunal Superior do Trabalho segue aprovando e alterando súmulas, sendo que a súmula n. 463 foi publicada no DEJT de 28, 29 e 30.06.2017, inclusive a corte trabalhista segue insistindo na necessidade de alterar e aprovar novos verbetes, tanto é que encontra-se pendente de apreciação no Pleno do TST a ArgInc n. 696-25.2012.5.05.0463, Rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, que teve o julgamento adiado na Sessão de 20.03.2019, no qual se discute a inconstitucionalidade de disposição da CLT, recentemente alterada, que dificulta a aprovação de novas súmulas.

Pela desnecessidade (imprestabilidade) das súmulas no modelo de precedentes é que causa-nos bastante perplexidade a revolta contundente da quase unanimidade da doutrina especializada trabalhista em face da alteração do art. 702 da CLT, pela Lei n. 13.467/2017, intitulada de “reforma trabalhista”, que colocou requisitos mais rigorosos para a aprovação e a alteração das súmulas e orientações do Tribunal Superior do Trabalho. Não que aplaudamos o mérito das alterações legislativas levadas a efeito, mas que, para nós, são elas absolutamente irrelevantes, na medida em que os precedentes são construídos a partir das decisões judiciais, independente da edição de súmulas.

A relevante função uniformizadora do TST não foi atingida em nenhuma medida pela mudança, pois continuará a Corte Superior saneando as divergências e as suas decisões em casos concretos, oriundas do Tribunal Pleno, Órgão Especial e Subseções Especializadas, bem como as tomadas no bojo dos microssistemas de formação de precedentes obrigatórios (incidente de assunção de competência, recurso de revista repetitivo⁴⁰ etc.), continuarão tendo eficácia obrigatória, mesmo que nenhuma súmula ou orientação jurisprudencial seja aprovada na sequência ou delas decorram.

Resulta desse raciocínio que discordamos completamente da posição de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, para quem:

A Lei da Reforma Trabalhista restringiu, acentuadamente, o papel uniformizador da jurisprudência trabalhista na República e na Federação cumprido pelo Tribunal

⁴⁰ Cláudio Brandão analisou o novo incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos para concluir que o principal objetivo da nova legislação foi induzir a unidade sistêmica da jurisprudência trabalhista, a partir da necessidade de fixação de tese jurídica prevalecente, incumbindo ao Tribunal Superior do Trabalho eliminar a diversidade de interpretações possíveis em torno da questão jurídica posta ao seu exame e, ao final, fixar uma única posição, a qual se imporá, de modo obrigatório, nos planos horizontal (internamente ao tribunal) e vertical (instâncias inferiores). (Incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos, p. 613).

Superior do Trabalho. Trata-se de uma diretriz manifesta e inequívoca da Lei, ainda que de difícil harmonização à Constituição da República e à própria lógica estrutural do sistema jurídico e judiciário federal brasileiro.⁴¹

Daniel Mitidiero, criticando o modelo misto do art. 927 do CPC, que manteve a técnica da aprovação das súmulas dos tribunais ao lado dos verdadeiros precedentes, que são aqueles emanados das decisões plenárias dos tribunais superiores, adverte, ao menos, para que a comunidade jurídica não faça confusão entre ambos os institutos quando da sua aplicação:

Em terceiro lugar, escapa ao legislador que precedentes e súmulas estão em níveis distintos. É um equívoco, portanto, tratá-los como se estivessem no mesmo plano, como o faz o art. 927 do CPC. Súmulas são enunciados que visam retratar de modo simples e direto precedentes. Em uma palavra: são extratos. Súmulas, portanto, são enunciados que visam a retratar precedentes, alocando-se em um nível acima do nível do precedente. Por essa razão é que obviamente devem se ater às circunstâncias fático-jurídicas que deram azo à formação dos precedentes subjacentes (art. 926, § 2º, do CPC). Isso quer dizer que o legislador deveria ter dito que os precedentes – enunciados ou não em súmulas, vinculantes ou não – obrigam juízes e tribunais. Rigorosamente não são as súmulas que obrigam, mas os precedentes subjacentes.⁴²

O grande problema surge porque, a pretexto de facilitar o acesso dos magistrados das demais instâncias, das partes, dos advogados e dos cidadãos à forma como o Judiciário tem interpretado determinada legislação, as súmulas e orientações são aprovadas e divulgadas, trazendo o efeito nocivo e reflexo de encurtar o trajeto, incentivando que os atores citados não consultem os julgados que lhes deram origem e o seu respectivo contexto, mas apenas citem o texto sintético dos verbetes, acabando por romper com as razões que as inspiraram.

6. Um exemplo jurisprudencial histórico

Um ótimo exemplo a respeito das incompreensões da jurisprudência e da doutrina trabalhista de outrora sobre o conceito de precedente e, especificamente, da forma como ele deveria ter sido compreendido e aplicado, foi no tema da prescrição intercorrente na execução trabalhista, antes da aprovação do art. 11-A da CLT, pela Lei n. 13.467/2017, na medida em que há contradição textual entre duas súmulas vigentes, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, com as seguintes redações:

⁴¹ A reforma trabalhista no Brasil, p. 316.

⁴² Precedentes, p. 109.

Súmula n. 327 do STF. O Direito Trabalhista admite a prescrição intercorrente.

Súmula n. 114 do TST. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente.

Para que possamos demonstrar que na verdade não há incompatibilidade entre os precedentes que deram origem às súmulas – embora a leitura apenas dos seus extratos possa indicar a contradição –, será necessário contextualizar, fática e juridicamente, o tema.

O processo do trabalho nunca possuiu um processo autônomo de execução para os títulos executivos judiciais, mas as fases de liquidação e execução que seguem ao processo de conhecimento. Nesse contexto processual, a questão principal nunca foi a preocupação com a prescrição da pretensão executiva, mas a definição do fato jurídico que define a retomada da contagem do prazo da prescrição outrora interrompida com o ajuizamento da ação, uma nova prescrição interna, que voltava a correr (com o prazo renovado) durante o trâmite da ação, no que se convencionou chamar de prescrição intercorrente ou superveniente⁴³⁴⁴.

A prescrição intercorrente reclamava a interpretação do art. 202, parágrafo único, do Código Civil, art. 884, § 1º, in fine, da CLT, art. 40, § 4º, da Lei 6.830 de 1980 e do art. 924, V, do CPC de 2015, os últimos aplicáveis subsidiariamente ao processo do trabalho, por determinação do art. 889 da Consolidação, com preferência pela lei de executivos fiscais em sobreposição ao processo civil comum.

A despeito da literalidade dos textos legais indicados, no sentido da aplicação da prescrição intercorrente ao processo do trabalho, inclusive porque é dedução lógica que a prescrição condenatória trabalhista interrompida com o ajuizamento da ação precisa voltar a correr em algum momento do trâmite processual, a verdade é que sempre houve divergência entre os autores e a jurisprudência, mormente em torno da disputa de qual orientação deveria prevalecer, se a da súmula n. 327 do STF ou a da súmula n. 114 do TST.

A aparente contradição entre as súmulas citadas começa a ser dissipada com a reconstrução da evolução histórica e a contextualização fática dos acórdãos que deram origem

⁴³ Para Flaviana Rampazzo Soares a prescrição intercorrente “atua no processo instaurado, e representa o reconhecimento da impossibilidade de dar andamento ao processo, se o credor permaneceu durante determinado lapso temporal (por tempo igual ou superior ao prazo de prescrição prevista no plano do direito material), inerte na necessária prática de atos aptos ao alcance do objetivo de obter a concretização da condenação ou mesmo da própria execução.” (Dos requisitos ao reconhecimento da prescrição intercorrente no novo CPC, p. 403).

⁴⁴ Enunciado n. 194 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A prescrição intercorrente pode ser reconhecida no procedimento de cumprimento de sentença.”

à formação dos verbetes. A investigação dos julgados auxiliará a reposicionar a questão em seu devido lugar e demonstrar a compatibilidade das súmulas entre si.

A redação originária da CLT previa em seu art. 11 que: “Não havendo disposição especial em contrário nesta Consolidação, prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido.”, cuja interpretação literal parecia apenas tratar da prescrição da fase de conhecimento (pretensão condenatória), não tratando da pretensão executiva ou mesmo da prescrição intercorrente.

Dilapidando a extensão do artigo, o Supremo Tribunal Federal aprovou em 1963 as súmulas n. 150 e 327, época em que a Suprema Corte ainda possuía competência para dar a última palavra quanto à interpretação não só da Constituição, mas também da legislação ordinária federal, na forma do art. 101, III, a, da Constituição de 1946.

Ao se investigar os julgados que deram origem às súmulas do Supremo, observa-se claramente que a Corte, ao analisar o art. 11 da CLT, justificou que o prazo era aplicável tanto na fase de conhecimento (pretensão condenatória), quanto na de execução (pretensão executiva), bem como que o fato de a execução trabalhista poder ser movimentada *ex officio*, não isentava o exequente de tomar as medidas jurídicas para instigar o juízo à satisfação do seu crédito, motivos pelos quais a paralisação da ação na fase de execução, por prazo superior a dois anos, importava em prescrição intercorrente⁴⁵. Do corpo do citado julgado colegiado de 1963 extrai-se a seguinte passagem:

Em matéria de prescrição, não há distinguir entre ação e execução, pois esta é uma fase daquela. Ficando o feito sem andamento pelo prazo prescricional, seja na ação, seja na execução, a prescrição se tem como consumada. Não exclui a aplicação desse princípio no pretório trabalhista o fato de se facultar ali a execução ex-officio. Excluiria, se o procedimento ex-officio, ao invés de uma faculdade, fosse um dever do juiz.

Em plena vigência das súmulas do STF e da competência deste para dar a última palavra quanto à interpretação da CLT, o Tribunal Superior do Trabalho realizou uma nova (meta)interpretação da jurisprudência – no que atualmente conhecemos como *distinguishing* e *overriding* – para dizer que, nos casos em que a ação ficasse parada, *exclusivamente por omissão judicial ou em razão de atos da defesa*, não haveria prescrição intercorrente a ser

⁴⁵ “A prescrição da ação é a mesma da execução começando a correr da data em que deveria tomar a iniciativa do ato. Art. 11 consolidado. Recurso extraordinário improvido.” (STF – 2ª Turma – RE 53.881/SP – Rel. Min. Ribeiro da Costa – DJ 18.09.1963).

reconhecida, já que não havia omissão a ser imputada ao autor, um dos requisitos necessários à pronúncia de quaisquer das modalidades de prescrição.

A adequação realizada pelo TST não desrespeitou as súmulas do STF, mas apenas realizou a sua correta interpretação e aplicação aos casos concretos, na medida em que os fatos submetidos ao tribunal trabalhista eram contextualmente diversos dos que ilustraram a aprovação das súmulas n. 150 e 327 da Suprema Corte, no julgamento do RE n. 53.881/SP.

A propósito, uma revisão dos precedentes trabalhistas que deram origem à súmula n. 114 do TST deixa isso bem claro. O julgado mais antigo é aquele do RR n. 4648/1970 (Ac. 3ª T 407/1971 – DJ 06.10.1971), no qual o TST decidiu, por maioria, que não houve violação do art. 11 da CLT, visto que não se pode imputar ao autor qualquer negligência processual no caso, pois a demora no andamento do processo se deu por conduta omissiva da reclamada, bem como, em argumento alternativo, que a citação válida interrompe a prescrição na fase de conhecimento, não voltando a correr ainda nessa mesma fase do processo. Observamos que o precedente tratava da alegação da prescrição na fase de conhecimento, com a paralisação da marcha processual por conduta procrastinatória da defesa, particularidades decisivas para a distinção em relação aos fatos que deram origem à súmula n. 327 do Supremo Tribunal.

Também no julgamento do processo E-RR n. 719/1972 (Ac. TP 896/1973 – DJ 13.08.1973), o Tribunal Superior enfrentou a situação fática da ação em fase de conhecimento que ficou parada sem movimentação pelo prazo superior a dois anos, após a devolução da carta precatória, tendo o juiz condutor do feito ficado inerte ao não incluir o processo na pauta de audiências para prosseguimento. Nada obstante a 1ª Turma do TST tenha acolhido as alegações defensivas e aplicado a prescrição intercorrente, o Tribunal Pleno, em decisão por maioria, reformou a decisão turmária para afastar a prescrição, ao argumento que no processo do trabalho deve o juiz e não as partes movimentar o processo até decisão final, de modo que a inércia do magistrado não pode prejudicar o autor da ação, na fase de conhecimento.

Alguns anos depois, o Tribunal Pleno do TST, ao apreciar o recurso de embargos E-RR n. 1831/1974 (Ac. TP 1028/1976 – DJ 07.10.1976), analisou o caso fático em que a execução ficou paralisada em razão de conduta omissiva do juiz, na medida em que os autos permaneceram mais de dois anos conclusos para decisão e o juiz, quando julgou, ao invés de invadir o mérito dos embargos, decretou a prescrição intercorrente. A Corte reafirmou a tese de que não se pode responsabilizar o titular de um direito por uma inércia quanto à prática de

ato que não lhe competia, já que os atos de execução devem ser praticados pelo juiz, de ofício, razões pelas quais o Plenário não conheceu dos embargos no particular, mantendo o curso do processo na fase de execução.

Contextualizadas as circunstâncias fático-jurídicas que deram origem à súmula n. 114 do TST, no ano de 1980 (RA 116/1980 – DJ 03.11.1980), verifica-se claramente que os precedentes revisados não desconsideraram (?) ou revogaram (!) – até por falta de atribuição funcional – as súmulas n. 150 e 327 do Supremo Tribunal, as quais estavam vigentes e assim continuam até os dias atuais, mas apenas interpretou os julgados que lhes deram origem.

O que o Tribunal Superior do Trabalho fez, adequadamente, foi limitar o âmbito de incidência das súmulas para as situações fáticas ainda não abordadas pelo Supremo, sendo fácil observar que o argumento decisivo foi a impossibilidade de penalizar o exequente nos casos em que a demora no andamento do processo dependa da *atuação judicial* ou quando a paralisação se deu por *inércia da própria defesa*, principalmente *na fase de conhecimento*, já que a prescrição havia sido interrompida com o ajuizamento, não voltando a correr na mesma fase de cognição.

Aroldo Plínio Gonçalves, contemporâneo da época em que construída a súmula alhures referida, resumiu que “com a Súmula 114, quis o Excelso Pretório Trabalhista dizer que, uma vez proposta uma Reclamação, não se pode decretar prescrição, se os autos ficarem paralisados em Juízo, em Cartório ou na Secretaria, por período superior a 2 (dois) anos.”⁴⁶

O Tribunal trabalhista não negou que a prescrição bienal do artigo 11 da CLT seria aplicável tanto na fase de conhecimento, quanto na de execução (âmbito de incidência da súmula n. 150 do STF), bem como não negou que seria aplicável no processo do trabalho a prescrição intercorrente (âmbito de incidência da súmula n. 327 do STF), mas apenas que seria inaplicável nos exatos e específicos casos em que a paralisação processual ocorrera por mora na atuação judicial – mantendo os autos conclusos além do prazo legal – ou quando o atraso ocorrera por uma conduta procrastinatória ou omissiva da própria defesa.

Os acórdãos citados do TST não enfrentaram a situação fática específica em que o exequente, intimado para indicar as diretrizes para impulsionar a execução, após o magistrado ter esgotados todos os atos possíveis de realização oficial – atualmente instrumentalizados e potencializados com as ferramentas tecnológicas e convênios celebrados pelo próprio TST –,

⁴⁶ A prescrição no processo do trabalho, p. 62.

quedou-se inerte pelo prazo prescricional. A rigor, ao contrário do que a leitura apenas do enunciado abstrato e isolado da súmula n. 114 do TST possa refletir, no fundo o Tribunal Superior do Trabalho nunca enfrentou o tema por essa perspectiva, por evidente não servindo a invocação da súmula para essas situações especiais, já que o seu âmbito de incidência (adstrição fático-jurídica) é absolutamente diverso.

Além do mais, sequer o Tribunal Superior do Trabalho teria competência para dar a última palavra em matéria de execução trabalhista, na medida em que não cabe recurso de revista na fase de execução, para tratar da interpretação da lei ordinária, ainda que haja divergência entre os Tribunais Regionais (art. 896, § 2º, da CLT)⁴⁷, fato que reforça a justificativa de que, quando pronunciou-se na década de 1970, o Tribunal o fez no contexto da discussão da prescrição intercorrente na fase de conhecimento, devido à paralisação dos autos por omissão judicial ou conduta procrastinatória da própria defesa, tentando responder quando a prescrição então interrompida com o ajuizamento da ação voltaria a correr. E nesse caso específico, andou muito bem o Tribunal ao rechaçar a incidência da prescrição intercorrente na fase de conhecimento do processo, pois nessa fase a omissão da parte autora (abandono da causa) resultaria na extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, III, do CPC de 1973) e não na pronúncia da prescrição intercorrente.

Hipótese totalmente diversa seria afirmar que não incide a prescrição intercorrente na fase de execução de sentença, quando o juiz do trabalho já tomou todos os atos possíveis de ofício e, mesmo tendo intimado o exequente para indicar meios para a satisfação do seu crédito, tenha esse permanecido inerte pelo prazo da prescrição, que voltou a correr com o arquivamento provisório dos autos.

Investigando a aparente divergência entre as súmulas do STF e do TST, a partir do estudo detalhado dos acórdãos que lhes deram origem, com contextualização fática e não apenas a leitura do texto sintético de seus enunciados, concluímos que elas são, na verdade, complementares e não antagônicas, como a quase unanimidade dos autores sempre entendeu.

⁴⁷ Nos últimos anos, em decisão da SBDI1, o Tribunal Superior do Trabalho não admitiu recurso de embargos quanto ao tema de prescrição intercorrente, justamente porque fundamentou expressamente que a Corte não tem competência, na fase de execução, para julgar o mérito dos recursos que tratam da interpretação da legislação ordinária (p. ex., TST – SBDI1 – ERR 0693039-80.2000.5.10.0004 – Rel. Min. João Oreste Dalazen – DJE 08.05.2009). No mesmo sentido, também o Supremo Tribunal Federal já negou a tentativa de se elevar o tema para seu julgamento, reforçando que se trata de contenda tipicamente infraconstitucional (p. ex., STF – 2ª Turma - AI-AgR 260902/BA – Rel. Min. Marco Aurélio - DJ 18.05.2001 e STF – 2ª Turma - AI-AgR 374263/SP – Rel. Min. Gilmar Mendes - DJ 13.09.2002).

A súmula n. 114 do TST foi consolidada ao argumento de que a execução deve prosseguir de ofício pelo juiz, fato que não poderia gerar a imputação de mora ao exequente, por isso que há compatibilidade entre as súmulas dos Tribunais Superiores, se se entender que o Juiz do Trabalho deva praticar de ofício todos os atos possíveis de execução. Entretanto, se nenhum bem for encontrado e o exequente permanecer inerte, mesmo intimado para indicar outros meios à satisfação de seu crédito, haverá suspensão do feito e arquivamento provisório dos autos, com a retomada da contagem do prazo de prescrição. Assim, haverá prestígio da diretriz do TST, de que a execução processar-se-á de ofício, e da diretriz do STF, de que a prescrição intercorrente é cabível na execução trabalhista, desde que a paralisação na marcha processual não tenha se dado por omissão judicial ou por conduta resistente da defesa.

O verdadeiro precedente, que encontra-se em uma outra camada de linguagem das citadas súmulas, e que deveria ter norteado a questão ao longo de todos esses anos de grande cizânia interpretativa, era para ter sido compreendido nos seguintes termos: A prescrição intercorrente é compatível com o processo do trabalho, incidindo apenas na fase de execução, desde que o magistrado já tenha praticado todas as medidas executivas de ofício e não tenha encontrado bens para a satisfação da obrigação, bem como o exequente tenha permanecido silente, deixando o prazo prescricional escoar com os autos em arquivo provisório⁴⁸.

Acreditamos que a anunciada conclusão interpretativa (precedente) afluiria sem muita dificuldade, se ambas as súmulas não existissem e a comunidade jurídica trabalhista, possuindo o repertório teórico do modelo de *stare decisis*, tivesse sido obrigada a revisitar as razões fático-jurídicas dos acórdãos subjacentes, tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Tribunal Superior do Trabalho, que deram origem aos verbetes, acima revisados.

Daí porque reiteramos o quanto já afirmado no tópico anterior, de que as súmulas são incompatíveis com um verdadeiro sistema de precedentes, para o qual, fazemos votos, que o nosso modelo brasileiro, comum e trabalhista, evolua.

⁴⁸ O TRT da 24ª Região compreendeu essa questão, tendo aprovado, mais recentemente, a súmula regional de n. 12 em sentido próximo da nossa compreensão: “PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXECUÇÃO. SÚMULA Nº 114 DO TST. A prescrição intercorrente pode ser excepcionalmente aplicável ao processo trabalhista, sem contrariedade à Súmula TST n. 114, se presentes os seguintes requisitos cumulativos: a) esgotamento de todas as medidas executivas que poderiam ser realizadas de ofício (art. 878, CLT); b) arquivamento provisório, com ciência ao exequente, inclusive da aplicação da prescrição intercorrente após o decurso *in albis* do prazo de dois anos (art. 889, CLT; Lei nº 6.830/80, 40, § 4º); c) o credor não impulsionar a execução nem oferecer meios alternativos para satisfação do crédito exequendo.” (DEJT 15.12.2015).

Referências bibliográficas

BELMONTE, Alexandre Agra. Breves comentários ao novo sistema recursal trabalhista (Lei 13.015/2014). **Revista LTr**, São Paulo, vol. 79, p. 17/26, janeiro de 2015.

BRANDÃO, Cláudio. Incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos. In: BRANDÃO, Cláudio; MALLET, Estêvão. (Coord.). **Processo do Trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 605/643.

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

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016, vol. 2.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **A prescrição no processo do trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 1987.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, vol. 40, n. 2, p. 161/183, Dec. 1930.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: RT, 2011.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: RT, 2016.

MOLINA, André Araújo. **Os direitos fundamentais na pós-modernidade**. O futuro do Direito e do Processo do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. **Teoria dos Princípios Trabalhistas.** A aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O novo CPC e o processo do trabalho: pós-modernidade, antinomias, lacunas e o novo microssistema processual trabalhista individual. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, vol. 81, n. 3, p. 19/36, jul./set. 2015.

_____. A relevância da jurisprudência internacional e estrangeira para o Direito do Trabalho brasileiro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 2 (2016), n. 5, p. 127-163.

_____. A prescrição das ações de responsabilidade civil na Justiça do Trabalho. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, ano XVIII, n. 217, p. 79/110, julho 2007.

_____. A prescrição intercorrente na execução trabalhista. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 3 (2017), n. 2, p. 109-147.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo e república: uma relação necessária. **Justificando**, publicado em 09.10.2014, disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria>>, acesso em 06.02.2017.

PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, ano 81, n. 3, p. 95/164, jul./set. 2015.

PRITSCH, Cesar Zucatti. **Manual de prática dos precedentes no processo civil e do trabalho.** São Paulo: LTr, 2018.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a civil law brasileira.** Interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2016.

RAMIREZ, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Dos requisitos ao reconhecimento da prescrição intercorrente no novo CPC – Comentários ao recurso especial nº 1.589.753/PR. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 43, n. 140, p. 399/417, junho 2016.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle. CPC: conclamamos a que olhemos o novo com os olhos do novo! **Revista Consultor Jurídico**, publicado em 17.03.2016, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/senso-incomum-cpc-conclamamos-olhemos-olhos>>. Acesso em: 06.02.2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas de padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, vol. 189, p. 9/52, nov. 2010.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Os prejudgados, as súmulas e o TST. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 14, n. 55, p. 83/100, jul./set. 1977.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 172, junho de 2009, p. 133.

A QUITAÇÃO DE DIREITOS DECORRENTES DO CONTRATO DE TRABALHO E O ACORDO EXTRAJUDICIAL DE RECONHECIMENTO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES PREVISTO NA MP Nº 905/2019 – PACIFICAÇÃO SOCIAL OU OBSTÁCULO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE AÇÃO?

André Monici Sabino¹

Resumo:

A necessidade de justiça e pacificação social, aliada à constante busca pela celeridade e efetividade da jurisdição, bem como racionalização dos recursos públicos, cada vez mais vem impulsionando a adoção de métodos alternativos e consensuais de solução de conflitos como forma de redução de litígios.

É nesta esteira que o artigo 14 da MP nº 905/2019 (Contrato de Trabalho Verde e Amarelo) estabelece o acordo extrajudicial para reconhecimento do cumprimento de obrigações trabalhistas como instituto hábil para quitação das verbas trabalhistas decorrentes do contrato de trabalho. Assim, como introdução ao cerne da questão, antes que se efetive o confronto das disposições da referida norma à *ratio* do acordo extrajudicial previsto no art. 855-B da CLT, a análise da evolução legislativa e jurisprudencial sobre a quitação revela-se essencial para compressão dos seus contornos.

Além disso, pretende-se analisar se o aludido acordo extrajudicial atende aos pressupostos básicos de validade e existência inerentes a todo e qualquer negócio jurídico em questão. Ainda, o exame de dados divulgados pelo IBGE associado à pesquisa das estatísticas processuais fornecidas pelo Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça; e pelo Relatório Geral da Justiça do Trabalho, do Tribunal Superior do Trabalho nos fornecem substratos para a formulação de uma reflexão sobre os desafios impostos para a redução dos litígios trabalhistas em uma sociedade estruturalmente marcada pelo descumprimento das normas laborais.

¹ Advogado trabalhista. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC/Campinas (2012) e pela Universidade de São Paulo - USP/Largo São Francisco (2019). Mestrando em Economia Social e do Trabalho pela UNICAMP.

Por fim, discute-se se tal ferramenta é útil e adequada para consecução da pacificação social, ou se consubstancia-se em obstáculo ao direito fundamental de ação esculpido no art. 5º, LXXVIII, da CF/88.

Palavras-chave: quitação; acordo extrajudicial; litígio; litigiosidade; redução.

1. INTRODUÇÃO

Após as profundas alterações na legislação trabalhista promovidas pelas Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, o atual Poder Executivo, valendo-se da prerrogativa lançada pelo art. 62, caput, da CF/88, editou a MP nº 905/2019, a qual também promove uma série de modificações nas normas trabalhistas.

Dentre as novas proposições editadas (até o momento pendente de aprovação no Congresso Nacional), destaca-se no presente estudo a prevista no art. 14 da referida medida: o acordo extrajudicial de reconhecimento de cumprimento de obrigações trabalhistas. Direcionada ao denominado “Contrato de Trabalho Verde e Amarelo”, o instituto faz remissão ao disposto no art. 855-B da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), e visa, expressamente, a redução dos litígios trabalhistas.

A disposição transcrita no dispositivo em comento sugere um aprofundamento científico crítico, pois além de envolver questões jurídicas relevantes para o Direito do Trabalho, também incita discussões significantes no que diz respeito ao mercado de trabalho brasileiro, estruturalmente marcado por reiterado descumprimento de direitos trabalhistas mínimos².

Assim, além de traçar análises gerais a respeito do instituto de quitações de obrigações trabalhistas e seus efeitos sobre o contrato de trabalho, bem como a evolução legislativa e o histórico jurisprudencial evidenciados, respectivamente, na Lei nº 13.467/2017 e nas Súmulas nº 41 e nº 330 do Tribunal Superior do Trabalho; é preciso realizar um exame detalhado do que é estabelecido sobre a matéria no âmbito da MP nº 905/2019, e

2 KREIN, José Dari; ABÍLIO, Ludmila; FREITAS, Paula; BORSARI, Pietro; CRUZ, Reginaldo. Flexibilização das relações de trabalho: insegurança para os trabalhadores. In: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luis (Org.). Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018. p. 95-122.

contextualizar o conteúdo das suas disposições à própria *ratio* do acordo extrajudicial previsto no art. 855-B da CLT.

Em seguida, se examinará se o reconhecimento genérico do cumprimento de obrigações trabalhistas por meio de acordo extrajudicial é instrumento hábil e adequado para quitação das verbas decorrentes do contrato de trabalho, bem como a amplitude dos seus efeitos. Para tanto, a análise dos pressupostos básicos de validade e existência que envolvem toda e qualquer transação demonstra-se essencial para se perquirir a eficácia do negócio jurídico em questão.

Superada tal análise, o estudo apontará se o instituto em comento é dotado da capacidade de efetivamente reduzir os litígios trabalhistas no atual contexto econômico-social de crescente informalidade, desemprego, subocupação, congelamento dos salários, recrudescimento do movimento sindical e desestímulo à negociação coletiva. Para tanto, demonstra-se essencial a pesquisa dos assuntos mais demandados na Justiça do Trabalho, por meio do exame do Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça; e do Relatório Geral da Justiça do Trabalho, da Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST.

Por fim, o estudo pretende expor uma reflexão sobre os desafios impostos para a redução dos litígios trabalhistas, e quais são as perspectivas para melhora do cenário de alta litigiosidade presente no Judiciário brasileiro; encaminhando-se a discussão para a conclusão se o acordo extrajudicial de reconhecimento de cumprimento de obrigações trabalhistas representa ferramenta útil à pacificação social, ou se consubstancia-se em obstáculo ao direito fundamental de ação esculpido no art. 5º, LXXVIII, da CF/88.

2. A QUITAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E NA LEI Nº 13.467/2017.

A quitação revela-se como uma das modalidades mais eficazes de extinção das obrigações, uma vez que pressupõe a resolução do negócio jurídico em virtude do adimplemento, nos termos do art. 319 do CC.

No período anterior à edição da Lei nº 13.467/2017, a quitação das verbas decorrentes do contrato de trabalho era reservada para o momento da rescisão contratual; e para que o instrumento rescisório tivesse validade, o art. 477, §1º, da CLT exigia assistência e

homologação do sindicato da categoria profissional nos vínculos com duração superior a um ano.

A par de tais formalidades, a principal controvérsia repousava na eficácia liberatória do recibo firmado pelo sindicato, uma vez que a Súmula nº 41 do TST tão somente estabelecia que a quitação abrangia os “valores” discriminados no respectivo documento. Assim, discutia-se se o instrumento rescisório tinha efeito liberatório em relação a todas as parcelas contratuais indiscriminadamente ou somente quanto àquelas que são decorrentes da rescisão do contrato de trabalho.

A celeuma havia sido pacificada com a edição da Súmula nº 330 do TST entre 1993 e 1994, segundo a qual, observado todos os requisitos de validade, a quitação tem eficácia liberatória somente em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo. Ou seja, não haveria que se falar em quitação ampla e geral das verbas relativas ao contrato de trabalho, de maneira que o empregado estaria autorizado a pleitear outras verbas não consignadas no instrumento rescisório, ou, se realizada ressalvas, diferenças daquelas constantes do recibo.

A Lei nº 13.467/2017, por sua vez, reviu alguns aspectos formais da rescisão contratual. Dentre eles, a assistência sindical para homologação da rescisão contratual deixou de ser obrigatória até mesmo para os contratos de trabalho com duração superior a um ano, devido à revogação do art. 477, §1º, da CLT. Não obstante, a referida norma trouxe a possibilidade de se firmar termo de quitação anual de obrigações trabalhistas perante o sindicato dos empregados da categoria, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas (art. 507-B, CLT). Assim, pretendeu-se que a quitação das verbas trabalhistas não ficasse limitada ao momento da rescisão contratual.

Paralelamente, a Reforma Trabalhista autorizou, ainda, a celebração e formalização de acordo extrajudicial, nos termos do art. 855-B da CLT. A par dos requisitos exigidos para homologação do acordo extrajudicial, salienta-se que as normas esculpidas entre os arts. 855-B a 855-E da CLT não restringem quais verbas trabalhistas podem ser objeto do acordo (se se limitam à análise das verbas rescisórias e/ou outras verbas contratuais), ou tampouco estabelecem a amplitude dos seus efeitos liberatórios.

Assim, não bastasse o art. 855-B da CLT trazer à tona novas discussões acerca da amplitude da eficácia liberatória do acordo extrajudicial, a MP nº 905/2019, ao inaugurar a possibilidade de reconhecimento de cumprimento de obrigações por meio de acordo

extrajudicial, amplia a controvérsia acerca do instituto da quitação, tornando imprescindível uma análise mais atenta sobre os termos do acordo extrajudicial e as questões que envolvem a quitação das obrigações trabalhistas.

3. A QUITAÇÃO NA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 905/2019

O art. 14 da MP nº 905/2019, como sua própria ementa sugere, visa a “quitação de obrigações para reduzir litígios”, e reforça o estabelecido no art. 855-B da CLT ao facultar ao empregador a comprovação, perante a Justiça do Trabalho, de “acordo extrajudicial de reconhecimento de cumprimento das suas obrigações trabalhistas para com o trabalhador”.

A priori, ao realizar a remissão ao art. 855-B da CLT, nos parece que a intenção do legislador é de, precipuamente, submeter o recibo de quitação das parcelas rescisórias trabalhistas à homologação pela Justiça do Trabalho. Entretanto, o art. 14 da MP nº 905/2019 não prima pela melhor redação, fazendo-nos questionar o que efetivamente seria um “acordo extrajudicial de *reconhecimento* de cumprimento de obrigações trabalhistas” (grifo nosso).

Devido à omissão das normas trabalhistas em relação aos elementos de validade do negócio jurídico, bem como sobre os efeitos da transação, o acordo extrajudicial previsto no art. 855-B da CLT deve ser interpretado conforme as regras do direito comum (art. 8º, §1º, CLT). Isso significa que além de a transação estar livre dos defeitos jurídicos enumerados nos arts. 138 a 165 do Código Civil, esta deve envolver concessões mútuas, conforme art. 840 deste mesmo diploma legal.

Neste sentido, um acordo extrajudicial que submeta o credor a erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão, fraude contra credores; ou que não estabeleça concessões recíprocas (característica essencial de toda e qualquer transação), está em claro desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva (art. 422, CC), que deve nortear todo e qualquer negócio jurídico.

Assim, o acordo extrajudicial que visa única e tão somente o reconhecimento de quitação de obrigações trabalhistas, sem o estabelecimento de qualquer contrapartida ou concessões recíprocas, desvirtua o próprio sistema jurídico, ofende o princípio da boa-fé objetiva, e, ao invés de se prestar a fortalecer a pacificação social, apenas incentiva a prática de fraudes e obstaculiza o acesso à justiça.

Outrossim, observa-se que o art. 14 da MP nº 905/2019 tergiversa a própria *ratio* do art. 855-B da CLT, pois o reconhecimento genérico do cumprimento de obrigações trabalhistas não envolve nenhuma concessão recíproca, característica essencial de qualquer transação. A situação descrita pela norma se aproxima da renúncia, pois ao pretender dar quitação a direitos decorrentes do contrato de trabalho sem que exista qualquer contrapartida nos termos do acordo, coloca a vontade de uma das partes ao puro arbítrio da outra, o que é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 122, CC).

O que se pretende expressar é que o acordo extrajudicial que prevê apenas o reconhecimento de cumprimento de obrigações trabalhistas não se presta como instrumento jurídico adequado para conferir quitação das obrigações trabalhistas, sobretudo quando persegue a quitação ampla e geral dos direitos decorrentes do contrato de trabalho, pois além de não envolver concessões recíprocas, há a potencial possibilidade de o trabalhador não haver percebido, no momento do pactuado, o inadimplemento contratual de outras parcelas trabalhistas, a exemplo de doenças ocupacionais que se manifestam no período pós-contratual.

Outrossim, vale ressaltar que quando pretendeu autorizar a quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes do contrato de trabalho, o legislador o fez pela previsão expressa no art. 477-B da CLT (referente ao Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva), impondo uma série de exigências formais para sua validade, dentre elas a participação do sindicato da categoria profissional.

Ademais, ainda que se possa considerar o instituto previsto no art. 14 da MP nº 905/2019 como adequado, há que se perquirir se as disposições da referida norma são efetivamente capazes de cumprir ao objetivo de redução dos litígios trabalhistas, conforme preconizado na ementa da regra em comento.

4. A BUSCA PELA REDUÇÃO DE LITÍGIOS

De acordo com o Relatório Justiça em Números 2019³, em 2018 foi registrada a tramitação de 78,7 milhões de processos; número que representa uma diminuição em cerca de

³ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 14 jan. 2020.

um milhão de processos em relação a 2017. A Justiça do Trabalho, por si só, respondeu pela redução de 861 mil novos processos.

Esta redução era prevista e dada como certa em função da vigência da Lei nº 13.467/2017 a partir de novembro daquele ano, que dentre inúmeras alterações no direito material do trabalho, promoveu alterações substanciais no processo do trabalho, como: a necessidade de liquidação dos pedidos na petição inicial, mesmo na hipótese de procedimento ordinário (art. 840, § 1º, CLT); a maior rigidez na comprovação dos requisitos para obtenção dos benefícios da justiça gratuita (art. 790, §§3º e 4º, CLT); a possibilidade de condenação do reclamante ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais (art. 791-A, CLT) e de honorários periciais (art. 790-B, CLT) – ainda que beneficiário da justiça gratuita.

A necessidade de justiça e pacificação social – questão fundamental em uma sociedade desigual como a brasileira - aliada à constante busca pela celeridade e efetividade da jurisdição, bem como a racionalização dos recursos públicos, impulsionam a implementação de institutos alternativos e consensuais de solução de conflitos.

Neste sentido, até o advento da Lei nº 13.467/2017, não havia (ao menos no arcabouço jurídico trabalhista) permissivo legal para a realização de homologação de transação extrajudicial, e, ainda assim, de acordo com as estatísticas divulgadas pela Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho⁴, nos 12 meses anteriores à edição da referida lei, houve 2.356 casos registrados dessa ação. Em decorrência do previsto nos arts. 855-B a 855-E da CLT, entre setembro de 2018 e setembro de 2019, registrou-se 44.875 ações desta natureza, configurando um aumento de 1.804,7%.

Por sua vez, a redução da litigiosidade não pode ser incentivada e observada exclusivamente pela óptica do fomento à utilização de métodos alternativos e consensuais de solução de conflitos. É preciso analisar e compreender que a litigiosidade é consequência inerente de um mercado de trabalho estruturalmente marcado pelo desemprego, alta rotatividade no emprego, informalidade e descumprimento reiterado de direitos trabalhistas mínimos.

Neste diapasão, vale destacar alguns dados divulgados pelo IBGE⁵ na última PNAD-Contínua, referente ao 3º trimestre de 2019. Registrou-se uma taxa de desocupação de 11,8% da população brasileira; e, dentre as ocupadas, 11.838.000 de pessoas trabalham sem

4 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/corregedoria/estatisticas-da-justica-do-trabalho>>. Acesso em 14 jan. 2020.

5 Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/pnadct/tabelas>>. Acesso em 14 jan. 2020.

carteira assinada, 24.434.000 por conta própria, e 33.075.000 trabalham com carteira assinada. E neste particular, ressalta-se que o contingente de trabalhadores sem carteira assinada e por conta própria superou o de pessoas com emprego formal justamente no ano em que a Reforma Trabalhista foi aprovada, conforme demonstra a tabela abaixo:

ANO ⁶	Nº DE PESSOAS COM CARTEIRA ASSINADA (mil pessoas)	Nº DE PESSOAS SEM CARTEIRA ASSINADA (mil pessoas)	Nº DE TRABALHADORES POR CONTA PRÓPRIA
2012	34.752	10.907	20.508
2013	35.889	10.657	21.167
2014	36.350	10.420	21.637
2015	35.268	9.975	22.790
2016	33.894	10.457	22.021
2017	33.237	11.056	23.110
2018	32.942	11.488	23.775
2019	33.075	11.838	24.434

Fonte: tabulação própria dos dados obtidos em (IBGE, 2019)

Ademais, o perfil das ações trabalhistas e os pedidos mais comuns formulados na Justiça do Trabalho também impõem um aprofundamento sobre a alegada redução da litigiosidade judicial.

Conforme o Relatório Justiça em Números 2019⁷, “rescisão do contrato de trabalho/verbas rescisórias” é o assunto que mais ocupa a Justiça do Trabalho, correspondendo a 11,37% e 13,91% dos processos em primeiro e segundo graus, respectivamente.

Ainda, de acordo com o Ranking dos Assuntos mais Recorrentes da Justiça do Trabalho de 2019, elaborado pela Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST⁸, os seis pedidos mais demandados do total de 3.165.606 processos ajuizados entre janeiro e novembro

6 Os dados referem-se ao último trimestre de cada ano; à exceção de 2019, cujos dados mais recentes aludem ao 3º trimestre.

7 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 14 jan. 2020.

8 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>>. Acesso em 15 jan. 2020.

de 2019⁹ são: aviso prévio (600.430 processos), multa de 40% do FGTS (518.266 processos), multa do art. 477 da CLT (509.883 processos), multa do art. 467 da CLT (403.313 processos), férias proporcionais (384.840 processos) e décimo terceiro salário proporcional (370.490 processos). Há que se notar, ainda, a presença da denominação genérica de “verbas rescisórias/saldo de salário” em 13º lugar (264.071 processos) e “verbas rescisórias” em 14º lugar (230.516 processos).

O Relatório Geral da Justiça do Trabalho das edições de 2018¹⁰, 2017¹¹, 2016¹² também apontam aviso prévio, multa do art. 477 da CLT, multa do art. 467 da CLT, férias proporcionais e décimo terceiro salário proporcional como os seis pedidos mais recorrentes na Justiça do Trabalho, na respectiva ordem.

Sendo certo que as verbas rescisórias são devidas tanto nos contratos por prazo indeterminado quanto nos por prazo determinado (ressalvando-se, é claro, as parcelas típicas que são devidas em cada modalidade de contrato e rescisão contratual), o fato deste assunto ser frequentemente o mais demandado na Justiça do Trabalho deixa evidente o reiterado descumprimento dos direitos trabalhistas.

Desta feita, o que se pretende evidenciar é que não basta disponibilizar métodos alternativos de solução de conflito, a exemplo do “acordo extrajudicial de reconhecimento de cumprimento de obrigações trabalhistas”, para promover a redução dos litígios. É preciso reconhecer, a bem da verdade, que a inadimplência sistemática dos direitos trabalhistas - o que, como visto, ocorre até mesmo com direitos incontroversos como as verbas rescisórias - é o principal agente catalisador do número de ações que tramitam no Judiciário trabalhista.

Ademais, se a legislação trabalhista fosse efetivamente cumprida na realidade, a postulação de direitos incontroversos não precisaria ser levada à apreciação judicial e ocupar advogados, servidores e magistrados com questões que poderiam ser solucionadas sem apelo ao Judiciário. A prestação jurisdicional teria, assim, melhores condições de se dedicar a solucionar, mais atentamente, as demandas que envolvem questões controversas e juridicamente mais complexas, as quais seriam decididas de forma mais célere, justa e efetiva,

9 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/e175064c-8e81-0e9e-6165-98886cb8511d>>. Acesso em 15 jan. 2020.

10 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/24641384/Relatório+Analítico+2018/80a3fb9b-ca42-dd32-2a7d-89f3092627b7>>. Acesso em 15 jan. 2020.

11 Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/143709>>. Acesso em 15 jan. 2020.

12 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/5a3b42d9-8dde-7d80-22dd-d0729b5de250>>. Acesso em 15 jan. 2020.

conforme esculpido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

5. DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Anteriormente à Reforma Trabalhista, os críticos da legislação trabalhista alegavam que as normas tidas por “arcaica”, “protetiva”, “corporativista” não traziam “segurança jurídica” para as partes envolvidas na relação de trabalho. Associada a outros argumentos, a “segurança jurídica” foi um dos grandes motes divulgados para a aprovação da Lei nº 13.467/2017, e assim continua sendo até a edição da MP nº 905/2019.

Por sua vez, o cenário que se apresenta na realidade é diametralmente oposto. Não bastasse as Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, bem como a MP nº 881/2019 – “MP da Liberdade Econômica” estarem com diversas disposições com constitucionalidade questionada no STF, por meio de dezenas de ações declaratórias de inconstitucionalidade; a Medida Provisória nº 905/2019 também é objeto de arguição de inconstitucionalidade na Suprema Corte (vide ADI nº 6261, ADI nº 6265 e ADI nº 6267).

O primeiro desafio que se coloca em questão é o de dar efetividade aos direitos trabalhistas mínimos. Como visto, cerca de 13% dos processos trabalhistas discutem o recebimento de verbas rescisórias, inerentes a qualquer trabalho com carteira registrada. Para tanto, em que pese o incentivo à utilização de métodos alternativos de solução de conflito constituir parte importante na superação da litigiosidade cultural brasileira, o fortalecimento das instituições públicas e privadas que fiscalizam, ordenam e aplicam as normas trabalhistas deve ser visto como principal meio para se enfrentar tal problema.

Outro passo importante no enfrentamento da questão é apreender, definitivamente, que o contrato de trabalho é pautado pelo princípio da primazia da realidade sobre a forma; ou seja, o contrato de trabalho emerge e é guiado, precipuamente, pelos fatos.

Neste sentido, o que se pretende demonstrar com tal afirmação é que a existência de um documento formal que aponta o cumprimento de obrigações trabalhistas, por si só, não prova a materialidade do que está registrado ali. É possível, hipoteticamente, que um documento afirme o adimplemento de verbas rescisórias que nunca se concretizou, ou que fora realizado de maneira errônea. Assim, na prática, efetivamente pouco importará para a

redução de litígios se a legislação continuar sendo reiteradamente descumprida, a exemplo de um instrumento de quitação que, em verdade, nunca se materializou.

Ademais, o Poder Judiciário não pode ser utilizado como órgão de mera chancela de rescisões contratuais, substituindo um papel que era satisfatoriamente desempenhado há décadas pelas entidades sindicais. Em nossa opinião, na hipótese de o acordo extrajudicial previsto no art. 14 da MP nº 905/2019 envolver única e exclusivamente o reconhecimento genérico de cumprimento de obrigações trabalhistas, há de se reconhecer a falta de interesse processual das partes - condição da ação que deve ser observada até mesmo nos processos de jurisdição voluntária - , o que culminaria, inevitavelmente, na extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI, CPC.

Como se vê, os desafios impostos para a redução dos litígios trabalhistas são complexos e variados; e as perspectivas para melhora do cenário repousam não apenas no incentivo à utilização de métodos alternativos e consensuais de solução dos conflitos, mas, principalmente, no cumprimento da legislação trabalhista, no fortalecimento das instituições públicas e privadas de fiscalização, regulação e aplicação das normas trabalhistas.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Transcorridos dois anos da vigência da Lei nº 13.467/2017, verifica-se o insucesso das promessas de segurança jurídica e de criação de milhões de empregos. São dezenas de ações diretas de inconstitucionalidade tramitando no Supremo Tribunal Federal, e o índice de desemprego alcançando níveis alarmantes. Pode-se afirmar, portanto, que um dos poucos “êxitos” almejados pela Reforma Trabalhista repousa na redução dos litígios trabalhistas.

Por sua vez, há que salientar que a redução dos litígios não se deve ao efetivo cumprimento das normas trabalhistas, ou, tampouco, pelo fortalecimento da fiscalização do trabalho. O objetivo foi alcançado em decorrência de institutos que inibem o ajuizamento ou potencializam os riscos de fracasso da reclamação trabalhista, a exemplo da maior rigidez na comprovação dos requisitos para obtenção dos benefícios da justiça gratuita (art. 790, §§3º e 4º, CLT), da possibilidade de condenação do reclamante ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais (art. 791-A, CLT) e de honorários periciais (art. 790-B, CLT).

Ainda assim, no que diz respeito ao número de novos casos ajuizados na Justiça do Trabalho, a comparação dos dados oficiais entre o período anterior à Reforma Trabalhista e anos seguintes, demonstra que a redução de ações não chega a ser tão espantosa. Em 2016

foram recebidos, em primeira e segunda instância, 3.957.179 processos¹³; em 2017, 3.963.109¹⁴; em 2018, 3.215.804¹⁵; e de janeiro-novembro de 2019, 3.165.606¹⁶.

Neste sentido, pode-se concluir que, ainda que os novos ônus processuais impostos à parte reclamante tenham contribuído diretamente para a diminuição do número de novos casos colocados à apreciação do Judiciário Trabalhista, o histórico de reiterado descumprimento das normas laborais mantém a litigiosidade em níveis consideravelmente elevados.

A criação ou utilização dos métodos alternativos e consensuais de solução de conflitos já existentes certamente podem ajudar na árdua missão de pacificação social e, conseqüentemente, decréscimo no número de ações ajuizadas; contudo, é preciso analisar com cautela os efeitos que podem advir do uso indiscriminado e irresponsável dessas ferramentas. O grande número de ações, a gradual perda de servidores e magistrados ativos sem possibilidade de reposição, e a constante cobrança do Conselho Nacional de Justiça por produtividade não podem servir de justificativa para a implementação de métodos que comprometem a efetivação de direitos trabalhistas fundamentais.

Aceitar a utilização do acordo extrajudicial unicamente para mero reconhecimento de cumprimento de obrigações trabalhistas, e com isso pretender a quitação restrita ou irrestrita das verbas decorrentes do contrato de trabalho, significa tergiversar a própria concepção do que significa um acordo: uma transação que envolve concessões mútuas. Em verdade, a situação descrita se aproxima da renúncia.

Além disso, ao envolver única e exclusivamente o reconhecimento genérico de cumprimento de obrigações trabalhistas, não há, em nosso sentir, sequer interesse processual das partes. Analogicamente, equivaleria, ao final de um contrato de locação, submeter os recibos de aluguel à apreciação do magistrado com a única intenção de que este diga que nada mais é devido. Não há lide. Não é essa a função típica do Poder Judiciário.

Desta feita, se o acordo extrajudicial de reconhecimento de cumprimento de obrigações trabalhistas for considerado válido, e, portanto, levado a efeito; estaremos criando

13 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/c1be74b3-698d-1eac-48e9-cea6e0ba5610>>. Acesso em 16 jan. 2020.

14 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/69bef26d-144a-7515-3342-d0a1f961c837>>. Acesso em 16 jan. 2020.

15 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/23408293/Ano+de+2018.pdf/266a7b60-6210-27c1-cf56-153258f89ccb>>. Acesso em 16 jan. 2020.

16 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>>. Acesso em 16 jan. 2020.

um obstáculo ao direito fundamental de ação enquanto, iludidos, acreditamos estar solucionando conflitos e atingindo a pacificação social.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. DOU, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessos em 14, 15 e 16 jan. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. DOU, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acessos em 14, 15 e 16 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. DOU, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessos em 14, 15 e 16 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. DOU, Brasília: 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acessos em 14, 15 e 16 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. DOU, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acessos em 14, 15 e 16 jan. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 905, de 11 de novembro de 2019**. Institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, altera a legislação trabalhista, e dá outras providências. DOU, Brasília, republicado em 12 nov – edição extra. 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv905.htm>. Acessos em 14, 15 e 16 jan. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. p. 79, 204-206. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 14 jan. 2020.

KREIN, José Dari; ABÍLIO, Ludmila; FREITAS, Paula; BORSARI, Pietro; CRUZ, Reginaldo. Flexibilização das relações de trabalho: insegurança para os trabalhadores. In: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luis (Org.). **Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil**. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018. p. 95-122.

SISTEMA IBGE DE RECUPERAÇÃO AUTOMÁTICA – SIDRA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Trimestral - PNADC/T**. IBGE, 2019. Disponível em: <<https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/pnadct/tabelas>>. Acesso em 14 jan. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. Assuntos Mais Recorrentes na JT. **Ranking dos Assuntos mais Recorrentes na Justiça do Trabalho**. Brasília: TST, 2019. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/assuntos-mais-recorrentes>>. Acesso em 15 jan. 2020

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/5a3b42d9-8dde-7d80-22dd-d0729b5de250>>. Acesso em 15 jan. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2017**. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/143709>>. Acesso em 15 jan. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2018**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/24641384/Relatório+Analítico+2018/80a3fb9b-ca42-dd32-2a7d-89f3092627b7>>. Acesso em 15 jan. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho. Ano de 2016**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/18640430/c1be74b3-698d-1eac-48e9-cea6e0ba5610>>. Acesso em 16 jan. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho. Ano de 2017.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/69bef26d-144a-7515-3342-d0a1f961c837>. Acesso em 16 jan. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho. Ano de 2018.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/23408293/Ano+de+2018.pdf/266a7b60-6210-27c1-cf56-153258f89ccb>. Acesso em 16 jan. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. **Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho. Ano de 2019 (até novembro).** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>. 16 jan. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. **Estatísticas da Justiça do Trabalho.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/corregedoria/estatisticas-da-justica-do-trabalho>>. Acesso em 14 jan. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Jurisprudência. **Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho.** Brasília: TST, 2019. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em 14 jan. 2020.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS:

Diálogo entre o CPC e o art. 791-a da CLT

Arnaldo Boson Paes*

Resumo:

O presente artigo objetiva analisar o novo regime de honorários advocatícios aplicáveis na Justiça do Trabalho a partir da inserção do art. 791-A à CLT pela Lei nº 13.467/2017. Almeja interpretar o novo modelo de honorários advocatícios a partir da melhor luz que se extrai das disposições constitucionais e do processo civil, observando os princípios e limites específicos do processo do trabalho. Por meio do exame paralelo das normas do CPC e da CLT, tendo como premissa a relação de circularidade existente entre o direito material e o direito processual, intentará contribuir para a concepção de um modelo de honorários advocatícios de sucumbência que garanta o livre acesso à justiça, assegure a assistência judiciária gratuita e contribua à efetividade dos direitos trabalhistas.

Palavras-chave:

Honorários advocatícios. Justiça do Trabalho. Sucumbência parcial.

1. Introdução

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

Interpretação literal tem conduzido segmentos justralhistas a proclamar que as novas disposições legais implicariam a instituição generalizada de honorários sucumbenciais recíprocos, proporcionais, dedutíveis dos créditos trabalhistas obtidos em juízo e devidos independentemente do deferimento da justiça gratuita¹. Decorreria dessa compreensão

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

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

tratamento mais rigoroso ao sucumbente na esfera trabalhista, desconsiderando o necessário diálogo de complementaridade entre os microsistemas do processo civil e do processo do trabalho.

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

Além de as disposições do art. 791-A da CLT não poderem ser compreendidas sem o confronto com o texto constitucional, igualmente necessário submetê-las aos diversos métodos de interpretação jurídica, em especial ao método sistemático. Isso porque “as normas jurídicas e o próprio diploma normativo têm de ser integrados ao conjunto normativo mais amplo a que pertençam, sob pena de exalarem certos exotismo e desarmonia, que são incompatíveis com o caráter sistemático, lógico e racional do fenômeno jurídico”².

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

Assim, o presente artigo objetiva analisar o novo regime de honorários advocatícios aplicáveis na Justiça do Trabalho a partir da melhor luz que se extrai das disposições constitucionais e do processo civil, observando os princípios e limites específicos do processo do trabalho. Por meio do exame paralelo das normas do CPC e da CLT, tendo como premissa a relação de circularidade existente entre o direito material e o direito processual⁴, intentará

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

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

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

contribuir para a concepção de um modelo de honorários advocatícios de sucumbência que garanta o livre acesso à justiça, assegure a assistência judiciária gratuita e contribua à efetividade dos direitos trabalhistas.

2. A Lei nº 13.467/2017 e a garantia do acesso à justiça

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

Como se sabe, diversos dispositivos contidos na Lei nº 13.467/2017 são objeto de ações declaratórias de inconstitucionalidade pendentes de análise no Supremo Tribunal Federal. Em relação ao tema da gratuidade da justiça, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a ADI 5766, formulando pedido de suspensão da eficácia em relação aos seguintes dispositivos: i) da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, inserida no *caput*, e do § 4º do art. 790-B da CLT; ii) da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”, no § 4º do art. 791-A da CLT; e iii) da expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita”, no § 2º do art. 844 da CLT.

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

judiciais, em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.

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

Após esses dois votos, o julgamento da ADI foi suspenso em razão de pedido de vista antecipada dos autos do Ministro Luiz Fux. Inconcluso o julgamento, perplexidades e incertezas persistem. Mas a eventual superveniência de julgamento pela Suprema Corte não terá o condão de solucionar diversas questões processuais desencadeadas pela Lei nº 13.467/2017. Diversos aspectos relacionados à aplicação concreta na prática judicial das novas disposições legais continuarão a exigir ampla e profunda reflexão dos operadores jurídicos, de modo a construir respostas adequadas, legítimas e justas para o sensível tema do acesso do hipossuficiente à Justiça do Trabalho.

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

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

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

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

Isso porque a compreensão dos enunciados contidos na Lei nº 13.467/2017 submete-se necessariamente ao filtro constitucional. Como as normas processuais infraconstitucionais objetivam concretizar as disposições constitucionais, há entre elas uma relação de reciprocidade, de modo que “o conteúdo da norma inferior deve corresponder ao conteúdo superior, assim e ao mesmo tempo em que o conteúdo da norma superior deve exteriorizar-se pelo conteúdo da norma inferior”⁷. Assim, os novos textos legais sobre honorários advocatícios somente adquirem sentido e concretude quando confrontados com as garantias constitucionais do processo, definindo-se a partir daí a norma jurídica que deles se extrai e que deve ser aplicada aos casos concretos.

Nesse contexto, as barreiras levantadas ao acesso à Justiça do Trabalho pela Lei nº 13.467/2017 devem ser removidas por meio do exercício por juízes e tribunais de seu papel criativo e normativo, recorrendo a diversos mecanismos disponíveis, a exemplo do controle de

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

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

constitucionalidade, da interpretação conforme a Constituição, do controle de convencionalidade (CF, art. 5º, § 2º) e da interpretação lógico-racional, sistemática e finalística. Como texto e norma não se confundem, pois esse é o resultado da interpretação de todo o sistema normativo, impõe-se a construção e a reconstrução dos sentidos das disposições do art. 791-A da CLT, de modo a assegurar um sistema de justiça “igualmente acessível a todos” e que “deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”⁸.

3. Honorários advocatícios de sucumbência no CPC

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

O art. 791-A da CLT altera substancialmente a sistemática até então vigente no processo do trabalho, mas não disciplina diversas hipóteses tratadas pelo CPC. A Instrução Normativa TST nº 39/2016, que dispõe sobre as normas do CPC/2015 aplicáveis e inaplicáveis ao processo do trabalho, é inteiramente omissa quanto à aplicação ou não de normas do CPC sobre honorários advocatícios. Por sua vez, a IN TST nº 41/2018, ao dispor sobre a aplicação das normas processuais da CLT alteradas pela Lei nº 13.467/2017, limitou-se a estabelecer que o novo regime de honorários advocatícios aplica-se apenas aos processos iniciados após 11/11/2017¹⁰, data da vigência da nova lei, nada dispondo sobre a aplicação de normas contidas no processo civil¹¹.

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

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

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

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

Evidencia-se manifesta insuficiência da CLT no tratamento da matéria, mas essa incompletude não significa que o processo laboral passe a assimilar o princípio da sucumbência de forma incondicionada. Observada a exigência de compatibilidade com as regras e a principiologia do processo do trabalho, aplicam-se as disposições do processo civil acerca dos honorários advocatícios de sucumbência, procedendo-se às adaptações necessárias a fim de atender às especificidades do processo do trabalho.

Admitida a aplicação do CPC, os honorários advocatícios sucumbenciais decorrem da atribuição legal ao vencido da obrigação pelo custo financeiro do processo. Corresponde à verba que uma das partes deve desembolsar a outra pelas despesas suportadas para remunerar seu próprio advogado na causa. Parte da premissa de que “o processo deve propiciar a quem tem razão a mesma situação econômica que ele obteria se as obrigações alheias houvessem sido cumpridas voluntariamente ou se seus direitos houvessem sido respeitados sem a instauração do processo”¹². Deriva do princípio da sucumbência, consagrado nos arts. 82, § 2º, e 85, *caput*, do CPC, de acordo com o qual o vencido pagará ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

O princípio da sucumbência está associado ao princípio da causalidade, mais abrangente, sendo a sucumbência simples aplicação específica, mas não a única. Assim, “a sucumbência não é assim mesmo um princípio, senão apenas um indicador do verdadeiro princípio, que é o da causalidade”, de modo que “responde pelo custo do processo aquele que haja dado causa a ele”¹³. Na maioria das vezes, o princípio da sucumbência é suficiente para definir a obrigação pelos custos do processo, na medida em que o sucumbente é geralmente aquele que deu causa à instauração do processo. Há casos, no entanto, em que a parte, mesmo vencida, não tem a obrigação de arcar com os custos do processo. “Isso acontece sempre que de algum modo o próprio vencedor haja dado causa ao processo”¹⁴.

O CPC/2015, diploma subsidiário e complementar à CLT, aperfeiçoou a disciplina dos honorários advocatícios sucumbenciais, trazendo em relação ao CPC/1973 um conjunto de inovações, alterações e supressões. Preserva o princípio da sucumbência (CPC, artigo 85, *caput*),

Arantes, DEJT 13/6/2019.

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

13 Ob. cit., p. 648.

14 Ob. cit., p. 648.

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

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

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

O CPC/2015, em outros parágrafos do art. 85, incorpora entendimentos jurisprudenciais já consagrados e traz também para seu bojo normas já existentes no ordenamento jurídico. Esclarece que os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, vedada a compensação dos

honorários (§ 14). Prevê também a possibilidade de ajuizamento de ação autônoma para a definição e cobrança de honorários advocatícios na hipótese de decisão transitada em julgado que tenha sido omissa quanto ao capítulo dos honorários ou ao seu valor (§ 16). Há ainda previsão do direito os advogados públicos ao recebimento dos honorários de sucumbência (§ 19).

Além destas novidades, o CPC/2015 inovou ao estabelecer serem devidos os honorários advocatícios na fase recursal. O propósito da inovação, além de remunerar o advogado pelo trabalho extra perante os tribunais, foi evitar a interposição de recursos protelatórios ou infundados. Estabelece a novel disposição que o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, sendo vedado, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os limites legais fixados para a fase de conhecimento, entre os quais o de 20% para as causas em geral (CPC, art. 85, §§ 1º e 11). A fixação de honorários advocatícios constitui dever do juiz e do tribunal, de sorte que a omissão deve ser suprida com o manejo de embargos de declaração¹⁵.

4. A gratuidade da justiça no CPC e na CLT

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

Na dicção do art. 790, § 3º, da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, o deferimento da gratuidade da justiça ao trabalhador dependeria de recebimento de "salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência

¹⁵ Constitui pedido implícito na petição inicial o de pagamento de honorários advocatícios (CPC, art. 322, § 1º). Assim já dispunha a Súmula nº 256 do STF: “É dispensável pedido expresso para condenação do réu em honorários, com fundamento nos arts. 63 ou 64 do Código de Processo Civil”.

Social". De acordo com o § 4º, "o benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo." Ocorre que, a partir da melhor luz que se extrai do art. 5º, LXXIV, da CF, que assegura a assistência judiciária gratuita e integral, as novas disposições celetistas devem ser interpretadas em conjunto com o disposto no art. 99, § 3º, do CPC.

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

No processo civil, a gratuidade da justiça isenta o beneficiário de pagar seu próprio advogado, mas não o da parte adversa, na medida em que a concessão não afasta a responsabilidade pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência (CPC, art. 98, § 2º). Vencido o beneficiário da justiça gratuita, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário (CPC, art. 98, § 3º).

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

credor, solução esta que, como se demonstrará adiante, há de ser aplicada igualmente ao processo do trabalho.

Em síntese, no processo civil o deferimento da assistência judiciária gratuita corresponde a um facilitador de acesso à justiça, afastando a responsabilidade provisória de arcar com a antecipação das despesas processuais. Mas isso não significa que o beneficiário ficará isento do pagamento das despesas ao final do processo (CPC, art. 98, § 2º). No processo do trabalho a lógica era diversa, pois não se tratava de mero facilitador do acesso à justiça, mas de isenção total do pagamento das despesas processuais (CLT, art. 790-A). A Lei nº 13.467/2017, no entanto, rompe com esse modelo, impedindo a obrigação de antecipação das despesas, mas afastando a isenção completa. Interpretado o texto legal em sua literalidade, o beneficiário da justiça gratuita teria que suportar as despesas com honorários periciais (CLT, art. 790-B, § 4º), honorários advocatícios (CLT, art. 791-A, *caput* e § 4º) e custas processuais (CLT, art. 844, § 2º)¹⁶.

5. O regime de honorários advocatícios anterior à inserção do art. 791-A à CLT

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

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

¹⁶ MIESSA, Élisson. *Normas processuais da reforma trabalhista – comentários à Instrução Normativa nº 41/2018 do TST*. Salvador: Juspodium, 2018, p. 76-77.

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

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

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

Outras hipóteses foram adicionadas. Passou-se a admitir a incidência de honorários advocatícios pela simples sucumbência na ação de indenização por danos materiais e morais

ajuizada pelo espólio, herdeiros ou sucessores do empregado falecido. Isso porque não há relação de emprego entre os envolvidos, apenas e tão somente o pedido tem origem naquela relação originária, não sendo possível exigir dos herdeiros e sucessores que venham a juízo assistido por sindicato da categoria profissional¹⁷.

No entanto, em linhas gerais, o regime de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho permaneceu vinculado à observância dos requisitos do art. 14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970. Nessa linha, a jurisprudência do TST firmou-se no sentido de serem incabíveis honorários em razão da aplicação subsidiária de normas insertas na Constituição Federal, Código de Processo Civil, Código Civil, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil ou Lei de Assistência Judiciária. Isso porque, segundo a Corte Superior Trabalhista, havendo regência legal específica a regular a matéria, não há como admitir a aplicação subsidiária desses diplomas normativos com o fim de tornar sustentável o direito à indenização para reparar perdas e danos oriundos da contratação de advogado particular¹⁸.

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

6. Os honorários de sucumbência nas disposições do art. 791-A da CLT

Com a redação conferida pela Lei nº 13.467/2017 ao art. 791-A, *caput* e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da CLT, interpretada apenas em sua literalidade, a condenação em honorários advocatícios no processo do trabalho teria passado genericamente a decorrer da mera sucumbência. O novel dispositivo estabelece que ao advogado são devidos honorários de sucumbência, fixados entre o

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

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

mínimo de 5% e o máximo de 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (*caput*). Esclarece que são igualmente devidos nas ações contra a Fazenda Pública, nas ações em que o sindicato atue como assistente ou substituto de sua categoria (§ 1º) e na reconvenção (§ 5º). Dispõe ainda que a fixação dos honorários advocatícios deve observar o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação dos serviços, a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado e o tempo exigido (§ 2º).

O novo dispositivo pretende instituir a sucumbência recíproca¹⁹, dispondo que “na hipótese de sucumbência recíproca, o juízo arbitrar os honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários” (§ 3º). A condenação alcançaria até mesmo o beneficiário da assistência judiciária gratuita, hipótese em que haveria a suspensão de sua exigibilidade pelos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado, salvo se obtidos créditos em juízo, ainda que em outro processo, que estariam sujeitos à retenção para quitação dos honorários advocatícios devidos em razão da sucumbência recíproca (§ 4º)²⁰.

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

19 A doutrina tem buscado estabelecer distinção entre sucumbência recíproca e sucumbência parcial, mas há entendimento de que “Não conduz a resultado prático algum a discussão sobre se é mais correto dizer sucumbência parcial ou sucumbência recíproca. Ambas as locuções são inteligíveis e razoáveis e, portanto, fungíveis”, conf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 650.

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

7. Causalidade vs. sucumbência: necessária complementação para compreensão do art. 791-A da CLT

A responsabilidade pelo pagamento das despesas do processo é determinada pela incidência de dois princípios complementares. O da sucumbência indica que o encargo é da parte vencida na pretensão objeto da demanda, decorrendo a responsabilidade, portanto, do fato objetivo da derrota na causa. O da causalidade, mais abrangente que o da sucumbência, indica que responde pelo custo financeiro do processo aquele que lhe haja dado causa, ensejando a judicialização do conflito²¹. Nesse caso, não se trata de atribuir ilicitude ao exercício do direito de ação ou de defesa, tampouco de onerar excessivamente a quem foi a juízo formular uma pretensão ou deduzir uma resistência²². Em certas situações, mesmo vencida, a parte não terá obrigação de pagar as despesas processuais, como na perda de objeto, quando serão devidas por quem deu causa ao processo (CPC, art. 85, § 10).

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

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

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

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

A aplicação do princípio da causalidade também se aplica nas hipóteses de clara indeterminação jurídica. Como se sabe, os textos legais não determinam completamente as decisões de juízes e tribunais, na medida em que o Direito compõe-se cada vez mais de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, como ocorre com categorias jurídicas como nexos de causalidade ou concausalidade, responsabilidade objetiva ou subjetiva do empregador e violação a direitos de personalidades. Em situações como estas, mas sobretudo nos “*hard cases*”, “*se no se encuentra el derecho, hay que inventarlo*”²³. Conquanto esse aspecto seja comum ao processo civil, sua desconsideração conduziria maior distorção no âmbito trabalhista, haja vista a incidência quase generalizada da condição de hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador.

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

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

Como as demandas trabalhistas são marcadas pela cumulação simples, com dedução de vários pedidos independentes, são frequentes as hipóteses de sucumbência recíproca. Nesses casos a decadência em parte mínima do pedido não deve considerar cada pedido isoladamente, mas compreendê-los em seu conjunto. Destarte, havendo acolhimento substancial dos pedidos, o

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

indeferimento de outros implica o reconhecimento de que uma das partes decaiu em parte mínima, de modo que à parte vencida deve ser atribuído integralmente o pagamento dos honorários advocatícios. Caberá o julgador, a partir das circunstâncias, considerando a totalidade do pedido, justificar o reconhecimento da sucumbência mínima²⁴.

O princípio da causalidade também se aplica às situações de acolhimento da parcela, mas em expressão numérica ou monetária inferior à postulada. Exemplificativamente, pleiteadas duas horas extras diárias, mas deferidas apenas uma, a hipótese não configura sucumbência recíproca. Nos casos em que a individualização ou a quantificação da pretensão, em decorrência de sua própria natureza, se torna muito difícil ou impossível, a incidência dos honorários advocatícios exige adequações, afastando-se a aplicação automática do regime da sucumbência recíproca, na medida em que o acolhimento do pleito, ainda que parcial, implica o reconhecimento de que o ajuizamento da ação trabalhista resultou de comportamento do demandado²⁵.

O princípio da causalidade deve ser interpretado considerando a própria natureza dos honorários advocatícios, que constituem, em si mesmos, a remuneração devida aos profissionais da advocacia. Em relação aos honorários sucumbenciais, “o que legitima a imposição dessa obrigação é o fato de o sujeito haver dado causa ao processo, com isso gerando para o adversário a necessidade de contratar patrono e pagar”²⁶. Nesse sentido, os honorários não são mero custo do processo para punir a procedência ou a improcedência da pretensão deduzida em juízo. Como se destinam à remuneração do trabalho realizado, a quantificação deve observar os parâmetros do § 2º do art. 791-A da CLT. Mas outros fatores devem ser considerados, entre os quais a particularidade de que a remuneração dos advogados de trabalhadores é vinculada ao proveito econômico obtido no processo, enquanto a remuneração dos advogados de empregadores, em geral, não depende do resultado da lide²⁷.

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

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

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

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

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

Na improcedência total ou extinção do processo sem resolução de mérito, nas hipóteses em que o trabalhador é o demandante, há entendimentos no sentido de que não incidiriam honorários advocatícios²⁸. Parte-se do argumento de que o art. 791-A da CLT não contém disposição semelhante à do § 6º do art. 85 do CPC, que determina a observância dos critérios dos §§ 2º e 3º para efeito de quantificação dos honorários nas situações de improcedência ou sentença sem exame do mérito. Essa omissão da CLT deveria ser interpretada como decorrente de opção do legislador celetista, resultado de um silêncio eloquente da lei. Não sendo o caso de lacuna normativa, não seria possível aplicar interpretação extensiva, o que afastaria a aplicação do § 6º do art. 85 do CPC.

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

28 Esta tese é defendida por DIAS, Carlos Eduardo Oliveira *et al.* *Comentários à lei da reforma trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 2018, p. 188.

8. Inaplicabilidade de retenção dos honorários advocatícios de crédito trabalhista obtido em juízo

O § 4º do art. 791-A da CLT interpretado isoladamente sugere que as obrigações decorrentes da sucumbência são exigíveis do trabalhador, “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”. Essa disposição, ao pretender instituir a possibilidade de desconto ou dedução dos honorários advocatícios sucumbenciais dos créditos obtidos pelo trabalhador em juízo, em qualquer processo, exige uma interpretação adequadamente conforme a Constituição da República, a partir das garantias do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV), da assistência jurídica integral e gratuita (CF, art. 5º, LXXIV) e da isonomia (CF, art. 5º, *caput*).

Pela literalidade do preceito, se o trabalhador receber créditos pela via judicial, por menores que sejam, por maior que seja sua debilidade econômico-financeira e por mais que não esteja em condições de arcar com os custos do processo sem comprometer sua subsistência e a de seus dependentes, ainda assim terá que pagar os honorários de sucumbência. Nesse caso, haveria a esdrúxula figura da “justiça gratuita paga”, em que o beneficiário da assistência jurídica gratuita e integral (CF, art. 5º, LXXIV) estaria obrigado a suportar os honorários advocatícios da parte adversa. Pela redação do art. 791-A, § 4º, da CLT, não se aplicaria sequer o regime da automática suspensão da exigibilidade previsto pelo CPC, art. 98, § 3º.

Como se sabe, as normas constitucionais servem para interpretar, bloquear e integrar as normas infraconstitucionais existentes. Não pode o aplicador da lei, em razão de suas preferências pessoais, desconsiderar, deixar de lado ou pular uma norma legal. Mas tem o dever de aferir sua compatibilidade com o modelo constitucional, afastando-a quando se tratar de norma inconstitucional, conferir-lhe interpretação conforme a Constituição ou atribuir-lhe interpretação lógico-racional, sistemática e finalística. A Constituição da República, ao instituir o Poder Judiciário e disponibilizar os instrumentos para o cidadão defender seus interesses em juízo, leva em consideração a real possibilidade de demandar, sem que a improcedência de pretensões implique gravosas condenações em honorários sucumbenciais como punição pelo exercício do direito de ação.

Os arts. 11 e 12 Lei nº 1.060/1950, revogados pelo CPC, art. 1.072, III, não contemplavam a possibilidade de o vencido arcar com as despesas com honorários advocatícios, mas já

considerava devidas as custas, prevendo, no entanto, a suspensão da inexigibilidade nos cinco anos subsequentes. A condenação em honorários sucumbenciais do beneficiário da justiça gratuita já está prevista no CPC, como se extrai do art. 98, § 2º, segundo o qual “a concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência”. Assim, a condenação dos beneficiários da justiça gratuita em honorários sucumbenciais, conquanto não se ajuste às especificidades do processo do trabalho, amolda-se às disposições do processo civil, sendo aplicável na Justiça do Trabalho.

Mas a imposição automática de desconto ou dedução dos honorários sucumbenciais em relação a créditos trabalhistas obtidos judicialmente, ainda que em outro processo, esteriliza na prática os efeitos da justiça gratuita (CF, art. 5º, LXXIV). Por inibir o trabalhador de ingressar em juízo diante do temor real e concreto de ter seu crédito alimentar constricto para pagar honorários sucumbenciais, também não se adéqua à garantia de acessibilidade à justiça (CF, art. 5º, XXXV).

Ademais, por conceber tratamento mais rigoroso ao sucumbente trabalhista, não se compatibiliza com o princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*). O CPC, no art. 98, § 3º, ao dispor sobre honorários sucumbenciais devidos pelo beneficiário da justiça gratuita, não cogita de desconto ou dedução. Prevê apenas que “vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário”.

Como se vê, o CPC, ao contemplar a suspensão automática da exigibilidade dos honorários advocatícios, sem autorizar a dedução ou desconto em relação ao crédito obtido em juízo, confere tutela jurídica superior àquela prevista na CLT. Nesse caso, à luz das garantias do art. 5º, *caput*, XXXV e LXXIV, da Constituição da República e a partir de uma interpretação lógico-racional, sistemática e finalística do sistema processual, aplica-se ao processo do trabalho a diretriz do art. 98, § 3º, do CPC, garantindo-se a suspensão da exigibilidade dos honorários sucumbenciais. Nesta hipótese, deverá ser observado o prazo da norma trabalhista de dois anos

do trânsito em julgado da decisão, assegurada a possibilidade de execução nos próprios autos quando demonstrada concretamente a superação da situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade da justiça.

Como a suspensão da exigibilidade ocorre com a simples concessão dos benefícios da justiça gratuita, enquanto permanecer a situação de hipossuficiência econômica do devedor dos honorários sucumbenciais, não há necessidade de se proceder à liquidação, tampouco será possível dar início aos atos executórios. Caberá ao advogado titular do crédito peticionar nos autos provando previamente a existência de capacidade econômica do devedor para suportar a obrigação, hipótese em que, convencido o juízo da superação da hipossuficiência, será iniciada a liquidação e subsequente execução, observadas as regras de impenhorabilidade do art. 833 do CPC, ressalvada a hipótese do § 2º, haja vista a natureza alimentar dos honorários advocatícios (CPC, art. 85, § 14; STF, SV nº 47).

9. Conclusões

Evidencia-se que a garantia de acesso à justiça (CF, art. 5º, XXX), conjugada com o direito à assistência jurídica integral e gratuita (CF, art. 5º, LXXIV), constitui importante instrumento para remoção dos obstáculos impostos pela Lei nº 13.467/2017 para acesso à Justiça do Trabalho. Por meio de mecanismos como controle de constitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, controle de convencionalidade (CF, art. 5º, § 2º) e interpretação lógico-racional, sistemática e finalística, será possível a construção e a reconstrução dos sentidos das disposições do art. 791-A da CLT, de modo a configurar um modelo de honorários advocatícios compatível com as especificidades do processo do trabalho.

A insuficiência do art.791-A CLT no tratamento dos honorários advocatícios de sucumbência, em decorrência de lacunas normativas, ontológicas ou axiológicas, implica a necessidade de aplicação supletiva e subsidiária do CPC. A incompletude da CLT, no entanto, não significa que o processo laboral passe a assimilar o princípio da sucumbência de forma incondicionada. Nesse contexto, observada a compatibilidade com os princípios e singularidades com o processo do trabalho, a incidência deve ser feita promovendo-se as adaptações necessárias, incidindo as normas do CPC quando forem mais adequadas e mais efetivas à tutela jurisdicional trabalhista.

Na fixação da responsabilidade pelos honorários advocatícios sucumbenciais, deve ter ampla aplicação o princípio da causalidade, mais abrangente que o da sucumbência, de acordo com o qual responde pelo custo financeiro do processo aquele que lhe haja dado causa. Não se trata de atribuir ilicitude ao exercício do direito de ação ou de defesa, tampouco de onerar excessivamente a quem foi a juízo formular uma pretensão ou deduzir uma resistência. Isso implica a necessidade de considerar que grande parte das demandas trabalhistas decorre do não pagamento de parcelas contratuais e rescisórias, forçando o trabalhador a submeter o conflito à apreciação judicial.

Na quantificação da verba de sucumbência, deve ser considerada a própria natureza dos honorários advocatícios, que constituem, em si mesmos, a remuneração devida aos profissionais da advocacia. Nesse sentido, os honorários não são mero custo do processo para punir a procedência ou a improcedência da pretensão deduzida em juízo. Como se destinam à remuneração do trabalho realizado, a quantificação deve observar os parâmetros do § 2º do art. 791-A da CLT. Mas outros fatores devem ser considerados, entre os quais a particularidade de que a remuneração dos advogados de trabalhadores é vinculada ao proveito econômico obtido no processo, enquanto a remuneração dos advogados de empregadores, em geral, não depende do resultado da lide.

Assim, havendo procedência total ou parcial da pretensão do trabalhador, a “liquidação da sentença” e o “proveito econômico” constituirão a base de cálculo dos honorários sucumbenciais. Na improcedência total, na sucumbência parcial do trabalhador ou na extinção do processo sem resolução de mérito, a quantificação terá como premissa a remuneração do trabalho realizado pelo advogado, independente dos percentuais do caput do art. 791-A e dos valores atribuídos aos pedidos ou dados à causa, por meio de apreciação equitativa, observados os parâmetros do § 2º do art. 791-A da CLT e a capacidade econômica do sucumbente.

Por fim, o CPC, ao contemplar a suspensão automática da exigibilidade dos honorários advocatícios, sem autorizar a dedução ou desconto em relação ao crédito obtido em juízo, confere tutela jurídica superior àquela prevista na CLT. Aplica-se assim ao processo do trabalho a diretriz do art. 98, § 3º, do CPC, vedando-se a retenção dos honorários sucumbenciais de créditos trabalhistas obtidos em juízo e garantindo-se a suspensão de sua exigibilidade. Nesse caso, fica assegurada a possibilidade de execução nos próprios autos quando demonstrada

concretamente a superação da situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade da justiça, seguindo-se sua liquidação e execução, observadas as regras de impenhorabilidade do art. 833 do CPC.

Referências Bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

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

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

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

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira et al. *Comentários à lei da reforma trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Juspodium, 2015.

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

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

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

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

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

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *O processo do trabalho e a reforma trabalhista – as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei nº 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2018.

O ADVOGADO EMPREGADO E A SUBORDINAÇÃO JURÍDICA: Liames fáticos do vínculo empregatício na advocacia

Flávia Sulz Campos Machado

RESUMO

O advogado empregado possui previsão em normas editadas pela Ordem dos Advogados do Brasil, refletindo uma realidade do mercado de trabalho nacional. Profissionais da advocacia podem ser contratados enquanto sócios de sociedades de advogados, bem como a partir de contratos de associação. Tanto a sociedade de advogados quanto o contrato de associação possuem previsões no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados (OAB), Lei Federal n. 8.906 de 1994, sendo estabelecidas formalidades para tais contratações. O contrato de trabalho *stricto sensu*, por seu turno, prescinde de forma escrita, nos contornos das disposições contidas na Consolidação das Leis Trabalhistas, Decreto-Lei n. 5.453 de 1943. Lado outro, em razão do princípio da primazia da realidade sobre os atos, elementos fáticos das relações jurídicas serão ponto determinante para caracterização do vínculo de emprego, independente de outras formas de contrato existentes. Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência majoritária nacional se posicionam no sentido de destacar a subordinação jurídica como requisito caracterizador da relação de emprego do advogado. Alinhada à isenção técnica, à independência e à liberdade profissional do exercício da advocacia, a subordinação jurídica do advogado ganha novos contornos, reclamando uma interpretação diferenciada ou atenuada do instituto relativamente à uma concepção clássica do mesmo.

Palavras-chave: Advogado empregado. Vínculo empregatício. Subordinação jurídica.

INTRODUÇÃO

A figura do advogado empregado reflete uma realidade cotidiana em nosso país. Inobstante haja a previsão legal destes profissionais no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados (OAB), Lei Federal n. 8.906/1994, subsistem dúvidas dos profissionais da advocacia quanto à matéria, especialmente no que tange aos elementos fáticos aptos a configurar os caracteres dispostos no artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Sendo profissão tradicionalmente reconhecida como autônoma, diversos advogados atuam na prática enquanto legítimos empregados de outros advogados ou de escritórios de advocacia, porém, mais das vezes, sem as garantias e direitos previstos na lei trabalhista.

Embora seja um tema conexo, o presente trabalho não pretende debruçar-se sobre discussões acerca de eventuais intenções de fraude às normas celetistas por parte dos contratantes. Ao revés, busca apresentar os elementos fáticos como fatores a caracterizar o vínculo de emprego, independente da forma de contratação.

Assim, a partir da legislação pertinente, de estudos produzidos no Brasil e de decisões recentes proferidas no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e do

Tribunal Superior do Trabalho (TST), apresentam-se subsídios à identificação do vínculo empregatício no âmbito fático das relações de trabalho de advogados, com foco no caractere da subordinação jurídica.

1. Advogado: de profissional autônomo à trabalhador subordinado

No ano de 1994, a edição do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906) estabeleceu capítulo próprio contendo regras atinentes ao advogado empregado, reconhecendo uma realidade que já não era nova.

Galvão (2003) aponta que, no período do segundo pós-Guerra (1945), ocorre um movimento de deslocação dos advogados de profissionais autônomos para trabalhadores empregados. Dificuldades de cunho econômico teriam afetado a prática de profissões liberais, devido ao custo com montagem da infraestrutura e compra de equipamentos essenciais ao seu exercício. O aumento da concorrência de profissionais, com a multiplicação dos cursos de formação na área jurídica, também teria sido um fator a impulsionar que advogados laborassem de forma subordinada.

Bomfim e Carelli destacam que também a sociedade de massa do capitalismo avançado provocou mudanças na advocacia. As profissões tradicionalmente consideradas liberais, como as de engenheiro, médico e advogado¹, passam a ser exercidas dentro de uma lógica de organizações corporativas, guiadas pelo lucro. Os autores pontuam, ainda, que nesse quadro, a litigância de massa, exercida estrategicamente por diversas empresas, opera como fator de barateamento da mão-de-obra do advogado.

A sociedade de massa do capitalismo avançado envolve organizações corporativas gigantes, que ganham a concorrência pelo volume de negócios realizados. Só sobrevive no mercado quem concentra, para produzir o lucro pela quantidade de movimentação. [...] O atual fenômeno de concentração nos escritórios de advocacia decorre de dois processos, que se conjugam ao final: 1) a concorrência entre escritórios, fenômeno do atual estágio do capitalismo, utilizada como instrumento para enfrentar a judicialização de massa, 2) mas também é fruto das vantagens estratégicas ocasionadas pela judicialização de massa [...]. Quanto ao primeiro processo, as empresas buscam no mercado escritórios que lhe apresentem melhores preços e

¹ “as profissões nobres do Século XX foram [...] a de engenheiro, a de médico e a de advogado. Todas [...] profissões *liberais*, ou seja, em sua etimologia, *livres de sujeição a outrem*. Os médicos atuando em seus próprios consultórios, hospitais e clínicas. Engenheiros em suas empresas de construção de edifícios ou maquinário. Advogados exercendo a profissão em seus próprios escritórios, onde atendiam os clientes de sua carteira. A nota que une essas profissões em sua forma clássica é a liberdade e a autonomia na condução de suas atividades e suas carreiras” (BOMFIM; CARELLI, 2017, online).

organização para lidar com a judicialização em massa das questões [...]. O outro fenômeno correlato é que as grandes corporações, utilizando grandes escritórios, aproveitam-se da ineficácia das reformas processuais – ou até de sua conivência – e conseguem manter a litigância habitual como estratégia empresarial [...]. Às vezes, as corporações realizam competição direta entre alguns escritórios [...]. Estes baixam os seus preços para conquista do cliente, chegando a cobrar migalhas por uma audiência ou uma peça processual. (2017, online)

No Brasil, atualmente, o mercado de trabalho da advocacia tem se apresentado altamente competitivo. Em janeiro de 2020, os números informados pela Ordem dos Advogados do Brasil constataam que são mais de 1,1 milhão de advogados inscritos². Nesse contexto, há advogados que optam por laborar em proveito de escritórios já guarnecidos de infraestrutura, equipamentos e clientes.

O advogado como um profissional particular de confiança do cliente, análogo ao médico de família, concede espaço a profissionais concentrados em escritórios, que atuam como verdadeiras empresas, submetidos a contratações por ajustes precários, geralmente em fuga ao direito trabalhista (BOMFIM; CARELLI, 2017).

O recorte proposto no presente trabalho não pretende debruçar-se sobre o tema das fraudes intencionais às normas celetistas eventualmente operadas por escritórios de advocacia, embora trate-se de tema conexo à discussão apresentada. Consoante afirmado alhures, visa-se apresentar elementos fáticos passíveis de identificar a existência do vínculo de emprego de advogados, independente dos termos formais da contratação do profissional.

Com efeito, no próximo tópico serão abordadas as formas mais comuns de contratação de advogados perante escritórios de advocacia ou outros advogados, quais sejam: contrato de sociedade, contrato de associação e contrato de trabalho nos moldes da CLT.

2. Formas de contratação de advogados em escritórios de advocacia

Em regra, as relações de trabalho entre advogados e escritórios de advocacia pode decorrer de uma sociedade, de um contrato de associação ou de um contrato de trabalho *stricto sensu*.

² Os dados, atualizados diariamente, foram colhidos no sítio eletrônico da Ordem dos Advogados do Brasil no Brasil, disponível em < <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados> >. Acesso em 17 jan 2020.

A seguir serão abordadas características e exigências normativas relacionadas ao ato constitutivo da sociedade de advogados (contrato social) e ao contrato de associação. Após, serão analisados os caracteres da relação de emprego, conforme artigo 3º CLT, voltando-se à realidade do advogado empregado.

Isto porque, nos moldes do posicionamento jurisprudencial majoritário, nomeadamente do TST, a existência de vínculo empregatício do advogado independe das formalidades contratuais, seja *a priori*, um sócio ou associado.

Por força do princípio da primazia da realidade sobre a forma, consagrado no artigo 9º da CLT, os elementos fáticos do caso concreto poderão tornar nulo o contrato firmado, impondo-se o reconhecimento do vínculo de emprego do advogado. Nesse contexto, a verificação do caractere da subordinação jurídica calca-se ponto nevrálgico da discussão.

2.1 Sociedade de advogados

O Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados dispõe sobre a sociedade de advogados nos artigos 15 a 17, podendo os advogados inscritos³ reunirem-se em sociedade simples de prestação de serviços ou constituir sociedade unipessoal de advocacia⁴.

Citam-se, ainda, o Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, nomeadamente os artigos 37 a 34, e o Provimento n. 112/2006 da OAB, enquanto documentos normativos pertinentes à sociedade de advogados.

De acordo com as disposições do Estatuto⁵, tanto a sociedade de advogados quanto a sociedade unipessoal de advocacia, devem submeter seus atos constitutivos para registro perante o Conselho Seccional local⁶, momento a partir do qual terão personalidade jurídica própria.

No artigo 2º do Provimento n. 112/2006 da OAB, por seu turno, são estabelecidas exigências a serem observadas na elaboração do ato constitutivo da sociedade de advogados, isto é, do contrato social. Com efeito, a norma estabelece que no contrato social deverá

3 “Todos os sócios da sociedade de advogados devem, necessariamente, ser advogados, regularmente inscritos na OAB, ressalvadas as considerações sobre incompatibilidade e impedimentos” (SILVEIRA, 2014, p.70).

4 A sociedade unipessoal de advocacia foi introduzida no dispositivo estatutário a partir da Lei n. 13.247/2016. Trata-se de instituto próximo à empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) instituído pelo Código Civil de 2002 (através da Lei n. 12.441/2011), sendo espécie do gênero sociedade de advocacia, possuindo apenas um sócio, detentor da totalidade do capital social (Cf. LOBO, 2019).

5 Art. 15, parágrafo 1º, Lei Federal n. 8906 de 1994.

6 “O advento do Código Civil de 2002 não alterou a competência da OAB para registro das sociedades de advogados, porque o Estatuto é lei especial que prevalece sobre lei geral. Assim, não se aplicam às sociedades de advogados as regras do Código Civil acerca das sociedades simples” (LOBO, 2019, online).

constar o valor do capital social, distribuído entre os sócios, a responsabilidade solidária e subsidiária destes, bem como o critério de distribuição dos resultados e dos prejuízos verificados no período de duração da sociedade.

Assis Júnior (2012) esclarece que a sociedade de advogados possui natureza jurídica *sui generis*, não se submetendo, a princípio, ao regime do direito de empresa do Código Civil, artigos 997 a 1.038⁷, mas às disposições do Estatuto da Ordem.

Inobstante, tratando-se de uma espécie de sociedades simples (Cf. ANDRADE JÚNIOR, 2002), a sociedade de advogados é regida em caráter suplementar pela lei civil, naquilo em que não destoe expressamente das normas contidas no Estatuto, no Regulamento interno e nos provimentos editados pelo Conselho Federal da OAB (DIAS, 2015).

Nos termos do artigo 37 do Regulamento Geral da OAB, a sociedade de advogados tem como finalidade a colaboração profissional recíproca. Nesse sentido, ao se agruparem em sociedade, os advogados alcançam maiores condições de distribuir e compartilhar tarefas, receitas e despesas, facilitando o desenvolvimento de suas atividades (Cf. LOBO, 2019).

Este regime de colaboração recíproca da sociedade de advogados, segundo Gonçalves Neto, “diz respeito, não tanto à chamada *affectio societatis*⁸, mas, principalmente, ao caráter *intuitu personae*, que é próprio dessa sociedade” (2006, p.35). Desta forma, para além do ânimo de estarem vinculados, que reflete a *affectio societatis*, há também uma relação de confiança pessoal entre os sócios.

Por se tratar de espécie de sociedade simples, a *affectio societatis* tem valor inquestionável na sociedade de advogados. Diversamente da sociedade anônima, na sociedade de advogados está presente a vontade de os sócios estarem a ela ligados e entre si vinculados. Há um liame de confiança ou conveniência entre os sócios, conferindo à sociedade um cunho *intuitu personae* (DIAS, 2015, p.21).

Sendo um regime de colaboração recíproca, a existência de hierarquia ou subordinação entre os sócios calca-se incompatível com a natureza societária.

O advogado sócio atua autonomamente, sem subordinação, e na qualidade de empregador, é o titular do poder diretivo, admitindo, assalariando e dirigindo a prestação e trabalho de seus empregados. É o advogado sócio que contrata com advogados associados e

7 Código Civil brasileiro de 2002.

8 “A expressão *affectio societatis* [...] encontra diversos conceitos diferentes na doutrina brasileira. De forma geral, há necessariamente referências a termos genéricos e subjetivos, como *colaboração ativa*, *confiança*, *vontade* e *empenho* na busca de um resultado comum, *harmonia*, *fidelidade*, e até mesmo *igualdade*, consubstanciados na sociedade” (PEIXOTO, 2018, p.13).

advogados empregados. Nas sociedades de advogados as diferenças entre os sócios são apenas quantitativas, visto que o qualificativo é idêntico (SILVEIRA, 2014, p.71).

Na sociedade de advogados, portanto, além da observância às formalidades quanto ao registro e ao conteúdo do contrato social, destaca-se que o advogado sócio se reúne em sociedade por espontânea vontade, aliando interesses, capital e/ou atividades com os demais profissionais, com os quais mantem certa relação de confiança. Nesta modalidade, há distribuição dos resultados⁹, sejam positivos (lucros) ou negativos (prejuízos), não havendo hierarquia ou subordinação entre os sócios.

Destarte, ao apreciar Recurso de Revista nos autos do processo de n. 8956020125010042, a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho manteve decisão que reconhecia o vínculo empregatício de advogado, sendo declarada a nulidade do contrato social:

Na hipótese, o Regional, com base na prova produzida, concluiu pela existência de vínculo de emprego entre o autor e o reclamado, afastando, conseqüentemente, a alegada condição de sócio do escritório de advocacia, porquanto presentes os pressupostos necessários ao reconhecimento do liame empregatício, na forma prevista no artigo 3º da CLT. O Regional consignou que "não se nega a prestação de serviços, nem a não eventualidade daquela, sendo também incontroversa a onerosidade" e, no tocante à configuração da subordinação jurídica, assentou que "o autor juntou vários e-mails enviados por representantes do escritório, indicativos do controle rigoroso de jornada do autor, os quais não foram impugnados pelo réu. Note-se que o de fl.98 é categórico ao demonstrar que era obrigação do autor cumprir determinado horário. Mais, ainda, tinha obrigação de informar a hora em que saía para o almoço (fls. 91 e 92). Ora, sócio algum tem que atender a esse tipo de determinação rígida, muito menos a pretexto de manter a organização do escritório; sócio não leva 'puxão de orelha' de outro 'sócio', como ocorreu com o autor e outros tantos 'sócios' que receberam email os repreendendo por não obedecer o horário de início da jornada no escritório, mas estarem com os computadores desligados no exato horário de encerramento do expediente". De acordo com a decisão recorrida, "a prova documental compreendidas nos e-mails e o depoimento testemunhal têm consistência suficiente a comprovar o controle de horário e, portanto, a subordinação jurídica, elemento de suma relevância para distinguir o trabalhador autônomo, do advogado subordinado". A alegada prestação de serviços na condição de sócio do reclamado foi

9 O sócio poderá auferir lucros como remuneração do capital, em quantias variáveis, conforme o movimento social, ou também pode receber *pro labore* fixo (Cf. SILVEIRA, 2014, p.71). Em qualquer situação, outros elementos fáticos, além da distribuição dos resultados, devem ser considerados, sobretudo a existência ou não de subordinação.

rechaçada pelo Regional, mediante o fundamento de que "da análise das alterações contratuais acostadas aos autos (fls. 211/228 e fls. 249/265) verifica-se que eram frequentes as modificações do contrato social para a entrada e saída de diversos sócios, todos advogados. Essa constatação reforça a tese de que o escritório simula contratos sociais, para camuflar pactos laborais, burlando os direitos trabalhistas" e, por conta disso, concluiu que "a fraude resta patente, sendo, dessa forma, nulo o contrato social entre o autor e o réu, nos termos do ad. 9º da CLT". Assim, comprovado o preenchimento dos requisitos necessários à configuração da relação de emprego, já que o labor prestado pelo reclamante em prol do reclamado se dava mediante subordinação, pessoalidade, não eventualidade e onerosidade, deve, de fato, ser confirmada a decisão na qual se reconheceu o vínculo entre as partes. (TST, 2018)

No julgado mencionado, fora observada prova documental da inserção e exclusão frequente de sócios na sociedade, a qual corroborou com a tese de simulação do contrato social, a fim de burlar pactos laborais. Por outro lado, verificou-se a presença da subordinação, caracterizada no caso concreto pelo rígido controle da jornada de trabalho e recebimento de reprimendas através de mensagens eletrônicas.

Passa-se à análise da figura do advogado associado.

2.2 Contrato de associação

O artigo 39 do Regulamento Geral da OAB estabelece que o advogado pode associar-se à sociedade de advogados, sem vínculo de emprego, para participação nos resultados. De acordo com o Provimento n. 112/2006 da OAB, deverá ser apresentado um contrato separado para cada advogado associado, a ser averbado à margem do registro da respectiva sociedade¹⁰.

A inexistência de vínculo empregatício entre o advogado associado e a sociedade de advogados é reafirmada pelo Provimento n. 169/2015 da OAB. Ao ser contratado nesta modalidade, o advogado tem mantida sua autonomia profissional, podendo inclusive associar-se a outras sociedades de advogados e manter clientes próprios¹¹.

Na relação entre o advogado associado e a sociedade não há, portanto, subordinação, tampouco controle de jornada. As partes devem estabelecer as cláusulas e condições da associação no contrato e, caso o documento contenha, no conjunto, elementos

¹⁰ Artigo 8º, parágrafo 2º, inciso II, do Provimento n. 112/2006 da OAB.

¹¹ Artigos 5º e 8º do Provimento n. 169/2015 da OAB.

caracterizadores de uma relação de emprego, não será admitida a averbação tratada no artigo 39 do Estatuto¹².

Por outro lado, a figura do advogado associado também não se confunde com a do sócio, sendo alheio ao capital social, à composição do quadro societário e desprovido de qualquer responsabilidade social¹³.

O advogado associado seria um intermediário entre o sócio e o advogado empregado, devendo, contudo, estar mais próximo da posição do primeiro do que da situação do segundo (Cf. BOMFIM; CARELLI, 2017). Com efeito, o profissional associado atua em parceria com a sociedade de advogados, em causas de patrocínio comum, auferindo percentual dos resultados e honorários percebidos, podendo utiliza-se das instalações da sociedade (Cf. LOBO, 2019).

No que tange à participação nos resultados mencionada no *caput* do artigo 39 do Estatuto, o Provimento n. 169/2015¹⁴ especifica que o advogado associado não participa dos lucros nem dos prejuízos da sociedade, mas sim dos honorários contratados com os clientes, além dos honorários de sucumbência das causas que lhe forem confiadas. A forma de pagamento, bem como os critérios de proporcionalidade da participação deverá ser estipulada no contrato de associação.

O advogado associado, portanto, possui forma de contratação específica, sendo exigida averbação à margem do contrato social da sociedade de advogados contratante. Não há vínculo de emprego e, assim, qualquer relação de subordinação, dependência ou controle de jornada, sendo mantida a autonomia do profissional. Os critérios de remuneração podem ser estabelecidos livremente no contrato de associação, havendo, de qualquer modo, participação nos resultados, relativa à porcentagem dos honorários contratuais e sucumbenciais das causas que atuar.

2.3 Advogado empregado

12 Artigo 8º do Provimento n. 169/2015 da OAB.

13 Contudo, compete mencionar que “Os advogados sócios e os associados respondem subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados diretamente ao cliente, nas hipóteses de dolo ou culpa e por ação ou omissão, no exercício dos atos privativos da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possam incorrer” (SIQUEIRA, 2014, p.71).

14 Artigo 7º do Provimento n. 169/2015 da OAB.

O Estatuto da Advocacia e da OAB de 1994 disciplina as regras tangentes ao advogado empregado entre seus artigos 18 a 21, reconhecendo figura que já se calcava cotidiana no contexto da advocacia brasileira.

O Estatuto dedica um capítulo específico ao advogado empregado, ou seja, ao profissional assalariado. É o reconhecimento legal a um fenômeno que se tornou predominante na advocacia brasileira. O anterior Estatuto tomava como paradigma o advogado liberal, que não se subordinava, por laços de emprego, a seus clientes. Em algumas legislações estrangeiras, a advocacia é incompatível com a relação de emprego. [...] No Brasil, é grande o número de profissionais que se subordinam a algum vínculo empregatício, não podendo esse enorme contingente ficar à margem da tutela legal (LOBO, 2019, online).

Na qualidade de empregado, o advogado mantém sua isenção técnica e independência profissional, inerentes à advocacia¹⁵. O profissional não está obrigado a prestações de serviços de interesse pessoal do empregador, alheios à relação de emprego¹⁶, podendo recusar-se, sem recair em ato de insubordinação (Cf. SILVEIRA, 2014).

A respeito do piso salarial do advogado, a norma estatutária prevê que seja fixado em sentença normativa ou ajustado em acordo ou convenção coletiva de trabalho¹⁷. No entanto, até o presente inexistente um parâmetro nacional salarial para os advogados empregados no Brasil, tramitando na Câmara de Deputados o Projeto de Lei n. 6.689, proposto em 2013 pelo Deputado André Figueiredo (PDT/CE) com tal finalidade¹⁸.

A jornada de trabalho do advogado não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva¹⁹. O Estatuto também assegura a remuneração do advogado pelas horas extraordinárias e o adicional noturno²⁰.

15 Artigo 18, *caput*, Lei Federal n. 8.906/1994.

16 Parágrafo único do artigo 18, Lei Federal n. 8.906/1994.

17 Artigo 19, Lei Federal n. 8.906/1994.

18 “De acordo com a proposta, o Estatuto do Advogado fixará a remuneração mínima do profissional, conforme jornada de trabalho e tempo de inscrição na ordem: R\$ 2.500,00 (um ano); R\$ 3.100,00 (dois anos); R\$ 3.700 (dois a quatro anos); R\$ 4.500,00 (mais de quatro anos). Esses valores têm como parâmetro a jornada de vinte horas semanais. O Projeto prevê o acréscimo de 30%, em caso de dedicação exclusiva, e cláusula de reajuste anual pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC)” (BRASIL, 2013).

19 “atualmente, tanto a lei, quanto o regulamento e os julgados do Tribunal Superior do Trabalho (TST) respaldam a exigência de previsão expressa de dedicação exclusiva em contrato individual de trabalho para que seja possível advogados empregados que atuem em atividade empresarial que não esteja submetida ao regime de monopólio possuam jornada de trabalho superior a 20 (vinte) horas semanais” (SANTOS, 2014, p.201).

20 Artigo 20, Lei Federal n. 8.906/1994.

A legislação trabalhista geral funciona como norma supletiva ao Estatuto da OAB, tendo em vista o princípio da especialidade enquanto critério de solução de antinomias²¹.

Nos termos do artigo 442 da CLT, o contrato de trabalho relativo ao emprego traduz-se em um acordo tácito ou expresso estabelecido entre as partes. Destarte, ao revés do que ocorre com a sociedade de advogados e com o advogado associado, inexistem exigências formais relativas à contratação do advogado empregado.

Ao passo que o contrato de emprego prescinde formalização, podem ocorrer situações em que o advogado labore em proveito de outro sem que tenha sido qualquer contrato firmado. Nesse caso, *a priori*, tratar-se-á de uma relação de emprego.

Isto porque, a relação de emprego é a regra da prestação de serviços realizada de forma pessoal e remunerada, estando a atividade ligada ao objeto negocial do empreendimento. Nesse sentido, cita-se decisão proferida pela 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho 7ª Região, em sede de apreciação do Recurso Ordinário n. 0000099-58.2016.5.07.0011:

RELAÇÃO DE EMPREGO CARACTERIZAÇÃO. Em matéria de relação de emprego, o entendimento dominante nos Tribunais Pátrios é o de que, em se considerando que somente necessitam de prova os fatos extraordinários e que os fatos ordinários são favorecidos por presunção, e que, no Direito Pátrio, o trabalho pessoal e remunerado, em atividade ligada ao objeto negocial do empreendimento, deve, em regra, ser contratado sob a forma de relação de emprego, o julgador, em se defrontando com uma determinada situação que se caracterize pela prestação de serviços com tais características, deve firmar seu convencimento no sentido da ocorrência de relação de emprego, salvo se outra modalidade de contratação for comprovada. (TRT7, 2017, online)

Demais disso, o princípio da primazia da realidade sobre a forma, consagrado no artigo 9º da CLT, tem significativa importância para o tema do advogado empregado. Com efeito, independente da forma de contratação, caso os elementos fáticos que caracterizam uma relação de emprego sejam verificados, incidirá a lei trabalhista. Acerca da primazia da realidade, Gemignani explica que corresponde a

princípio à que as relações sejam consideradas pelo que são, e não pelo que formalmente aparentam ser, é o dever estatal de perquirir aquilo que se pode depreender da análise dos fatos e elementos colacionados, não em favor de quaisquer das partes de uma relação jurídica, mas sim, da real natureza jurídica dessa relação. Assim,

²¹ De acordo com artigo 2º, parágrafo 2º da Lei n. 12.376/2010.

aparte enfrentamentos ideológicos, ou elucubrações filosóficas, fato é que há inegável distanciamento entre o que cartorialmente se pode documentar e aquilo tido por ocorrido. Obviamente, não pretende o princípio ora em análise sua aplicação singela em favor de uma das partes da relação laboral, mas sim, pretende seja garantido instrumental para que o Estado possa, eficaz e efetivamente, concluir com base nas informações a que obteve acesso, qual a natureza da relação jurídica controvertida. Dessa forma, [...] determina ao Estado – no exercício do poder de polícia ou da função jurisdicional – a apuração das reais conformações assumidas por determinada relação jurídica (2012, p. 143).

Portanto, presentes os caracteres da personalidade, não habitualidade, onerosidade e subordinação numa relação de trabalho entre um advogado e outrem, estar-se-á diante de um vínculo empregatício, inobstante exista a inclusão do profissional no contrato social enquanto sócio ou um contrato de associação.

A seguir serão tratados os requisitos caracterizadores do vínculo empregatício, conforme artigo 3º da CLT, destacando-se as singularidades do ofício de advogado, em especial no que tange à independência do profissional da advocacia perante o caractere da subordinação.

2. Caracteres da relação de emprego do advogado

De acordo com o art. 3º da CLT “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste mediante salário”.

A partir do referido dispositivo legal, temos os caracteres da relação empregatícia, quais sejam: a personalidade, a não eventualidade, a subordinação e a onerosidade, a serem observadas cumulativamente no caso concreto.

2.1 Personalidade

A personalidade reflete o caráter infungível da relação jurídica, no que tange ao empregado, devendo este realizar os serviços contratados pelo empregador, sem que seja substituído por outrem. Consoante explica Martinez,

A contratação de um empregado leva em consideração todas as suas qualidades e aptidões pessoais. Por conta dessas características é que o empregador espera ver o empregado, e não outra pessoa por ele designada, realizando o serviço contratado. No conceito de “personalidade” existe, portanto, a ideia de intransferibilidade, ou seja, de que somente uma específica pessoa física, e nenhuma outra em seu lugar, pode prestar o serviço ajustado (2013, p.114).

O vínculo empregatício traduz-se, portanto, numa relação jurídica *intuitu personae*. Delgado (2017) explica que o requisito da pessoalidade obsta substituições frequentes, posto que permutas eventuais do obreiro não descaracterizam o vínculo.

O artigo 3º da CLT também informa que o empregado constitui pessoa física, isto é, pessoa natural. Não há, portanto, vínculo empregatício cujo prestador de serviços calca-se pessoa jurídica.

O fator “pessoa física” é incluso na caracterização da relação empregatícia visto que o pacto realizado entre uma pessoa natural para a prestação de serviços é o objeto de atenção do Direito do Trabalho. Este campo do direito tutela os bens da vida, da saúde, da integridade moral, do bem-estar, do lazer que se relacionam a constituição da pessoa física, o sujeito trabalhador, e que não é atribuída a pessoas jurídicas (SILVEIRA, 2014, p.41)

Bonfim e Casalli (2017) destacam enquanto indícios fáticos da pessoalidade na relação entre advogados e escritórios: (a) a participação do advogado em processo seletivo tais como entrevistas e provas; (b) a impossibilidade de substituição do advogado por outro alheio ao escritório para realização das tarefas como subscrever uma peça ou participar de audiências; (c) o recrutamento de advogados ocorrer por anúncios em jornais ou sítios eletrônicos de emprego e (d) a impossibilidade de confeccionar substabelecimentos à advogados alheios ao escritório, denotando também ausência de autonomia.

Se para a contratação do advogado foram determinantes suas aptidões profissionais, os elementos presentes em seu currículo, como experiência e formação acadêmica, seus conhecimentos técnicos e teóricos, percebe-se que o escritório não estava em busca de um sócio, mas de alguém que realize determinado serviço com qualidade.

2.2 Não eventualidade

A não eventualidade, por seu turno, constata-se pelo fato de o trabalho ser prestado de forma habitual, contínua. Consoante lição de Martinez (2013), enquanto a eventualidade é baseada numa ideia de imprevisibilidade de repetição, a não eventualidade desponta na medida em que o empregado e o empregador sabem que a atividade laboral se repetirá.

Assim, no que tange ao advogado, uma jornada de trabalho pré-estabelecida, com horários de saída e de chegada do advogado ao escritório, revela-se como indício fático da existência de vínculo empregatício. Ao passo que o controle exercido pelo empregador em

relação ao cumprimento dos horários demonstrará, ainda, a presença da subordinação²², tema a ser tratado em tópico posterior.

Todavia, a habitualidade da prestação de serviços, para além de um padrão de dias e horários, será verificada a partir da atividade realizada pelo empregado e se tal atividade se identifica com uma necessidade regular do empregador.

Nesse sentido, o parágrafo 4º do artigo 9º do Decreto n. 3.048/99 auxilia no entendimento da não eventualidade, ao estabelecer que “Entende-se por serviço prestado em caráter não eventual aquele relacionado direta ou indiretamente com as atividades normais da empresa”. A disposição deste artigo coaduna com a chamada Teoria dos Fins do Empreendimento, a qual informa que “eventual será o trabalhador chamado a realizar tarefa não inserida nos fins normais da empresa – tarefas que, por essa mesma razão, serão esporádicas e de estreita duração” (DELGADO, 2016, p.305).

No caso do advogado empregado, ao exercer atividades privativas da advocacia ou atividades correlatas que, no mínimo, exigem conhecimento específico, em regra a não eventualidade, nos moldes da teoria dos fins do empreendimento, é de fácil identificação. Isto porque escritórios de advocacia, em geral, têm como finalidade a prestação de serviços advocatícios e/ou a consultoria jurídica.

Além disso, são indícios fáticos da não eventualidade, portanto, a exigência de cumprimento de horários, anotação de chegada e saída, reprimendas por atrasos e faltas, a necessidade de apresentar atestados médicos ou documentos análogos para justificar faltas, bem como o desconto por faltas ou atrasos na remuneração do advogado.

2.3 Onerosidade

A onerosidade do contrato de emprego traduz-se na contraprestação pecuniária percebida pelo trabalhador em troca de sua mão-de-obra.

Delgado explica que a onerosidade se manifesta tanto num plano objetivo, quanto num plano subjetivo:

A onerosidade, em geral, manifesta-se no plano objetivo, através de pagamentos materiais feitos ao prestador de serviços. Já no plano subjetivo, a onerosidade manifesta-se pela intenção contraprestativa, intenção econômica conferida pelas partes – em especial pelo

22 Conforme decisão proferida pela 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho na apreciação do Recurso de Revista nos autos do processo de n. 8956020125010042, citada no tópico relativo à sociedade de advogados do presente trabalho.

prestador de serviços – ao fato da prestação de trabalho. Existirá o elemento fático-jurídico da onerosidade no vínculo firmado entre as partes caso a prestação de serviços tenha sido pactuada, pelo trabalhador, com intuito contraprestativo trabalhista, com o intuito essencial de auferir um ganho econômico pelo trabalho ofertado. A pesquisa da intenção das partes – notadamente do prestador de serviços – em situações fronteiriças, em que não há aparente efetivo pagamento ao obreiro, desponta como elemento analítico fundamental para se decidir sobre a natureza do vínculo formado entre as partes. (TRT3,1998)

Consoante dito alhures, inobstante esteja prevista no Estatuto da OAB a fixação de um patamar mínimo salarial aos advogados empregados, ainda não fora estabelecido um piso salarial para tais profissionais.

Bomfim e Carelli (2017) destacam que a onerosidade diferencia o advogado empregado do sócio. Destarte, no contrato de sociedade o advogado não almeja prestar serviços em troca de uma contraprestação econômica, mas, antes, contribuir com seu capital e serviços para um resultado a ser compartilhado, podendo este ser bom ou ruim.

A remuneração fixa percebida por advogado, por seu turno, a princípio indica a existência de vínculo empregatício. Nesse sentido, recorde-se que o advogado associado participa dos resultados da sociedade de advogados, referente aos honorários contratuais e sucumbências das causas que atua, os quais, em regra, refletirão em uma remuneração variável.

Nesse sentido, a 7ª Turma do TRT 3ª Região, em julgamento de Recurso Ordinário, autos n. 017642201201703000, destacou que o advogado empregado recebe salário, em contraprestação aos serviços realizados, enquanto o advogado associado tem direito a participação nos resultados, gerando valor variável:

O empregado recebe salário, que corresponde à contraprestação pelos serviços prestados ou postos à disposição, enquanto que o advogado associado, nos termos do referido contrato, tem direito a participação nos resultados, o que leva à conclusão de que receberia um valor variável.

Ocorre, contudo, que no caso dos autos as provas produzidas revelam que a

remuneração da reclamante não possuía vinculação com os resultados da

sociedade. [...] Diante do exposto, entendo que estão presentes todos os pressupostos fático-jurídicos da relação de emprego, razão pela qual dou provimento ao recurso para reconhecer que a reclamante foi empregada no primeiro reclamado (TRT3, 2013).

Se a remuneração fixa, *a priori*, evidencia a existência de vínculo empregatício, a remuneração variável não necessariamente descaracteriza o vínculo. O advogado empregado poderá receber de forma variável em razão de participação nos lucros ou por um sistema de recompensa por produtividade adotado pelo empregador.

O Estatuto da OAB, inclusive, prevê que sejam partilhados com os advogados empregados os honorários de sucumbência recebidos pela sociedade de advogados, nos termos do artigo 21 e parágrafo único da norma estatutária²³.

O ponto crucial da caracterização do vínculo de emprego relativo a advogado ocorrerá, no entanto, no plano da subordinação jurídica, conforme será tratado no próximo tópico.

2.4 Subordinação

À parte das discussões doutrinárias acerca das espécies de subordinação, comumente a subordinação jurídica (contraposta às concepções econômica e técnica do termo) é sublinhada como o aspecto efetivamente referido pelo art. 3º da CLT.

Sobre o conceito de subordinação no âmbito do direito laboral, Silveira explica que

Por subordinação tem-se uma limitação da autonomia do empregado, em que a vontade do empregador é preponderante quanto aos aspectos do exercício do trabalho. Tem-se um poder de direção do empregador quanto ao empregado que se ramifica em fiscalização, hierarquia de posição de valores, de dependência do segundo quanto ao primeiro e sujeição às ordens dentro das funções estabelecidas – sem, é claro, ferir a dignidade do empregado, que ainda que submetido ao poder de mando do empregador, continua sendo sujeito de direitos (2014, p.43).

A doutrina e a jurisprudência pátria têm conferido grande relevância à verificação da subordinação jurídica para fins de reconhecimento de vínculo empregatício de advogados. Embora o caractere da subordinação pressuponha hierarquia e obediência, não há incompatibilidade com a atividade exercida pelo advogado, de cunho intelectual. A respeito, Barros afirma que

O fato de executar um trabalho intelectual não descaracteriza o liame empregatício, pois ele consistirá sempre na exteriorização e desenvolvimento da atividade de uma pessoa em favor de outrem. Por outro lado, inexistente incompatibilidade jurídica, tampouco moral, entre

23 “O STF, na ADI 1.194-4, deu interpretação conforme ao art. 21 e seu parágrafo único sem redução do texto” (LOBO, 2019, online).

o exercício dessa profissão e a condição de empregado; isto porque a subordinação é jurídica e não econômica, intelectual ou social; ela traduz critério disciplinador da organização do trabalho, sendo indispensável à produção econômica (2001, p. 28-29).

Nesse sentido, em decisão proferida pela 8ª Turma do TST, em sede de apreciação de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista, autos n. 4064320145150113, destacou-se a subordinação jurídica como requisito caracterizador da relação de emprego, inclusive no caso de profissionais da advocacia:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. ADVOGADO EMPREGADO. O Tribunal a quo, após extensiva análise do conjunto probatório, concluiu que “a prova oral e mesmo a documental indicam que o autor era advogado empregado e não associado como alegou a ré em defesa”. Ademais, como foi expressamente registrada a presença de subordinação jurídica do reclamante à reclamada, o recebimento de salário fixo e o controle de horário de trabalho, elementos que configuram a relação empregatícia, constata-se que a decisão regional não viola os arts. 2º e 3º da CLT. Decidir de maneira diversa seria reexaminar provas, procedimento vetado nesta instância recursal, nos termos da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST, 2018)

O artigo 18 do Estatuto da OAB assegura a isenção técnica e a independência profissional dos advogados empregados. O artigo 4º do Código de Ética e Disciplina da OAB, por sua vez, estabelece o dever do advogado empregado de zelar por sua independência e liberdade profissional.

Entende-se por isenção técnica do advogado empregado a total autonomia quanto à correta aplicação dos atos, meios e prazos processuais, sem interferência do empregador. O advogado empregado não pode prosseguir orientação tecnicamente incorreta, mesmo quando ditada pelo empregador. Na atuação técnica o advogado deve observar apenas sua consciência profissional e ética. Nessa área estritamente profissional, a relação de emprego não o alcança. Sem independência profissional não há advocacia. [...] A subordinação hierárquica, própria da relação de emprego, é limitada pela independência profissional, que não pode ser maculada. A isenção técnica e a independência profissional são requisitos indisponíveis e independentes do exercício da advocacia. (LOBO, 2019, online)

Portanto, além da atividade advocatícia ser iminentemente intelectual, o advogado empregado possui isenção técnica, independência e liberdade profissional. Por tais razões, a análise da subordinação ocorre de forma diferenciada ou atenuada, Conforme explica Mallet,

A direção do trabalho, pelo empregador, exsurge com tons mais tênues, menos salientes, o que nada tem de excepcional, pois, segundo a doutrina francesa, *‘la subordination ne suppos(e)...pas le controle étroit et constant de toutes les facettes de l’activité du travailleur; elle p(eut) se conjuguer avec une certaine liberté de ce dernier’*²⁴. [...] Em linhas gerais, a subordinação no escritório não se exterioriza como a subordinação na fábrica. Mais ainda, não é descabido falar em verdadeira atenuação da subordinação, que dia a dia mais se aproxima de simples “supervisão”, por parte do empregador, da atividade realizada. (2012, p.233)

Os tribunais trabalhistas brasileiros têm concedido à subordinação jurídica no caso do advogado empregado em tais termos, interpretação em consonância com as singularidades da atividade advocatícia mencionadas, conforme julgados colacionados:

RELAÇÃO DE EMPREGO – ADVOGADO EMPREGADO – SUBORDINAÇÃO JURÍDICA. Embora a profissão de advogado seja exercida, via de regra, em caráter autônomo, a própria Lei n.º 8.906/94 admite a possibilidade de existência do advogado empregado, contando inclusive com capítulo exclusivo no referido diploma legal. [...] É importante enfatizar que a caracterização da subordinação jurídica envolvendo este profissional não pode ser analisada com o mesmo rigor em relação aos contratos de trabalho em geral, tendo em vista a natureza eminentemente intelectual que envolve o exercício da profissão em relevo, sendo que nem mesmo o vínculo laboral poderá retirar a isenção técnica e reduzir a independência funcional inerentes à advocacia (art. 18 da Lei n.º 8.906/94), bastando que haja a participação Integrativa do advogado na dinâmica das atividades de sua empregadora (TRT3, 2012).

RELAÇÃO DE EMPREGO. ADVOGADO. CONFIGURAÇÃO. A subordinação jurídica se manifesta de forma mais tênue em casos de prestação de serviços por advogado, uma vez que este profissional desempenha trabalho eminentemente intelectual. Assim, não pode ser aferida com o mesmo rigor em relação aos contratos de trabalho em geral, até porque a legislação assegura ao advogado que o vínculo de emprego não poderá retirar a isenção técnica nem reduzir a independência profissional inerentes à advocacia (art. 18 da Lei nº 8.906/94). [...] Assim, não é necessária a constatação da subordinação em seu conceito clássico, que se manifesta por meio de ordens intensas e constantes do empregador quanto ao modo de prestação de serviços (TRT3, 2013)

A subordinação jurídica diferencia o advogado empregado das figuras do sócio e associado. Consoante afirmado alhures, a subordinação inexiste no âmbito da sociedade de

24 Tradução livre: a subordinação não implica controle constante de todas as facetas das atividades do trabalhador; ela pode se conjugar com uma certa liberdade deste último.

advogados, entre os seus sócios, sendo também ausente nos contratos de associação advocatícia.

Mallet (2011) enfatiza que a subordinação trabalhista apenas pode ser verificada casuisticamente, apontando, para tanto, quatro indícios: (a) a sujeição do trabalhador a horário de trabalho²⁵, (b) a forma fixa e regular da remuneração²⁶, (c) a determinação pelo empregador do local de trabalho²⁷ e (d) a propriedade do empregador dos equipamentos e ferramentas utilizadas na execução do labor²⁸.

Bomfim e Carelli (2017) elencam diversas situações fáticas que demonstram a existência de subordinação em relação ao advogado, dentre as quais destacam-se: (a) atuação do profissional somente em processos de cliente do escritório; (b) concentração das cotas em poucos advogados e distribuição de cotas pequenas aos demais; (c) grande mobilidade no quadro societário, de entrada e saída de sócios; (d) não participação em reuniões decisórias com os clientes; (e) baixa remuneração, comparada ao sócio e ao faturamento geral do escritório; (f) participação em honorários somente nas causas angariadas pelo advogado; (g) remuneração desvinculada do resultado da sociedade; (h) remuneração vinculada à produção (número de peças, audiências, reuniões ou quantidade de horas trabalhadas); (i) cobrança de frequência; (j) existência de horário de trabalho; (k) obrigação de justificar ausências e atrasos; (l) convocação para seminários e treinamentos; (j) pautas diárias pré-estabelecidas; (m) cobranças, repreensões, orientações e tarefas dadas pessoalmente ou por e-mails; (n) supervisão ou correção das peças elaboradas; (o) exigência de prestação de contas de audiências e diligências e (p) existência de modelos de petições do escritório, sem liberdade de alteração.

Frisa-se, nesse sentido, que os elementos fáticos que apresentam a subordinação jurídica estão intimamente relacionados aos demais caracteres do vínculo de emprego: pessoalidade, não eventualidade e onerosidade.

25 Em regra, o empregado está adstrito a um determinado horário, o qual delimita temporalmente a sua disponibilidade perante o empregador. O trabalhador autônomo, pelo contrário, habitualmente gere o seu tempo de trabalho (MALLETT, 2011).

26 O empregado percebe remuneração de acordo com o tempo colocado à disposição do empregador, havendo, outrossim, regularidade dos valores e dos pagamentos. Ao revés, nos contratos de prestação de serviço, o pagamento é feito de acordo com o trabalho realizado (tarefas ou produtividade), podendo a remuneração apresentar-se através de montantes incertos e sem regularidade. (MALLETT, 2011).

27 Indica que a atividade do empregado é realizada em local que pertence ao empregador ou em local indicado pelo empregador. O prestador de serviços, de modo diverso, possui liberdade para desenvolver sua atividade onde melhor lhe convir (MALLETT, 2011).

28 Os instrumentos de trabalho ou as ferramentas utilizadas na execução dos serviços, comumente, pertencem ao empregador (MALLETT, 2011).

Considerações finais

Embora o advogado seja tradicionalmente considerado profissional liberal, de atuação autônoma, mudanças operadas no contexto da advocacia, inclusive brasileira, retratam a realidade de um mercado de trabalho cada vez mais ocupado por advogados empregados.

As formas de contratação do advogado poderão ocorrer por sociedade (contrato social), por associação ou por contrato de trabalho *stricto sensu*.

Prescindindo o contrato de emprego de forma escrita e em razão do princípio da primazia da realidade sobre a forma, tanto na inexistência de contrato formal de trabalho individual, quanto na existência de contrato de sociedade ou de associação, o vínculo empregatício poderá ser observado no caso concreto.

Respalado por posições doutrinárias e jurisprudenciais, verifica-se que o caractere da subordinação jurídica, enquanto elemento balizador dos demais requisitos caracterizados do vínculo empregatício, calca-se ponto nevrálgico para o reconhecimento do vínculo de advogados ante a escritórios de advocacia.

Com efeito, espera-se que o presente artigo possa auxiliar os profissionais da advocacia, enquanto potenciais contratantes e/ou contratados, a compreender os contornos singulares da subordinação jurídica do advogado, evitando fraudes às normas estatutárias e à legislação trabalhista.

REFERÊNCIAS

ANDRADE JUNIOR, Attila de Souza Leão. **Comentários ao novo Código civil**: direito das sociedades. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. A responsabilidade civil da sociedade de advogados. **Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB**. Belo Horizonte, ano 2, n. 3, jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/08/A-responsabilidade-civil-da-sociedade-de-advogados.pdf>>. Acesso em 17 jan 2020.

BARROS, Alice Monteiro. **Contratos e Regulamentações Especiais de Trabalho**: Peculiaridades, Aspectos Controvertidos e Tendências. São Paulo: LTr, 2001.

BOMFIM, Bianca Neves; CARELLI, Rodrigo Lacerda. **O abuso de direito e fraude trabalhista na contratação de advogados como sócios e associados em escritórios de advocacia**. Blog do Rodrigo Carelli, 2017. Disponível em: <<https://rodrigocarelli.org/2017/02/15/artigo-o-abuso-de-direito-e-fraude-trabalhista-na->

contratacao-de-advogados-como-socios-e-associados-em-escritorios-de-advocacia/ >. Acesso em 17 jan 2020.

BRASIL, Câmara de Deputados. **Projeto de lei n. 6.689/2013**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8737B3C408D5E4F5300B8F9B63F20C4A.proposicoesWebExterno1?codteor=1654682&filename=Parecer-CTASP-24-04-2018>. Acesso em 17 jan. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15º ed. São Paulo: LTR, 2016.

DIAS, Ádamo Brasil. A partilha de quotas sociais de sociedade de advogados. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 33, 2015, pp.7-35.

GALVÃO, Adriana Siqueira. **O advogado empregado**. Monografia apresentada no curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Brasília, 2003.

GEMIGNANI, Daniel. Princípios da irrenunciabilidade, da primazia da realidade e da continuidade sob uma nova perspectiva. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2012, vol. 4, n. 6, Jan.-Jun. p. 129-157.

GONÇALVES NETO. Alfredo de Assis. **Sociedade de advogados**. 4ª edição. São Paulo: Lex Editora S.A., 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/67944-89376-1-pb.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p.144.

PEIXOTO, Leonardo Almeida. **Dissolução parcial de sociedades anônimas em razão da quebra da *affected societatis***: uma análise crítica. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

SANTOS, Tiago Ferreira. Advogado empregado. Jornada de trabalho e dedicação exclusiva. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região**. Ano III, n. 5, Nov. 2014, p.201-216.

SILVEIRA, Daniela da. **O advogado associado e o reconhecimento da relação de emprego**. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Direito do Trabalho) - Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

TRT 3. Recurso Ordinário 14464/97. 3ª Turma. Relator Maurício J. Godinho Delgado. DJ: 24/03/1998. Disponível em: < <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129099867/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1446497-14464-97> >. Acesso em: 17 jan. 2020.

TRT3. Recurso Ordinário n. 017642201201703000. 7ª Turma. Relator Fernando Luiz G. Rios Neto. DJ: 26/08/2013. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124106050/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1764201201703000-0001764-4420125030017/inteiro-teor-124106060>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

TRT3. Recurso Ordinário Trabalhista n. 0000712-86.2011.5.03.0004. 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Relator Sebastião Geraldo de Oliveira o. DJ: 26/08/2013. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124297606/recurso-ordinario-trabalhista-ro-712201100403009-0000712-8620115030004?ref=serp>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

TRT3. Recurso Ordinário Trabalhista n. 017642201201703000. 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Relator Fernando Luiz G. Rios Neto. DJ: 26/08/2013. Disponível em: < <https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/124106050/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1764201201703000-0001764-4420125030017/inteiro-teor-124106060> >. Acesso em: 17 jan. 2020.

TRT7. Recurso Ordinário n. 0000099-58.2016.5.07.0011. Relator Plauto Carneiro Porto. DJ: 12/07/2017. Disponível em: <<https://trt-7.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/480248954/recurso-ordinario-em-procedimentosumarissimo-ro-995820165070011?ref=serp>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

TST. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 4064320145150113. 8ª Turma. Relatora Dora Maria da Costa. DJ: 16/05/2018. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583727429/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revistairr-4064320145150113/inteiro-teor-583727446>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

TST. Recurso de Revista n. 8956020125010042. Relator José Roberto Freire Pimenta. DJ: 19/09/2018. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/628924032/recurso-de-revista-rr-8956020125010042/inteiro-teor-628924050?ref=serp>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

OS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMA JURÍDICA DISCRIMINATÓRIA

Geovane de Assis Batista¹

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. A inversão do ônus da prova na processualística civil-trabalhista. 2.1.1 A prova. 2.1.2. O ônus da prova. 2.1.3. A inversão do ônus da prova. 2.2. A inversão do ônus da prova no controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória no âmbito dos direitos sociais fundamentais. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

RESUMO. O presente artigo tem como objeto os direitos sociais fundamentais sob a perspectiva do fenômeno processual da inversão do ônus da prova no âmbito do controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória. O objetivo básico é noticiar, a partir dos estudos de Victor Abramovich e Christian Courtis, que, com esteio no princípio do não retrocesso social, a categoria da “inversão do ônus da prova” pode ser tomada de empréstimo da processualística civil-trabalhista com vistas à solução exegética judicial no percurso das ações declaratórias de inconstitucionalidade onde se questiona a aplicabilidade e eficácia de normas jurídicas discriminatórias de direitos sociais laborais fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE. Direitos sociais fundamentais. Princípio do não-retrocesso social. Norma jurídica discriminatória. Inversão do ônus da prova. Abramovich e Courtis.

1. INTRODUÇÃO.

A dogmática jurídica processual (legislativa, doutrinária e jurisprudencial) elegeu a *prova* (testemunhal, documental e material), o *ônus da prova* e a *inversão do ônus da prova* como meios hábeis potencialmente capazes de convencer o juiz da existência ou não de fatos em que se baseia o direito postulado. Na órbita dessas categorias, flutua o objeto comum a ser provado, a saber: o fato — donde emerge a primeira inquietude: *a quem incumbe o ônus da prova do fato?*

Malgrado intuitiva, a resposta se impõe, não, é certo, como algo novo, mas enquanto suporte elementar para alcance e compreensão de outra inquietude que move o presente artigo: — *seria razoável a crença na possibilidade da “inversão do ônus da prova” nos casos em que a coisa litigiosa não envolve um fato e sim uma norma jurídica?* Se afirmativa a resposta, *sobre quem recairia o ônus da prova, nos casos em que a eficácia da norma jurídica é questionada sob o fundamento de incorrer em manifesta regressão e discriminação na tessitura dos direitos sociais fundamentais?*

Pois bem. O objetivo básico do presente artigo é responder a problemática, noticiando que, com esteio no princípio do não retrocesso social, a categoria da “inversão do ônus da prova” aplicada na processualística civil e trabalhista serve de aporte exegético judicial para solução da coisa litigiosa substanciada nas ações declaratórias de inconstitucionalidade de normas jurídicas discriminatórias no âmbito dos direitos sociais fundamentais — mais precisamente, dos direitos prestacionais laborais.

Para consecução desse fim, o autor se valerá de um texto descritivo e explicativo, subdividido em três partes redutíveis entre si, onde, inicialmente, o leitor repousará a visão sobre as prévias considerações acerca dos institutos da *prova*, *ônus da prova* e *inversão do ônus da prova* na processualística civil-trabalhista, com as devidas anotações doutrinárias e jurisprudenciais. Em seguida, navegará, panoramicamente, sobre o conceito, a classificação e o princípio do não retrocesso dos direitos sociais fundamentais. Na terceira parte, conhecerá a questão meritória consubstanciada nos direitos

¹ Juiz do Trabalho do TRT da 5ª. Região. Mestre (UFBA) e Doutor (UCSF) em Filosofia. Pós-doutorando em Direitos Sociais: as gerações dos Direitos. (Universidad D. Salamanca – Espanha).

fundamentais sociais-laborais sob a perspectiva do fenômeno processual da inversão do ônus da prova no âmbito do controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória.

Nas linhas finais, serão apresentadas breves considerações acerca da temática investigada, revelando sua importância para o arcabouço jurídico constitucional relacionado aos direitos fundamentais sociais laborais. As referências bibliográficas serão de utilidades para costumeira consulta dos textos seminais e interpretativos.

2. DESENVOLVIMENTO.

2.1. A inversão do ônus da prova na processualística civil e trabalhista.

2.1.1. A prova.²

Diz-se “prova” aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato é verdadeiro, constituindo assim uma evidência, uma comprovação.³ Provar é, pois, convencer o espírito de verdade respeitante a alguma coisa.⁴

Desde uma perspectiva filosófica, a prova constitui um procedimento apto a estabelecer um saber, um conhecimento válido; todo procedimento desse gênero, qualquer que seja sua natureza: mostrar uma coisa ou um fato, exhibir um documento, dar testemunho ou efetuar uma indução são prova tanto quanto as demonstrações da matemática e da lógica;⁵ ou ainda: uma demonstração logicamente válida realizada a partir de axiomas ou de outras premissas aceitas.⁶

Juridicamente, é a demonstração de que algo se verificou;⁷ tudo que pode convencer da certeza de algum fato, circunstância ou proposição controvertida.⁸ No viés processual, o meio hábil de convencer o juiz da existência de fato⁹ em que se baseia o direito do postulante, pois que ninguém vai a juízo alegar fato sem finalidade jurídica.¹⁰

Moacyr Amaral Santos lembra que a prova guarda dois sentidos: um *amplo* e outro, *restrito*. Naquele, provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa. Neste, *a prova judiciária*, tem *por objeto* os “fatos da causa” — “os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação ou exceção”; *por finalidade*, a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa; e *por destinatário*, o juiz.¹¹

A *prova judiciária* consiste na convicção de que os meios probatórios produzidos pelas partes no processo geram no espírito do juiz a impressão da existência ou

² Gr. *tekunptov*; lat. *probatio*; in. *proof*; fr. *preuve*; al. *beteis*; it. *prova*.

³ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, p. 2320, 2001.

⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*, vol. IV. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 2. 1988.

⁵ ABBAGANNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo. Martins Fontes, 2003, p. 805.

⁶ BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1977, p. 324.

⁷ MAGALHÃES, Humberto Piragibe & MALTA, Cristóvão Tostes. *Dicionário Jurídico*, vol. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, p. 724, 1990.

⁸ NÁUFEL, Jose. *Novo dicionário jurídico brasileiro*, 7ª. ed., vol. III. São Paulo: Parma, p. 766, 1984.

⁹ O termo “fato” (in. *Fact*; fr. *Fait*; al. *Talsache*; it. *Fatto*), em geral significa “[...] uma possibilidade objetiva de verificação, constatação ou averiguação, portanto, também de descrição ou previsão — objetiva no sentido de que todos podem fazê-la nas condições adequadas [...] Os fatos têm duas características fundamentais: a) referência a um método apropriado de confirmação ou verificação; b) independência em relação a crenças subjetivas ou pessoais de quem emprega o método. Precisamente em vista dessas duas características, a capacidade de “olhar os fatos”, de “considerar os fatos” ou de “aceitar os fatos hoje é considerado um dos requisitos fundamentais não só do cientista e do pesquisador em geral, mas de qualquer cidadão. (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p.429).

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973*, vol. IV: arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, p. 2, 1988.

inexistência dos fatos.¹² Enfim, a prova é destinada a levar o juiz ao conhecimento da verdade dos fatos da causa, através dos meios de prova. Daí a prova no *sentido objetivo*: meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo; e no *sentido subjetivo*: formar no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos.¹³ Mas provar, impõe um ônus.

2.1.2. O ônus da prova.

Do latim *onus*, ônus quer dizer carga, fardo, peso;¹⁴ sobrecarga ou incumbência, dever, encargo, obrigação de alguém.¹⁵ Assim, se, numa dada situação, existe a pressuposição razoável de que algo é verdadeiro, quem procura provar o oposto, cabe-lhe o *ônus da prova*.¹⁶ Desde uma perspectiva jurídica, “ônus da prova” constitui o encargo a carga de provar, de produzir prova da afirmação ou do fato. Traduz-se, apropriadamente, por *dever de provar*, no sentido de *necessidade de provar*, isto é, do dever no sentido de interesse ou necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes.¹⁷

Cumprе relembrar que o *ônus processual probatório* não significa que a parte está obrigada a praticar determinados atos no curso do processo, mas que a inexecução (culposa ou dolosa) pode acarretar prejuízos jurídicos.¹⁸ A propósito, Isis de Almeida destaca que o “dever” distingue-se do “ônus”, antes de tudo, porque, neste, não há a obrigação no sentido jurídico que caracteriza aquele; ao contrário, o *dever jurídico* vincula uma sanção externa, positiva, já que existe uma cominação ou ameaça legal de uma pena; já no *ônus da prova*, existe uma incumbência, um encargo.¹⁹ Seu conceito não contém uma ideia de pena e, por consequência, nada é cominado juridicamente a quem não prova. Em verdade, o que se pretende com o *ônus probandi* é definir responsabilidades processuais de demonstração legal de fatos que precisam vir à luz e cuja veracidade precisa ser evidenciada ou revelada ao juiz.²⁰

*[...] provar [...] consiste em um ônus. [...] de uma atividade a ser desenvolvida pela parte, com vistas a seu próprio benefício. A omissão em [...] provar gera um gravame para a parte que não se desincumbiu do ônus que lhe tocava. Diferente da obrigação, que é exigível, o ônus não o é. A obrigação pode ser convertida em pecúnia, ao passo que o ônus não. A ausência da prova produz, geralmente, uma desvantagem pelo não exercício do ônus. Isto porque, embora a parte estivesse onerada com a prova, nem por isso poderá vir a sucumbir pela ausência da sua demonstração, caso o adversário, desavisadamente, venha a preencher o espaço probatório que não lhe competia, fazendo prova contra o seu próprio interesse.*²¹

Logo:

Ao autor cabe dar a prova dos fatos constitutivos da relação jurídica litigiosa. O réu, por seu lado, deve prover a prova de suas afirmações, o que pode

¹² *Ibidem*, p. 4.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 21.

¹⁵ ABBAGANNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 2067.

¹⁶ BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*, p. 274.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2067.

¹⁹ ALMEIDA, Isis de. *Manual de direito processual do trabalho*. -4ª ed. São Paulo: LTr, p. 123-124, 1991.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Dalzimar Tupinambá *Apud* SOUZA, Otavio Augusto Reis de. *Direito e processo do trabalho*. R. J: Forense, p. 316-317, 1974.

*acontecer de dois modos: a) se alega fatos que atestam, direta ou indiretamente, a inexistência dos fatos alegados pelo autor (prova contrária, contraprova); b) se alega fatos impeditivos, extintivos ou modificativos, ou que obstem efeitos ao fato constitutivo (prova de exceção, no sentido amplo).*²²

Nesse contexto, pergunta-se: a quem incumbe o ônus da prova? O Código de Processo Civil vigente responde: ao “autor”, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor (Incs. I e II, do art. 373, do CPC/2015). Filiando-se à lição de CHIOVENDA, Moacyr Amaral esclarece que ao autor cabe dar a prova dos fatos constitutivos (*eficácia jurídica seminal*) da relação jurídica litigiosa.

Por seu lado, o réu deve prover a prova de suas afirmações (i) se alega fatos que atestam (direta ou indiretamente) a inexistência dos fatos alegados pelo autor (*prova contrária, contraprova*); (ii) se alega fatos impeditivos (circunstância que impedem decorra de um fato o efeito que lhe é normal, ou próprio, e que constitui sua razão de ser), *extintivos* (eficácia jurídica extintiva da relação jurídica) ou *modificativos* (eficácia de modificar a relação jurídica), ou que obstem efeitos ao fato constitutivo (prova da exceção).²³

Segundo Betti, Moacyr Amaral aclara: quem tem o ônus da ação, tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento à relação jurídica litigiosa; quem tem o ônus da exceção [defesa ou resposta do réu], tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento a ela. Logo, ao autor cumprirá sempre provar os fatos constitutivos; ao réu, os impeditivos, extintivos ou modificativos.²⁴

E para promover a prova dos fatos alegados, autor e réu podem se valer em Juízo de todos os meios admitidos na processualística, a saber: ou testemunhal (afirmação pessoal oral), ou documental (afirmação escrita ou gravada) ou material (qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando; atestação emanada da coisa: exames periciais).

Respondendo à pergunta “a quem incumbe o ônus da prova?”, o legislador do texto consolidado (CLT), cambiando apenas os nomes dos litigantes, assera que o *ônus da prova incumbe ao reclamante*, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e ao *reclamado*, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.²⁵

*O ônus de provar o fato constitutivo do direito cabe ao autor, consoante estabelecem os art. 818 da CLT e 373, I, do CPC, enquanto ao réu incumbe fazer prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito perseguido, conforme art. 373, II, do CPC.*²⁶

Quando a Reclamada nega qualquer prestação de serviço em seu benefício, recai sobre o Reclamante o ônus da prova do vínculo empregatício, que

²² Chiovenda *apud* SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*, p. 26.

²³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 26.

²⁴ *Ibidem*, p. 25

²⁵ Incs. I e II, do art. 818, da CLT/2017: “Art. 818. O ônus da prova incumbe: I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. Cf.: BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso: 15.12.2019.

²⁶ In: Processo 000004973.2015.5.05.0641. RecOrd. Relator Desembargador EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, DJ 10/12/2019 (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019)

correspondente ao fato constitutivo do direito postulado (inteligência extraída dos preceitos contidos nos artigos 373, I, do CPC e 818 da CLT).²⁷

Ao alegar a quitação do direito pretendido pelo Reclamante, a Reclamada atrai para si o ônus de comprovar o fato extintivo, nos termos do art. 818 da CLT e art. 373, II, CPC/15 (art. 333, II, do CPC/73). Neste sentido, inclusive, a Teoria da Aptidão para a prova e Súmula 461/TST.²⁸

2.1.3. A inversão do ônus da prova.

A concepção doutrinária clássica evidencia que a distribuição do ônus da prova se funda em dois sistemas teóricos, sendo um *estático* e outro, *dinâmico*. Pelo primeiro, o legislador estabelece regras fixas, objetivas e imutáveis, situação em que o juiz se encontra amalgamado às regras estabelecidas, quedando, portanto, impossibilitado de alterar o ônus da prova. Eis o sistema adotado por Chiovenda.²⁹ Pelo segundo, além das medidas fixadas *a priori* pelo legislador, o juiz, na busca da convicção racional frente às alegações fáticas articuladas, goza de poderes durante a investigação probatória para tornar menos rígidas *a posteriori* as regras de distribuição e inversão do ônus probandi, afastando do litigante o peso da prova, sobretudo quando surgirem peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprimento do encargo.

No balanceamento do jogo probatório, o direito potestativo encarnado no julgador não o transforma num déspota: não pode o juiz, tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito probatório. No lugar da força, o juiz deverá observar a racionalidade e a equidade; e no da arbitrariedade, a razoabilidade, isto é, o bom senso jurídico. Para além desses marcos, o juiz certamente atuará em flagrante desvio de poder e finalidade — portanto, em manifesto prejuízo à balança da Justiça.

Sem abrir mão do sistema estático encartado no código de ritos vigente, o Texto de 2015 recepcionou a teoria dinâmica, arrastando o juiz da inércia dogmática em que se encontrava na administração da distribuição do ônus da prova. Com efeito, ao prescrever que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor (sistema estático — Art. 333, incisos I e II do CPC/1973), o legislador da novo CPC dispõe que, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, *poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso*, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (sistema dinâmico), sem gerar, contudo, situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (*Caput* e §§ 1º e 2º., do art. 373, do NCPC/2015).

No que tange à distribuição do ônus da prova sob a perspectiva da Consolidação das Leis do Trabalho, o sistema adotado é, por assim dizer, misto, isto é, estático, mas com abertura positiva para o sistema dinâmico. Com efeito, sendo menos analítico e mais simples, o legislador de 1943 prescrevia que a prova das alegações incumbia à parte que

²⁷ In: *Processo 0000730-49.2014.5.05.0521 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador MARCOS GURGEL, 1ª. TURMA, DJ 16/05/2017.* (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

²⁸ In: *Processo 0000866-07.2013.5.05.0028 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador MARCOS GURGEL, 1ª. TURMA, DJ 23/11/2017.* (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

²⁹ *Apud Moacir Amaral Santos. Comentários ao código de processo civil de 1973, p. 26.*

as fizesse (Art. 818, da CLT): a cada parte competia fornecer os elementos de prova das alegações. Mas com o advento da “Reforma Trabalhista”, fez-se inserir no art. 818, da CLT, o sistema dinâmico:

Art. 818, § 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 3º. A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.³⁰

O ilustre José Augusto Rodrigues Pinto justifica que o princípio da proteção do hipossuficiente econômico tem impelido a jurisprudência trabalhista a abrandar o traçado rígido dessa divisão de ônus, invertendo-o, de referência a fato constitutivo, cuja comprovação seria problemática para o empregado, em razão de sua própria subordinação jurídica. O abrandamento, continua, se faz por meio de artifício de *presumir-se verdadeiro, juris tantum*, o fato constitutivo alegado, o que reverte ao empregador o dever da prova ilidente da presunção.³¹

*Negado o vínculo empregatício, mas admitida a prestação de serviços por parte do reclamante, **inverte-se o ônus da prova**, nesse sentido, **a cargo do reclamado**, porque ventilado o fato impeditivo do direito do autor, na forma dos artigos 818 da CLT e 333, II do CPC, ainda que tenha sido imposta a pena de confissão ao reclamante, posto que seus efeitos podem ser elididos pela prova pré-constituída nos autos, na forma da súmula 74, II do TST.³²*

*A não apresentação dos controles de jornada do período laborado ou, ainda, a juntada de controles sem a assinatura do obreiro, que foram tempestivamente impugnados, autoriza a **inversão do ônus da prova, que fica a cargo da empregadora**, consoante entendimento pacificado na Súmula 338, I, do Tribunal Superior do Trabalho.³³*

*São inválidos como meio de prova os cartões de ponto que registram horários sistematicamente invariáveis de entrada e saída, por atraírem a presunção de total desapego ao horário real de labor, haja vista ser humanamente impossível tamanha regularidade na vida cotidiana. Assim, há **inversão do ônus da prova** no que tange à jornada, que passa a ser do empregador (Súmula n. 338, III, do TST).³⁴*

O leitor que chegou até aqui já deve ter lembrado de que, para solução dos conflitos de interesses resistidos entre os litigantes nas esferas civil e trabalhista, a

³⁰ BRASIL *Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 20.12.2019.

³¹ Pinto, J. A. Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento, direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira, processo e procedimento, prática*. São Paulo: LTr, p. 352, 2001.

³² In: *Processo 0044600-72.2008.5.05.0031 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2ª. TURMA, DJ 17/06/2009*. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

³³ In: *Processo 0000489-08.2014.5.05.0511 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador JEFERSON MURICY, 5ª. TURMA, DJ 24/09/2018*. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

³⁴ In: *Processo 0036100-40.2009.5.05.0012 RecOrd, Origem LEGADO, Relatora Desembargadora LUÍZA LOMBA, 2ª. TURMA, DJ 16/09/2011*. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

dogmática jurídica processual elegeu a *prova* (testemunhal, documental e material), o *ônus probandi* e a *inversão do ônus da prova* como categorias hábeis ao convencimento do juiz da existência de fatos em que se baseia o direito postulado; igualmente de que essa tríade possui como objeto comum o “*fato por provar-se*”.³⁵

Assim lembrado, é tempo, pois, de atentar para a seguinte questão: *seria razoável a crença na possibilidade da “inversão do ônus da prova”, nos casos em que a coisa litigiosa não envolve um fato e sim uma norma jurídica?* Se afirmativa a resposta, a quem então incumbiria o ônus da prova, nos casos de questionamento da eficácia de norma jurídica editada com a nódoa da discriminação relacionada a direitos sociais fundamentais?

2.2. A inversão do ônus da prova no controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória no âmbito dos direitos sociais fundamentais.

Para resposta, anote-se de Paulo Gustavo Gonet Branco que os *direitos fundamentais* são firmados como “*núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessas pretensões*”, porquanto consagrados em preceitos de ordem jurídica, característica essa que serve de traço divisor entre as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*.³⁶

A propósito, a expressão *direitos humanos*, ou *direitos do homem*, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem; são direitos postulados em base jusnaturalista, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular. O Autor esclarece que, por sua vocação universalista e supranacional, a expressão *direitos humanos* é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional. Já a locução *direitos fundamentais*, aduz, é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. Enfim, são direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo.³⁷

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado da maturação histórica, o que permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas.³⁸ Na lição de José Carlos Viera de Andrade, os direitos fundamentais podem ser considerados de diversas dimensões ou perspectivas, a saber: filosófica ou jusnaturalista, estadual ou constitucional e universalista ou internacionalista.³⁹

Malgrado os direitos fundamentais tenham começado a existir com a perspectiva filosófica ou jusnaturalista, o mais vasto reside no círculo de direitos que serão aqui analisados sob a rubrica dos direitos sociais laborais fundamentais. Para bem compreendê-los, ainda que de forma sucinta, mister trazer à luz algumas das classificações emergentes da dogmática dos direitos sociais fundamentais. A primeira delas leva em consideração à evolução histórica sob a *matriz liberal* (direitos de liberdade), a *matriz democrática* (direitos políticos) e a *matriz social* (direitos sociais).

Nessa mesma linha evolutiva, Paulo Branco alude à classificação sob a rubrica das “*gerações dos direitos fundamentais*” (evolução desses direitos no tempo), a saber:

³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil de 1973*, p. 5.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – 6 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, p. 157, 2011.

³⁷ *Ibidem*, p. 166.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. – 5ª. ed. Coimbra: Almedina, p. 15-36, 2016.

a) *os direitos de primeira geração*: seriam os primeiros direitos a serem positivados com objetivo de fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder, enquanto postulados de abstenções dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida escolar de cada indivíduo, referindo às liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade do domicílio, à liberdade de reunião; b) *os direitos de segunda geração* ou *direitos sociais*, assim chamados por se ligarem a reivindicações de justiça social; c) e, finalmente, *os direitos de terceira geração*, caracterizados pela titularidade difusa ou coletiva⁴⁰, porquanto concebidos para proteção não do homem isoladamente, mas das coletividades, de grupos — como o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.⁴¹

Outra importante classificação reside na *Teoria do Status* de Georg Jellinek, fundada em quatro *status* em que o indivíduo pode se encontrar em face do Estado — a saber: *status subjectionis* (estado passivo), *status libertatis* (estado negativo), *status civitatis* (estado positivo) e *status activus* (estado de cidadania ativa). Robert Alexi explica que o termo “*status*” revela “*una relación con el Estado que califica el individuo*”, ou seja: “*una relación formada entre el individuo y el estado*”. Assim é que, no estado passivo ou de sujeição (*status subjectionis*), o indivíduo se encontra submetido ao Estado,⁴² detendo este a competência para vincular o indivíduo⁴³ por meio de mandamentos e/ou proibições jurídicas.⁴⁴

No estado negativo (*status libertatis*), a circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos poderes públicos: “Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvinculado do império do Estado; afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do estado “é exercida sobre homens livres”.⁴⁵ Logo, um status negativo consiste em uma esfera de liberdade individual.⁴⁶ Nessa esfera, uma “*acción es libre cuando no está ni ordenada ni prohibida, es decir, cuando tanto su ejecución como su omisión están permitidas.*”⁴⁷

Relativamente ao estado positivo (*status civitatis*), há situações em que o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, ou seja, que realize uma prestação em seu favor.⁴⁸ Nesse *status*, o Estado confere ao indivíduo o “status de la civilidade”, garantindo-lhe “*pretensiones a su actividad*”, facilitando-lhe meios jurídicos para sua realização. Em outras palavras, o indivíduo não só tem “derecho a algo”, como também “competência” para hacer exigibles.⁴⁹

Já no estado de cidadania ativa (*status activus*), o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado. O direito ao voto é exemplo desse *status*, onde o indivíduo exerce os poderes políticos.⁵⁰ Para Jellinek, aduz Robert Alexi, “*al status activo tienen que pertenecer sólo las competencias que tienen*

⁴⁰ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 155-156.

⁴¹ *Ibidem*, p. 157.

⁴² ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Ed. Madrid: Centro de Estudios Fundamentales, p. 220, 2017.

⁴³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 177.

⁴⁴ ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 221.

⁴⁵ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 177.

⁴⁶ ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 223.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 228.

⁴⁹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 178.

⁵⁰ ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 228.

⁵⁰ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 178.

como objeto una “participación en el Estado”, que servem para “formación de la voluntad estatal”.⁵¹

Como que sintetizando os quatro *status* de Jellineck, fala-se ainda da classificação dos direitos sociais fundamentais sob o viés do “conteúdo” ou “proteção”. São *eles*: os direitos “de defesa”, os direitos “de participação” e os direitos “a prestação” ou direitos “prestacionais”.

Os *direitos de defesa* caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo; objetivam a limitação da ação do Estado: a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos do indivíduo (liberdade, propriedade...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas. Na ordem jurídica brasileira, os *direitos de defesa* estão contidos no art. 5º, da CF/1988.⁵²

Já os *direitos prestacionais* partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. Surgem da vontade efetiva de estabelecer “uma igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade”. São direitos que se realizam por intermédio do Estado. Se, por um lado, os *direitos de defesa* asseguram as liberdades, por outro, os *direitos prestacionais* buscam favorecer a condições materiais indispensáveis do desfrute efetivo dessa liberdades; referem-se uma exigência de prestação positiva, e não de uma omissão.

Os *direitos prestacionais* podem corresponder a *prestação material* e a *prestação jurídica*. Paulo Gustavo Mendes doutrina haver direitos fundamentais cujo objeto se esgota na satisfação pelo Estado de uma prestação de natureza jurídica. Nesse caso, o objeto de prestação será a normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental, podendo consistir na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização de procedimentos.⁵³ O direito à organização e ao procedimento⁵⁴ envolve não só a exigência de dição de normas que devem vida aos direitos fundamentais, como também a previsão de que elas sejam interpretadas de acordo com os direitos fundamentais que as justificam.

Assim, o direito de acesso à Justiça não dispensa legislação que fixe a estrutura dos órgãos prestadores desse serviço e estabeleça normas processuais que viabilizem o pedidos de solução de conflitos pelo Estado. Entrementes, não se poderá interpretar o direito processual de modo excessivamente rigoroso, a ponto de inviabilizar, por motivos menores, a intervenção efetiva do Judiciário na solução de um litígio: é que, as regras processuais devem ser entendidas como orientadas para proporcionar uma solução segura e justa dos conflitos, não podendo ser compreendidas de modo caprichosos, com o fito de dificultar, desnecessariamente, a prestação jurisdicional.⁵⁵

Já os *direitos a prestações*⁵⁶ *materiais* ou *direitos a prestação sem sentido estrito* ou *direitos prestacionais materiais*) são assim rotulados porque resultam da concepção social do Estado. São tidos como *os direitos sociais por excelência*. O seu objeto consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço), tais como os constantes do catálogo do art. 6º,

⁵¹ ROBERT, Alexi. Teoría de los derechos fudamentales, p. 231.

⁵² “[...] não ser obrigado a agir ou deixar de agir pelos Poderes Públicos senão em virtude de lei (inc. II); não se submeter a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante (inc. III); a liberdade de manifestação de pensamento (inc. IV); a liberdade de crença e de exercício de culto (inc.VI); a liberdade de expressão artística, científica e intelectual (inc. IX); a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (inc. X); o sigilo de comunicações (inc. XIII); a liberdade de locomoção (inc. XV); a liberdade de associação para fins líticos (inc. XVII); a proibição de penas de caráter perpétuo (inc. XLVII, entre outros.” — cf.: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 178-179.

⁵³ *Ibidem*, p. 181.

⁵⁴ Sobre a subsunção dos direitos fundamentais sob o aspecto jurídico-material ao “*status activus processualis*” cf.: HÄBELE, Peter. *Direitos fundamentais no estado prestacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 53-56, 2019.

⁵⁵ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 181-182.

⁵⁶ Cf.: HÄBELE, Peter. *Direitos fundamentais no estado prestacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

da Constituição Federal, a saber, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência.⁵⁷

Tem-se, portanto, que os *direitos a prestação material* são conectados propósito de atenuar desigualdades fáticas de oportunidades; envolvendo-se, assim, com a distribuição da riqueza na sociedade; e se notabilizando por uma decisiva dimensão econômica, já que satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Daí a argumentação dogmática defender, sem certa razoabilidade, que os direitos prestacionais materiais estão submetidos à *reserva do possível*.⁵⁸

Robert Alexy diz que, quando se fala de direitos sociais fundamentais, por exemplo, do direito à seguridade social, ao trabalho, à vivência e à educação, faz-se primariamente referência a *direitos prestacionais em sentido estrito*, ou seja, *àqueles direitos que o indivíduo tem de obter algo do Estado* — a exemplo do trabalho.⁵⁹

Os direitos sociais nascem a partir da ideia de que a garantia da liberdade do desenvolvimento pessoal depende do asseguramento simultâneo das bases materiais para uma vida digna.⁶⁰ O conjunto desses direitos estão sensivelmente disciplinados no *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (PIDESC), do qual o Brasil é membro signatário do desde 24 de abril de 1992, quando assumira o compromisso de adotar medidas —tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis— que visassem à assegurar, *progressivamente*, e por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos econômicos, culturais e sociais, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.⁶¹

Com a assinatura e ratificação do PIDESC, o Brasil avocara, livremente, a responsabilidade obrigacional de observar, executar e dar cumprimento a todo conteúdo programático e efetivo nele contido (Art. 1º, do Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992 c/c o art. 7º, do seu Anexo) — sobremaneira o relacionado aos direitos sociais laborais, passando a reconhecer aos trabalhadores brasileiros:

(a) o direito de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, capaz de assegurar, em especial, uma remuneração que proporcione, no mínimo, um salário equitativo e uma remuneração igual para um trabalho de igual valor, sem nenhuma distinção, devendo, em particular às mulheres, ser garantidas condições de trabalho não inferiores àquelas de que beneficiam os homens, com remuneração igual para trabalho igual; (b) uma existência decente para os próprios trabalhadores e suas famílias; (c) condições de trabalho seguras e higiênicas, além de iguais oportunidades para todos a serem promovidos no seu trabalho à categoria superior apropriada, sujeito a nenhuma outra consideração além da antiguidade de serviço e da aptidão individual; (d) o direito ao repouso-descanso e lazer, além de limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, bem como remuneração nos dias de feriados públicos. (Art. 7º, do PIDESC).

Sob a perspectiva sócio-político-econômico-filosófica e normativa do PIDESC, sublimado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, Carta Internacional dos

⁵⁷ Vieira de Andrade *apud* MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 182

⁵⁸ Maiores explicações, cf.: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 183-188.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 443.

⁶⁰ KRELL, Andreas J. Direitos Sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo (RS): Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, p. 248-249. 2006.

⁶¹ ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª. ed. Madrid: Trotta, p. 19, 2004.

Direitos Humanos, Carta das Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho, o Brasil promulgou a Constituição Federal de 1988 com a declaração de que constitui um Estado Democrático de Direito e com a obrigação de dar ênfase à prevalência dos direitos humanos e aos valores sociais do trabalho inscritos nos artigos 1º e 4º, da Constituição Federal. Assim é que, na esteira dos textos consolidado, constitucional e dos pactos internacionais, o *trabalho* passara a compreender o sagrado direito de todo brasileiro de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito.

Ao eleger o “trabalho” como um dos primados dos direitos sociais inalienáveis, a par de outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores brasileiros, a constituição republicana de 1988 adotou medidas apropriadas para protegê-lo, consubstanciando-o no art. 6º do PIDESC e art. 6º, do Capítulo II (Dos Direitos Sociais), do Título I (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), como *direitos sociais fundamentais*. De maneira que, no esforço de contínua regulação⁶² fundada no Estado social dos direitos, o compromisso brasileiro acerca da efetividade dos direitos sociais laborais, na forma do art. 2º, do PIDESC, há de se alinhar ao compromisso de perseguir o máximo de recursos disponíveis que visem à assegurar, *progressivamente*, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos nele reconhecidos, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Gilmar Mendes registra que a Constituição de 1988 consagra e expressa amplo catálogo de direitos sociais, seguindo, em parte, a tradição inaugurada pela constituição de 1934, que, pela primeira vez, incluiu os direitos sociais no seu texto.⁶³ Nos termos da Carta Constitucional vigente, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.⁶⁴ Dentre esses direitos sociais, o legislador constituinte deu relevante destaque aos direitos sociais do trabalhador, conformemente se vê no catálogo do art. 7º, do Capítulo II dos Direitos Sociais e Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, do Texto Constitucional.⁶⁵

⁶² Sobre “regulação” e “regulamentação”, cf.: Dutra, Renata Queiroz. *Trabalho, regulação e cidadania: a dialética da regulação social do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

⁶³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 681, 2011.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; fundo de garantia do tempo de serviço; salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; 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; jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; licença-paternidade, nos termos fixados em lei; proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; aposentadoria; assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; proteção em face da automação, na forma da lei; seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; ação, quanto aos

A partir do percurso concernente à dogmática dos direitos sociais fundamentais, já se encontram maduras as condições de possibilidade para responder às questões: a) *seria razoável a crença na possibilidade das categorias do “ônus da prova” e da “inversão do ônus da prova”, nos casos em que a coisa litigiosa não constitui um fato e sim uma norma jurídica?”*; b) *se sim, na arguição de inconstitucionalidade de preceito normativo jurídico regressivo e discriminatório no âmbito dos direitos sociais fundamentais, a quem caberia o ônus da prova?*

Em *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Victor Abramovich e Christian Courtis defendem a tese de que a construção do modelo jurídico fundado no direito social constitui um veículo através do qual se realizam as funções do *Estado social*, *Estado de bem-estar* ou *Estado de providência*.⁶⁶ Entre tantos postulados que informam o modelo do direito social, destacam os seguintes: a *“consideração de desigualdades materiais”, de “poder político e econômico” e de “informação entre distintas classes de sujeitos de direito”, com relevante “trato desigual de sujeitos encontrados em distintas posições”* — situações que autorizam a geração de *“princípios de interpretação e regras processuais* (como a inversão da carga probatória acreditado o dano na relação laboral, ou o estabelecimento de presunções processuais a favor da parte considerada mais fraca) *acordes com esse tratamento desigual.”*⁶⁷

Deveras, os atos dos poderes constituídos (legislativo, executivo e judiciário) devem conformidade aos direitos sociais fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.⁶⁸ De modo que, no âmbito do Poder Legislativo, não somente a atividade legiferante deve guardar coerência com os sistemas de direitos fundamentais, como a vinculação aos direitos fundamentais pode assumir conteúdo positivo, tornando imperiosa a edição de normas que deem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa.

Conquanto não tenha aceitação universal na dogmática dos direitos fundamentais sociais, o Legislador está diretamente vinculado à *proibição do retrocesso social*. Quem admite tal vedação, sustenta que, no que tange a direitos fundamentais, dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizar; e uma vez obtido certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas.⁶⁹

*[...] o núcleo dos direitos já realizados e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas [...] que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam [...] numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.’*⁷⁰

*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; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. **Parágrafo único**, são assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.*

⁶⁶ ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 53.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁶⁸ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 167.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 168.

⁷⁰ *Ibidem* (Canotilho apud Paulo Branco).

Por conseguinte, observar e efetivar a exigibilidade de *progressividade* ou de *não-regressividade* dos direitos sociais fundamentais (e aí, os trabalhistas) constitui cláusula contratual multilateral da qual o Estado Brasileiro não pode se alijar, sendo-lhe mesmo vedado formular qualquer interpretação no sentido de se dedicar a quaisquer atividades ou práticas de atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no PIDESC; não podendo, inclusive, impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas, ou qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau (Arts. 2º e 5º do PIDESC).

A obrigação de *progressividade dos direitos econômicos, culturais e sociais* é cláusula escrita na alínea c, do artigo 2º, do PIDESC, que prescreve que cada um dos Estados Partes se comprometa a adotar medidas (por si ou mediante assistência e/ou cooperação internacional — especialmente, econômicas e técnicas — até o máximo dos recursos de que se dispõe) para conseguir *progressivamente* (por todos os meios apropriados, inclusive a adoção de medidas legislativas) a plena efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais reconhecidos no Pacto.

É verdade que, na exegese do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o conceito de realização progressiva guarda o sentido de que referidos direitos não podem ser alcançados pelos pactuantes em um período curto. A temporalidade deve ser significada como um “mecanismo necessariamente flexível”, que leva em conta as realidades do mundo real e a dificuldades que representa para todo país o asseguramento da plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem que implique retardo no mover-se tão rápida e efetivamente quanto seja possível para cumprimento da meta firmada.⁷¹

Em *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Víctor Abramovich e Christian Courtis asseveram que a noção de *progressividade* implica *progreso*, significando que o Estado Parte deve “*mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales*”, de maneira que as medidas adotadas para implementação dos direitos reconhecidos devem ser deliberadas, concretas e orientadas para efetivo cumprimento das obrigações ajustadas no Pacto. Advogam que a obrigação mínima, assumida por cada membro do Pacto, é de “*no regresividad*” — quer dizer, “*la prohibición*” de sancionar normas jurídicas ou desenvolver medidas e práticas políticas que precarizem a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais existentes e gozados pela população à época da filiação ao tratado internacional.⁷²

Dado que o signatário se obriga a melhorar a situação destes direitos, acrescem que, “*simultáneamente, assume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o [...] de derogar los derechos ya existentes*”, razão pela qual a obrigação assumida pelo Estado deve ser sempre “*ampliatoria*”, haja vista “*la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido*”.⁷³ Lembrem que, sob o véu do devir progressivo, o Comitê de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas adverte que “*cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto*” requererá uma cuidadosa consideração, que deverá ser plenamente justificada referentemente à totalidade dos direitos no Pacto. Nesse sentido, anotam que:

[...] *los Principios de Maastricht consideran violatorias de los derechos económicos, sociales e culturales “la derogación o suspensión de la*

⁷¹ ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 93-95.

⁷² *Ibidem*, p. 93.

⁷³ *Ibidem*.

legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza” (principio 14a) [...] y “la adopción de cualquier medida deliberadamente regressiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho” (principio 14e).⁷⁴

“*La obligación de no regresividad*” constitui uma limitação que os tratados de direitos humanos pertinentes e, eventualmente, a Constituição, “imponem sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales”. É dizer, “*la obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue ou reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población*”.⁷⁵

Apesar da vedação, não são poucos os casos em que os poderes do Estado-Parte do PIDESC agem com culpa ou dolo no descumprimento da diretiva obrigacional pactuada, situação em que caberá ao Poder Judiciário (quando provocado pela vigilância e censura da opinião pública) rever a prática de atos contrários ao primado da não-regressividade social desses direitos.

A vigilância panóptica do Poder Judiciário sobre os demais poderes se impõe na medida em que a rapacidade de príncipes e reformadores legislativos está sempre a espreitar e expropriar rapidamente a desregulamentação normativa infra e constitucional com intuito de mitigar ou excluir dos trabalhadores direitos sociais laborais historicamente assegurados, impondo-lhes, quando alcançados, manifesta regressão — como parece ocorrer com a chamada “Reforma Trabalhista”.

Portanto, a vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais implica estreita observância ao princípio do não retrocesso social, já que cabe a ele a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados sob o cariz discriminatório (de raça, cor, religião, etnia...); de maneira que a defesa dos direitos sociais fundamentais é da essência de sua função.⁷⁶

Robert Alexy lembra que “*siempre que alguien tem un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que lhe atribui este derecho*”.⁷⁷ Destaca que a expressão “norma” — igualmente como outras similares, como, por exemplo, “regla”, “mandato” ou “prescrição” — tem um lugar próprio na linguagem ordinária e em outras ciências tais como a sociologia, a etnologia a filosofia moral e a linguística. De modo que a utilização da expressão “norma” em todos estes âmbitos, caracteriza-se pelo fato de que é usada com diferentes significados,⁷⁸ podendo a “norma” ser entendida como um ato mediante o qual se ordena, proíbe, permite, e, especialmente, se autoriza uma conduta.

A norma distingue de um “*enunciado normativo*”.⁷⁹ Exemplo de “*enunciado normativo*” é o disposto no inc. XXX, do art. 7º, da CF/88: “*proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil*”. Este *enunciado normativo* expressa uma norma com o significado de que “*está proibida a diferença salarial, funcional, admissional em razão do sexo, idade, cor ou estado civil*”. Uma “norma” é, pois, o significado ou sentido de um “*enunciado normativo*”.⁸⁰

Conforme Alexy, “*toda norma pode ser revelada por meio de um enunciado normativo*”. No exemplo de que se cuida, a norma do enunciado normativo constitucional “*proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão*

⁷⁴ *Ibidem*, p. 94.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 94-95.

⁷⁶ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 172.

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 31.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 32.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 33.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 36-37.

por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” pode ser significada com as seguintes expressões: “não pode haver diferença de”, “não deve haver diferença de”, “é proibida a diferença de”. Logo, *norma é a significação deôntica do enunciado normativo de uma lei*.

É certo que, de acordo com a lição de Paulo Gustavo Gonet, no âmbito da interpretação das leis, há de ser considerado *o princípio da interpretação conforme a Constituição*, não devendo, assim, pressupor que o legislador haja querido dispor em sentido contrário à Constituição, pois que, ao contrário, as normas infraconstitucionais surgem com a presunção de constitucionalidade.⁸¹

Malgrado as leis editadas pelo Legislativo gozem *prima facie*⁸² da presunção de constitucionalidade, cumpre registrar, no âmbito da dogmática dos direitos sociais fundamentais as seguintes indagações de Abramovich e Courtis: “[...] *quais são as consequências que acarreta a sanção de uma lei ou de um regramento regressivo? A regressividade — insistem — constitui por si uma razão de invalidez ou inconstitucionalidade?*” Ao que, ato contínuo, respondem: “*a regressividade constitui um fator agravado da análise de razoabilidade*”; e que “[...] *a prova de que uma norma é regressiva determina uma presunção de invalidez ou de inconstitucionalidade, transferindo ao Estado a carga de argumentar a favor da racionalidade da legislação proposta.*”⁸³

Argumentam que, *no marco do direito antidiscriminatório*, desde o ponto de vista processual, corresponde ao demandante demonstrar a existência de uma discriminação normativa a partir do emprego de uma das denominadas “*categorías sospechadas*”; e que a justificativa reside na tentativa de erradicar ações do Executivo e Legislativo preñhas de “*prejuízos contra minorias discretas e insulares*”.⁸⁴ Assim, quando, em uma demanda, o autor acredita haver o emprego em uma norma jurídica de uma *categoria sospechada* como critério para efetuar uma distinção legal, a carga da prova para justificar a medida se inverte em detrimento do Estado.

[...] *cuando se crea una distinción en función de algun de los factores enumerados en normas que establecen una prohibición expresa de discriminación, se trate de previsiones constitucionales o de tratados internacionales de derechos humanos, existe una presunción de ilegitimidad de la norma o medida diferenciadora.*⁸⁵ [...] Así, se dice que en el artículo 14 de la Constitución española existe una “*interdicción de tener en cuenta como criterios de diferenciación aquellos elementos (nacimiento, raza, sexo, condición social) que el precepto expresamente menciona*”. [...] Así, la alegación de que el factor diferenciador há sido uno de los mencionados en el artículo 14 alivia al recurrente la carga de demostrar la “*relevancia*” constitucional de la desigualdad. *Otra consecuencia de que el factor diferencial este expresamente prohibido afecta en el derecho español a la carga de la prueba, cuya inversión opera en los casos de desigualdad de trato.*⁸⁶

Segue-se, então, que, no âmbito da analítica da não regressividade social, o autor corre com o ônus de demonstrar, inicialmente, o caráter regressivo da norma, acreditando que o grau de proteção oferecido pela nova norma constitui um retrocesso com respeito ao existente com a norma anterior. Uma vez demonstrado o caráter regressivo, Abramovich e Courtis preconizam que a norma se presume inválida, situação que enseja

⁸¹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 110.

⁸² Sobre o caráter *prima facie* das regras e princípios, conferir: “ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 79 *usque* 95.

⁸³ ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 148.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 103.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 104.

a inversão do ônus argumentativo da prova (justificativa) em desfavor do Estado, quando terá a carga de acreditar que, em que pese ser regressiva, a nova norma é justificável.

En cuanto al estándar de juicio, manteniendo congruencia con la presunción de invalidez que pende sobre toda norma regresiva, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado el criterio denominado escrutinio estricto (strict scrutiny): la carga de demostración de la Administración es alta, y en caso de duda, el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad. El estándar es aplicable ante las ya comentadas categorías sospechadas en caso de discriminación, y en general ante la revisión judicial de restricciones a un derecho fundamental: corresponde al Estado la demostración estricta de la necesidad y racionalidad de la distinción, la existencia de un “interés imperioso” [...] que justifique la medida adoptada. En estos casos, no basta con que el Estado demuestre sólo la legitimidad del fin y la mera racionalidad de la medida: debe justificar su imperiosa necesidad. De acuerdo con Tribe, una de las aplicaciones de este criterio consiste en la anulación de normas jurídicas, sea por la insuficiente relación medio-fin, sea por la debilidad del interés que pretenden satisfacer. Bajo esta luz, alegaciones tales como el interés estatal en la eficiencia, conveniencia o el ahorro, por su generalidad, serían insuficientes para justificar la medida impugnada.⁸⁷

Entre nós, o Plenário do Supremo Tribunal Federal vem se filiando à diretiva hermenêutica correspondente ao *princípio do não retrocesso social* e ao da *não discriminação normativa*. Com efeito, no julgamento da ADI 5.938/DF promovida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, que pleiteava a declaração de inconstitucionalidade da expressão “*quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento*”, contida nos incisos II e III, do art. 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º, da Lei 13.467/2017 — onde sustentava que: a) a norma consolidada em questão vulneraria dispositivos constitucionais sobre a proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido; b) vulneraria a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais; c) e afrontaria o primado do trabalho, bem-estar e justiça sociais, além de concorrer para manifesta violação do princípio da proibição do retrocesso social —, em memorável voto, a Ministra Rosa Weber asseverou que o princípio da vedação do retrocesso social não implica engessamento de todas as regras que assegurem direitos sociais.

Para a Ministra, o legislador, ao alterar a redação do art. 394-A, da CLT, para autorizar o trabalho de gestantes e lactantes em condições insalubres, antes proibido, reduziu inadequadamente o nível de proteção à vida, à saúde, à maternidade, à infância e ao trabalho em condições dignas e seguras; de modo que a alteração legislativa revelou sensível retrocesso social, na medida em que tentara reduzir inegavelmente a efetividade dos direitos fundamentais envolvidos. As balizas erigidas pela Constituição, continua, direcionam o legislador ao “aperfeiçoamento dos institutos protetivos já existentes, no sentido de otimização dos direitos fundamentais no trabalho”, de maneira que o princípio do não retrocesso social obsta o desmantelamento das conquistas normativas já alcançadas em determinado contexto social.

Seguindo a mesma linha argumentativa da Ministra Rosa Weber, mas com ênfase na questão de gênero substantiada no teor discriminatório da norma inquinada de inconstitucional, o Ministro Edson Fachin assim se posicionou:

A luta pela igualdade de gênero, marca indelével da Constituição da República atualmente em vigor no Brasil, é fruto de um longo processo histórico de reconhecimento de direitos às mulheres em igualdade de condições em que tais direitos foram reconhecidos aos homens. Merece ser reproduzido, pela sua importância real e simbólica, já o primeiro inciso do extenso rol de direitos e deveres constante do artigo

⁸⁷ *Ibidem*, p. 106

5º, da Constituição de 1988⁸⁸. [...] A mulher trabalhadora, com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, passou a ter proteção legal expressa e específica em capítulo especial daquele diploma legal⁸⁹. [...] Registre-se que importantes alterações foram feitas a tal regulação normativa, pelas Leis 7.855/1989 e pela Lei 9.799/1999, as quais revogaram normas já obsoletas e incluíram outras necessárias à efetividade da proteção da mulher no mercado de trabalho. *Dentre as normas incluídas, destacam-se as vedações impostas a partir de um olhar de discriminação de gênero: Art. 373 - A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) I - publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). IV - exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) V - impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) VI - proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). Tais normas exemplificam a atenção que o legislador infraconstitucional tem dispensado à mulher, quanto se trata de sua proteção diante de possíveis discriminações, em razão do sexo, principalmente no que diz respeito ao acesso e permanência no mercado de trabalho.*

Na perspectiva argumentativa do Estado, o afastamento da gestante ou da lactante do exercício de atividades insalubres não implicaria supressão do adicional de insalubridade, sendo o texto atual mais benéfico à trabalhadora; e que a tese preambular de violação ao princípio da vedação do retrocesso social não poderia prosperar por não ter o condão de assumir uma feição absoluta — de verdadeira imutabilidade dos direitos — e, por conseguinte, imobilizar todo o sistema de proteção dos direitos, devendo, antes, assegurar o núcleo essencial das garantias.

O Plenário do STF, apoiando-se no *princípio do não retrocesso social e no princípio constitucional contrário a qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais*, não hesitou em refutar a pretensa justificativa estatal, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo consolidado questionado. Ao fazê-lo sinalizou, oblíqua e positivamente, para inteligência dos incisos XXX, XXXI e XXXII do Art. 7º, do Texto Constitucional:

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e

⁸⁸ “Art. 5º, da CF/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

⁸⁹ “Trata-se do Título III, capítulo III, da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece normas cujo principal objetivo fora inserir as mulheres no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens, proteger as mulheres do preconceito e da discriminação no ambiente do trabalho remunerado, garantir às mulheres condições específicas, considerando principalmente as características próprias da mulher quanto à gestação e maternidade.”

intelectual ou entre os profissionais respectivos; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz.

A decisão do Plenário do STF não foi outra senão a de, reforçando a tese de Abramovic e Curtis, declarar que as possibilidades argumentativas do Estado Brasileiro não são livres, porquanto as *OG nº 3, 13 y 14 do Comité dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais* “fijan los términos del posible marco argumentativo del Estrado”, porque, por um lado, “la medida regresiva sólo se justifica si el Estado demuestra que há considerado cuidadosamente medidas alternativas y que existen razones de peso para preferir aquélla”. Logo:

[...] el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implementada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativa”, OG 13, punto 45; “*corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles*”, OG nº 14, punto 32). [...] Esto significa que el Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando: a) que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta la *totalidade de los derechos previstos en el Pacto*, y b) *que há empleado todos los recursos de que dispone*, y que, aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto. Resultan sumamente importantes, ya que el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financeiros o económicos, sino que debe señalar concretamente qué otros derechos previstos en el Pacto (es decir, derechos económicos, sociales y culturales, y no cualquier outro derecho) se vieron favorecidos por la medida.⁹⁰

Para esses ilustres professores, a verificação do carácter regresivo de uma norma tem efeitos similares à existência de um fator de discriminação dos expressamente vedados, dando azo a uma “*presunción de ilegitimidad*” da medida, o que conduz a necessidade de realizar um “*escrutinio estricto*” ou um severo controle da razoabilidade y legitimidade da medida e do proposito da norma, quedando “*a cargo del Estado la prueba de su justificabilidad*”; e que, havendo dúvida, haverá de se estar contra a validade da norma regressiva.⁹¹

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. Na *processualística civil e trabalhista*, o “ônus da prova” e a “inversão do ônus da prova” podem recair, indistintamente, sobre autor (reclamante) e réu (reclamado). Já na *processualística do controle de constitucionalidade de norma jurídica questionada de regressiva e discriminatória aplicada no âmbito dos direitos sociais fundamentais*, o ônus de provar a existência de uma discriminação normativa a partir do emprego de uma das denominadas “categorias sospechadas” é do demandante.

1.1. Mas nos casos de norma discriminatória a “categorias sospechadas”, a *inversão da carga probatória* recai direta e exclusivamente sobre o Estado, quedando com a incumbência de argumentar — de modo razoável, proporcional e ponderadamente — que a discriminação aplicada não é malfazeja. O não se desincumbir de tal encargo probatório implica inevitável declaração de inconstitucionalidade, o que poderá ocorrer por meio do controle de constitucionalidade difuso ou concentrado.

2. Diferentemente do que se sucede no direito material/substancial, onde a proteção teleológica a uma das partes é ontologicamente aceitável (como soi ocorrer com o cidadão

⁹⁰ ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 109.

⁹¹ *Ibidem*, p. 110

no direito consumerista e do trabalho — aqui e ali, em virtude do grau de inferioridade que anima um dos polos da relação jurídica), revela-se comezinho o entendimento de que, na *dogmática civil-trabalhista*, o direito processual deve observar tratamento isonômico aos litigantes.

2.1. Mas na *dogmática dos direitos sociais fundamentais*, o direito processual constitucional admite o tratamento desigual em desfavor do Estado, não devendo causar estranheza o fato de o processo constitucional incumbir ao Estado o ônus de justificar o tratamento normativo discriminatório relativo às chamadas “categorias suspeçadas”; de modo que, seja no âmbito do *direito material constitucional* (consubstanciado nos direitos sociais fundamentais) ou no do *direito processual constitucional*, o juízo (monocrático, ou colegiado) contará com os *princípios da proteção e da orientação* na interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais discriminatórias.

3. Na *processualística civil-trabalhista*, a tríade “prova”, “ônus da prova” e “inversão do ônus da prova” têm como objeto analítico exegético judicial comum “o fato”. Mas, na órbita da *processualística correspondente ao controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado) de norma jurídica questionada de regressiva e discriminatória no âmbito dos direitos sociais fundamentais*, o objeto analítico exegético judicial passa a ser o “argumento”.

4. É temerária a crença de que a *inversão argumentativa do ônus da prova* em detrimento do Estado implique um *mal*. Em verdade, a fundamentalidade da inversão implica um *bem*, já que, ao impô-la, a hermenêutica judicial não pode perder de vista a necessária perfectibilidade do Estado, cujo telos ficcional é o bem público encetado pela vontade geral qualificada pela benfeança sociabilidade política, econômica e cultural. Nessa omnisciência coletiva, *L'état c'est moi!* — por assim dizer.

5. A expectativa teleológica deste trabalho é daquelas que se filiam à dogmática jurisprudencial contrária a qualquer tentativa de retrocesso social normativo imputado a direitos sociais fundamentais, sobretudo laborais, que —infelizmente— hodierna e costumeiramente, vêm sendo descaradamente vilipendiados sob o espectro da rapacidade legislativa entranhada nos atos normativos discriminatórios à dignidade humana — na contramão, portanto, da estatalidade social, como sói ocorrer com a malfada “reforma” trabalhista.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 2. Ed. Madrid: Centro de Estudios Fundamentales. 2017.

ALMEIDA, Isis de. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. — 5ª. ed. Coimbra: Almedina, p. 15-36, 2016.

- BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15.12.2019.
- _____. *Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso: 19.12.2019.
- _____. *Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso: 19.12.2019.
- _____. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://>. Acesso em 19.12.2019.
- DUTRA, Renata Queiroz. *Trabalho, regulação e cidadania: a dialética da regulação social do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- HÄBELE, Peter. *Direitos fundamentais no estado prestacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- 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.
- KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais*. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo (RS): Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MAGALHÃES, Humberto Piragibe & MALTA, Cristóvão Tostes. *Dicionário jurídico - vol. II, 7ª ed.* Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, p. 724, 1990.
- MARTINEZ, Vinício. *Estado do bem estar social ou Estado social?* Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6623>. Acesso em: 18.12.2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional – 6 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, p. 157, 2011.*
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento, direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira, processo e procedimento, prática*. São Paulo: LTr, 2001.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, vol. IV: arts. 332-475*. Rio de Janeiro: Forense, p. 2, 1988.
- SOUZA, Otavio Augusto Reis de. *Direito e processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 01.12.2019.
- Salvador, 31 de dezembro de 2019.

A LEI 13.467/2017 E A TARIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Guilherme Guimarães Ludwig¹

Telma dos Santos Ferraz²

RESUMO: A Lei 13.467/2017 – denominada de Reforma Trabalhista – alterou a Consolidação das Leis do Trabalho e as Leis 6.019/1974, 8.036/1990 e 8.212/1991, promovendo mudanças substanciais no direito material e processual do trabalho. Entre tais alterações, encontra-se a inserção de uma disciplina própria para a reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho, tema hoje objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O presente artigo se propõe basicamente a analisar a questão da tarifação legal da indenização do dano extrapatrimonial nas relações de trabalho, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Para tanto, inicialmente será discutida a aplicação do princípio da reparação integral no âmbito laboral, para posteriormente ser avaliado a amplitude das fontes que disciplinam os danos extrapatrimoniais. Ao final, será enfocada a constitucionalidade da regra de tarifação contida no Art. 223-G da CLT.

PALAVRAS-CHAVE: Dano extrapatrimonial. Reparação integral. Reforma trabalhista.

1 INTRODUÇÃO

A Lei 13.467/2017 – denominada de Reforma Trabalhista – alterou a Consolidação das Leis do Trabalho e as Leis 6.019/1974, 8.036/1990 e 8.212/1991, promovendo mudanças substanciais no direito material e processual do trabalho. Entre tais alterações, encontra-se a inserção de uma disciplina própria para a reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho, tema hoje objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

O presente artigo se propõe basicamente a analisar a questão da tarifação legal da indenização do dano extrapatrimonial nas relações de trabalho, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Para tanto, inicialmente será discutida a aplicação do princípio da reparação integral no âmbito laboral, para posteriormente ser avaliado a amplitude das fontes que disciplinam os danos extrapatrimoniais. Ao final, será enfocada a

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP, Professor de Direito e Processo do Trabalho na Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Juiz Titular da Vara do Trabalho de Bom Jesus da Lapa/BA, Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região (biênios 2005-2007, 2007-2009, 2009-2011 e 2013-2015 e 2015-2017), Coordenador Executivo da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região – EMATRA5 (biênio 2012-2014).

2 Estudante de Direito da Universidade do Estado da Bahia.

constitucionalidade da regra de tarifação contida no Art. 223-G da CLT.

2 PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL E SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A Constituição Federal de 1988 erigiu como fundamento da República a dignidade humana (CF, Art. 1º, III), positivando também, com caráter de fundamentabilidade, a garantia dos direitos da personalidade, ao prescrever que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (CF, Art. 5º, V)” e que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (CF, Art. 5º, X)”.

O Código Civil de 2002, por seu turno, parametrizado por estes mesmos valores constitucionais democráticos, passou a reconhecer, de forma expressa, a tutela em face dos danos extrapatrimoniais, ditando que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral**, comete ato ilícito (CC, Art. 186)”.

Ademais, quanto à reparabilidade em geral, estabeleceu que “**a indenização mede-se pela extensão do dano**”, embora, em havendo excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, possa o juiz reduzir equitativamente a indenização (CC, Art. 944). O parâmetro principal para a quantificação do valor da indenização passa a ser o dano, que, conforme Sérgio Cavalieri Filho (2012, p.77), corresponde à “subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade”.

Foi adotado, deste modo, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da reparação integral, que, nas palavras de Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2018, p.49), se destina a “repor o ofendido ao estado anterior à eclosão do dano injusto, assumindo a árdua tarefa de transferir ao patrimônio do ofensor as consequências do evento lesivo, de forma a conceder à vítima uma situação semelhante àquela que detinha”. Em termos ideais, diante deste vetor principiológico, a indenização afasta-se do caráter de punição, para alcançar uma função compensatória na justa dimensão do prejuízo causado – seja no âmbito patrimonial, seja no extrapatrimonial.

Em que pese a anterior inexistência de regra celetista sobre o tema na seara específica da relação de trabalho, não havia maior dúvida quanto à aplicação ali do princípio

da reparação integral, tendo em vista a eficácia horizontal do direito fundamental à tutela subjetiva da personalidade. Foi o mesmo texto constitucional que limitou o exercício do direito de propriedade (inclusive do empregador) à sua função social (CF, Art. 5º, XXIII), esta também vocacionada à preservação da dignidade do trabalhador enquanto tal.

Como se não bastasse a base normativa constitucional, certo é que a Consolidação das Leis do Trabalho já possuía regras expressas de integração normativa, destacando-se aqui aquela segundo a qual “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste (CLT, Art. 8º, parágrafo único, na redação anterior à Lei 13.467/2017)”.

Na jurisprudência, destaca-se, a título de exemplo, algumas ementas do Tribunal Superior do Trabalho anteriores à vigência da Lei 13.467/2017, em que se observa a pacífica aplicação do princípio da reparação integral quanto aos danos extrapatrimoniais:

I - RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Um meio ambiente de trabalho seguro é direito fundamental do trabalhador enquanto cidadão, cujo desrespeito afeta a toda a sociedade, que ao final das contas, arca com os custos ocasionados pelos abusos do poder econômico, custeando aposentadorias precoces e afastamentos previdenciários. É dever do empregador oferecer condições dignas para o desenvolvimento do trabalho, com estrita observância das normas relativas à medicina e à higiene do trabalho, mantendo um meio ambiente de trabalho equilibrado e seguro. O direito a um trabalho digno é decorrente da afirmação constitucional da dignidade da pessoa humana como valor fundante da República, consagrado na Constituição Federal de 1988, conquista do Estado Democrático de Direito. O texto constitucional admitiu expressamente a indenização por dano moral pela consagração do princípio da reparação integral insculpido em seu art. 5º, inciso V. À míngua de critérios objetivos para fixação do dano moral, cabe ao julgador, diante das peculiaridades de cada caso, arbitrar o montante da indenização atendendo aos postulados da razoabilidade e proporcionalidade, de modo a permitir, ao mesmo tempo, que o valor da reparação não gere enriquecimento ilícito do reclamante (caráter reparatório) e que seja suficiente para reprimir a conduta ilícita do empregador (caráter

punitivo). Assim, considerando as consequências da lesão (incapacidade total e permanente para o trabalho), a capacidade econômica da ré (notoriamente uma empresa de grande porte), e o seu grau de culpa, considera-se justo e razoável a majoração do quantum indenizatório para R\$ 50 .000,00 (cinquenta mil reais). Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido (...) (RR-156500-86.2009.5.09.0654, 2ª Turma, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, DEJT 11/05/2017).

(...) DANOS MORAIS . VALOR DA INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Ainda que se busque criar parâmetros norteadores para a conduta do julgador, certo é que não se pode elaborar uma tabela de referência para a reparação do dano moral. A lesão e a reparação precisam ser avaliadas caso a caso, a partir de suas peculiaridades. Isso porque, na forma prevista no caput do artigo 944 do Código Civil, "A indenização mede-se pela extensão do dano" . O que se há de reparar é o próprio dano em si e as repercussões dele decorrentes na esfera jurídica do ofendido. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional fixou a indenização em R\$ 10.000,00, com base nos seguintes aspectos: gravidade dos fatos e reiteração da conduta ilícita da ré. Verifico que, na situação em exame, o valor arbitrado pela Corte de origem mostra-se proporcional em relação à própria extensão do dano, consistente no tratamento desrespeitoso e humilhante a que era submetido pela ré. A única exceção à reparação que contemple toda a extensão do dano está descrita no parágrafo único do artigo 944, já referido. Todavia, constitui autorização legislativa para a redução equitativa em razão do grau de culpa do ofensor, hipótese não constatada no caso em tela. Dessa forma, não se há de falar em afronta à literalidade do artigo 944 do Código Civil. Recurso de revista de que não se conhece. (...) (RR-503-25.2011.5.02.0464, 7ª Turma, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 18/05/2017).

Posto este cenário anterior, tem-se que a Reforma Trabalhista traz agora um regramento específico do dano extrapatrimonial para dentro da Consolidação das Leis do Trabalho (Arts. 223-A a 223-G). Conforme o relatório da Comissão Especial destinada a

proferir parecer ao Projeto de Lei 6.787/2016 da Câmara dos Deputados, que encaminhou o Substitutivo cujo texto – não mais alterado – tornou-se a Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2018, p.46),

como há um vácuo nas leis do trabalho quanto ao tratamento da matéria, os pedidos são formulados com base na legislação civil, a qual também não oferece critérios objetivos para lidar com o tema.

A ausência de critérios objetivos e o alto nível de discricionariedade conferidos ao magistrado na fixação judicial dessas indenizações trazem insegurança jurídica, lesando a isonomia de tratamento que deve ser dada a todos os cidadãos. Não é raro que se fixem indenizações díspares para lesões similares em vítimas diferentes. Do mesmo modo, são comuns indenizações que desconsideram a capacidade econômica do ofensor, seja ele o empregado ou o empregador, situação que se mostra agravada no caso dos empregadores, porquanto ações de prepostos podem gerar valores que dificultem, ou mesmo inviabilizem, a continuidade do empreendimento.

Logo, tal mudança derivaria – segundo a justificativa do Legislador – da necessidade de garantir: de um lado, a isonomia de tratamento entre os ofendidos; de outro, a preservação do empreendimento dos responsáveis pela ofensa. Em outra perspectiva, almejou-se reduzir o alegado arbítrio do aplicador da norma jurídica, indicando critérios para fixação do valor das indenizações – o núcleo da pretensão reformista no particular.

Antes da análise propriamente dos critérios de fixação, faz-se necessário todavia averiguar as fontes normativas que disciplinam a matéria.

3 FONTES DA DISCIPLINA DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

O Art. 223-A da CLT dispõe que “aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”.

Uma primeira interpretação do dispositivo poderia conduzir à conclusão de que este se destinou a excepcionar, no campo das fontes do Direito, as regras gerais de integração normativa do Art. 8º do diploma celetista, que inclusive, teve a redação do seu parágrafo

única alterada com a própria Lei 13.467/2017, sendo excluída a expressão “naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”³.

Na visão de Carlos Eduardo Oliveira Dias, Guilherme Guimarães Feliciano, José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva e Manoel Carlos Toledo Filho (2018, p.63), no entanto, não é esta a melhor exegese. Segundo estes autores, “o texto atual permite entender-se que sua restrição alcança ou se reporta ao conteúdo da CLT, ou seja, dentro dela, ‘apenas’ os preceitos a seguir regeriam a reparação do dano de natureza extrapatrimonial”. Não tem assim, para eles, o sentido de dispensar o concurso externo de normas constitucionais e infraconstitucionais do direito comum.

Já na visão de Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto (2017, p.120), para se garantir uma mínima validade ao advérbio “apenas”, sem lhe trazer a pecha de norma inconstitucional no particular, este “deverá receber salvadora interpretação sistemática, com a desconsideração desse seu propósito restritivo e cientificamente inapropriado”.

Em sentido similar, Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p.145) sustentam que uma interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do Art. 223-A da CLT demonstra claramente um conjunto de normas “geral mais forte, superior, dado pela Constituição de 1988 e pelas normas internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil, que incide, sem dúvida, na regulação da matéria abrangida por esse título especial agora componente da Consolidação”.

Este também é o entendimento de Sebastião Geraldo de Oliveira (2018, p.103), para quem, ao considerar o trabalho como fundamento da República (Art. 1º, IV), a ordem econômica apoiada na valorização do trabalho (Art. 170) e a ordem social como base o primado do trabalho (Art. 193), “não pode a lei ordinária reduzir a hierarquia axiológica impressa na Lei Maior, nem introduzir normas restritivas exclusivamente para a categoria dos trabalhadores, em verdadeira ruptura com a essência do sistema, colocando o direito do trabalhador em degrau inferior ao dos demais cidadãos”.

De fato, a Consolidação das Leis do Trabalho não esgota o rol de normas que regulam as relações de trabalho. Em verdade, a fonte jurídica primordial do Direito do Trabalho é a própria Constituição da República, seja pela aplicação direta de seus princípios e regras, seja por quanto conforma ou afasta as regras celetistas com as quais colida. De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, se as constituições contemporâneas

3 CLT, “Art. 8º, § 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho (Redação dada pela Lei 13.467/2017)”.

estão repletas de princípios com conteúdo moral e elevado teor axiológico, mesmo o operador positivista que recusar a ligação entre Direito e moral poderá reconhecer a penetração desta última no processo de interpretação e de aplicação da norma constitucional. Ao invés de uma teoria das fontes focada na codificação, o intérprete passou a dispor doravante da centralidade da Constituição, sua influência na ordem jurídica e o papel criativo da jurisprudência, em sentido da concretização dos ideais emancipatórios e da solução justa (2013, p.202-205).

Em outra mão, ao lado da Consolidação na regulação das relações de trabalho, encontram-se as normas infraconstitucionais (regras e princípios), aptas a suprirem as lacunas legislativas da lei trabalhista, porém sem evidentemente desfigurar seus princípios fundantes, na premissa de coerência e do caráter sistêmico do ordenamento jurídico. A vinculação à legalidade adquire outro delineamento, mais abrangente, mais difuso, envolvendo uma relação de necessária conformidade com o conjunto sistemático de todas as normas jurídicas. Observe-se, inclusive, a este respeito, que a regra geral de integração normativa contida no *caput* do Art. 8º da CLT remete – de forma redundante – aos princípios gerais do Direito do Trabalho, deixando expresso o óbvio de que: em primeiro lugar, o sistema é aberto para a legislação externa; em segundo, esta abertura condiciona-se a um filtro de compatibilidade interna principiológica.

Miguel Reale (1999, p.61-62) destaca, com muita propriedade, que uma regra expressa que preveja papel integrador a princípios é mesmo supérflua, pois se trata de uma verdade implícita e necessária do próprio sistema. Se não há ciência sem princípios, aqui entendidos como verdades válidas para o correspondente campo de saber, o juiz não necessita de prévia autorização do legislador para chamá-los a decidir o feito: “prive-se uma ciência de seus princípios, e tê-la-emos privado de sua substância lógica, pois o Direito não se funda sobre normas, mas sobre os princípios que as condicionam e as tornam significantes”.

Neste passo, torna-se importante destacar dois Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (ANAMATRA, 2017):

3. FONTES DO DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO NA LEI 13.467/2017. Teoria do diálogo das fontes. A teoria do diálogo das fontes é aplicável à interpretação da nova legislação trabalhista.

18. DANO EXTRAPATRIMONIAL: EXCLUSIVIDADE DE CRITÉRIOS. Aplicação exclusiva dos novos dispositivos do Título II-A da CLT à reparação de danos extrapatrimoniais decorrentes das relações de trabalho: inconstitucionalidade. a esfera moral das

peças humanas é conteúdo do valor dignidade humana (Art. 1º, III, da CF) e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do estado a respectiva tutela na ocorrência de ilicitudes causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais. devem ser aplicadas todas as normas existentes no ordenamento jurídico que possam imprimir, no caso concreto, a máxima efetividade constitucional ao princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 5º, V e X, da CF). A interpretação literal do art. 223-A da CLT resultaria em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral, com inconstitucionalidade por ofensa aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, caput e incisos V e X e 7º, caput, todas da Constituição Federal.

Logo, a partir destes fundamentos, não há como recorrer à interpretação literal do Art. 223-A, para afastar a aplicação das normas externas à CLT no que tange à disciplina na reparação civil dos danos extrapatrimoniais. Considerando a primazia das normas constitucionais e a abertura do sistema do Direito do Trabalho, a interpretação sistemática da regra nova em destaque deve conduzir à aceitação dos influxos normativos do conjunto do ordenamento jurídico.

4 TARIFICAÇÃO DE VALORES DA REPARAÇÃO

No novo Art. 223-G da CLT foram fixados os critérios a serem considerados pelo intérprete para dimensionamento do dano extrapatrimonial: I) a natureza do bem jurídico tutelado; II) a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III) a possibilidade de superação física ou psicológica; IV) os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V) a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI) as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII) o grau de dolo ou culpa; VIII) a ocorrência de retratação espontânea; IX) o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X) o perdão, tácito ou expresso; XI) a situação social e econômica das partes envolvidas; e XII) o grau de publicidade da ofensa.

Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto (2017, p.135) reconhecem, com algumas ressalvas, que o elenco de critérios adota o que vem sendo sugerido pela doutrina e pela jurisprudência para completar a tarefa de dosimetria do valor reparatório, tratando-se de um rol meramente exemplificativo, na perspectiva de que outros parâmetros possam influenciar a convicção do magistrado.

Consoante Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2018, p.387), todavia, os critérios de VII a X incidiriam no vício de passar ao largo da noção de compensação, para impor uma pena em razão da reprovabilidade da conduta do ofensor. Os demais, pelo contrário, refletiriam corretamente a extensão do dano e os reflexos da ofensa na órbita existencial do ofendido. Para eles, a reforma trabalhista teria introduzindo elementos estranhos ao dano moral para o hipertrofiar e transcender o seu viés “puramente reparatório de lesões existenciais, anabolizando a sua quantificação, sob o fundamento de uma pseudofinalidade punitiva, pautada na extrema reprovabilidade do comportamento do ofensor e em sua portentosa condição econômica”.

Considerando a aplicação do princípio da reparação integral no caso de danos extrapatrimoniais, é certo que há necessário recurso ao preenchimento de normas de textura aberta, diretamente vinculadas aos direitos violados (intimidade, vida privada, honra, imagem). Neste sentido, o estabelecimento de critérios reduz, em tese, a possibilidade do alegado arbítrio do aplicador da norma, sendo, em termos gerais, um aspecto positivo da Reforma Trabalhista. Por evidente, no entanto, tendo em vista a primazia do princípio constitucional da reparação integral, a discussão deve estar centralizada no dano, não no comportamento do ofensor. Ademais, a regra celetista não pode impedir a consideração de outros elementos presentes em cada caso concreto para o dimensionamento da lesão.

Para além de critérios delimitadores do conteúdo dos conceitos abertos, foram, todavia, também acrescentados parâmetros precificados para fixação da correspondente indenização. Para tanto, foi levada em conta uma proporção com o salário contratual do ofendido e sendo vedada a acumulação: a) ofensa de natureza leve, até 3 vezes o último salário; b) ofensa de natureza média, até 5 vezes o último salário; c) ofensa de natureza grave, até 20 vezes o último salário; d) ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário. Por fim, estabeleceu que caso o ofendido seja pessoa jurídica, serão utilizados os mesmos parâmetros, mas em relação ao salário do ofensor. Em caso de reincidência, em ambas as hipóteses, o juiz poderá elevar a indenização ao dobro⁴.

4 A Medida Provisória 808/2017, em seu período de vigência, promoveu uma alteração neste regramento, pelo qual os parâmetros de fixação da indenização passavam a ser: a) para ofensa de natureza leve – até 3 vezes o valor do limite máximo dos benefícios do RGPS; b) para ofensa de natureza média – até 5 vezes o valor do limite máximo dos benefícios do RGPS; c) para ofensa de natureza grave – até 20 vezes o valor do limite máximo dos benefícios do RGPS; ou d) para ofensa de natureza gravíssima – até 50 vezes o valor do limite máximo dos benefícios do RGPS. Por outro lado, a reincidência foi delimitada conceitualmente como a ofensa idêntica ocorrida em até dois anos do trânsito em julgado da decisão condenatória anterior. Por fim, foi afastada a aplicação dos parâmetros de proporcionalidade no caso do dano extrapatrimonial decorrente de morte. Esta Medida Provisória teve, no entanto, seu prazo de vigência encerrado no dia 23 de abril de 2018, porquanto não convertida em lei no prazo de 60 dias (CF, Art. 62, §3º).

Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto fazem uma crítica contundente ao dispositivo, afirmando que o legislador comete um “incrível desatino científico de fixar como fator determinante da fixação do *quantum* indenizatório de danos extrapatrimoniais – logo, violadores de bens jurídicos existenciais – um referencial exclusivamente econômico (2017, p.136)”.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, por sua vez, sustentam que (2017, p.146)

o art. 223-G, § 1º, incisos I até IV, estabelece tarifação da indenização por dano extrapatrimonial, se esquecendo que a Constituição da República afasta o critério de tarifação da indenização por dano moral, em seu art. 5º, V, ao mencionar, enfaticamente, a noção de proporcionalidade. Nesse contexto, a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica desses dispositivos legais rejeita a absolutização do tarifamento efetuado pela nova lei, considerando a tabela ali exposta basicamente como um parâmetro para a fixação indenizatória pelo Magistrado, mas sem prevalência sobre a noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade-razoabilidade.

E prosseguem (2017, p.147), enumerando algumas consequências inusitadas que poderão decorrer de uma interpretação inadequada do dispositivo:

a) Admitir que a ordem jurídica diferencie as afrontas morais em função da renda das pessoas envolvidas (art. 223-G, § 1º, I, II, III e N); b) Admitir que a indenização devida por uma pessoa humana a uma empresa (e vice-versa) se mede pelos mesmos parâmetros monetários do cálculo de uma indenização devida por uma empresa (independentemente de ser líder mundial ou continental de mercado, ou não) a uma pessoa humana (art. 223-G, § 2º); c) Admitir que a reincidência cometida por certa empresa (que é um ser coletivo, relembre-se) somente se computa se for perpetrada contra a mesma pessoa física (§ 3º do art. 223-G).

Segundo Xisto Tiago de Medeiros Neto (2018, p.314), o tabelamento em questão pode ainda ter o efeito de redução do trabalhador “ao nível de cidadão de categoria inferior, no que pertine ao direito à reparação devida, como se a sua dignidade adquirisse, na esfera laboral, uma ‘menos valia’, ou seja, uma condição inferior à do cidadão comum, em sua participação na vida social”. Há, portanto, grave ofensa ao princípio constitucional da

isonomia, pois os valores fundamentais da personalidade de cada indivíduo estaria precificada conforme sua renda.

Na jurisprudência foi discutida questão semelhante, quando do exame da constitucionalidade de dispositivo da Lei 5.260/67 (Lei de Imprensa), que trazia igualmente uma forma de tarifação para indenizações por danos à personalidade ou danos morais. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pacificou-se o entendimento, segundo o qual “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa (Súmula 281 do STJ)”.

No Supremo Tribunal Federal, por seu turno, há diversos julgados em sentido similar, sendo destacadas as seguintes ementas:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF

relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido. (RE 396386, Relator: Min. Carlos Velloso, 2ª Ta., DJ 13-08-2004)

EMENTA: INDENIZAÇÃO. Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da lei 5.250/67. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, caput e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido. Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente. (RE 447584, Relator: Min. Cezar Peluso, 2ª Ta., DJ 16-03-2007)

Deste modo, com base em tais elementos e considerando a aplicação do princípio da reparação integral na seara trabalhista, bem assim que o novo Art. 223-A da CLT não pode ser interpretado como empecilho aos influxos normativos do sistema concernente à reparação civil, é certo concluir que qualquer tentativa de tarifação do *quantum* indenizatório para os danos extrapatrimoniais é reconhecida inconstitucional, porque a indenização deixa de corresponder a toda extensão do dano. Disso seria permitido deduzir que: de um lado, a existência de dano insuscetível de reparação, ainda que pecuniária; de outro, a tolerância do ordenamento jurídico em relação ao enriquecimento sem causa do ofensor.

Como se não bastasse, haveria ainda, por consequência, uma dupla violação do princípio da isonomia: para uma mesma lesão sofrida por um indivíduo em decorrência de seu trabalho e outro em razão de qualquer outra circunstância, apenas o segundo poderia alcançar a reparação integral, caso ultrapassado o teto do §1º do Art. 223-G. Por outro lado, entre dois trabalhadores com salários contratuais que os distinguisse de faixa indenizatória, os atributos da personalidade seriam precificados diversamente consoante esta sua renda.

Ao contrário de uma tarifação da indenização, a almejada segurança jurídica na matéria deve ser alcançada pelo aperfeiçoamento de um sistema de precedentes judiciais, que

unifique a interpretação das normas jurídicas, especialmente as de textura aberta como no caso do dano extrapatrimonial. A funcionalidade do Poder Judiciário deve pressupor sim coerência, porém pela uniformidade das decisões diante de casos concretos que se mostrem idênticos ou semelhantes, de maneira a que seja estabilizado o Direito interpretado e previsíveis as consequências jurídicas das condutas.

5 CONCLUSÕES

Diante do quanto exposto, é possível concluir que:

1. O ordenamento jurídico é marcado pela premissa lógica da existência de coerência das normas que o compõem, a partir do e parametrizada pelo vértice da Constituição da República. Não cabe ao legislador editar norma que proporcione disciplina incompatível com o texto constitucional ou que promova quebra da isonomia entre os indivíduos sem justificativa constitucionalmente sustentável.
2. O princípio da reparação integral possui foro constitucional e amparo na legislação comum que disciplina a responsabilidade civil em geral, tendo aplicação inequívoca no ambiente do direito material do trabalho, para reger as relações entre as partes envolvidas.
3. A Consolidação das Leis do Trabalho não esgota o rol de normas que regulam as relações de trabalho, sendo necessário promover interpretação do Art. 223-A da CLT que o compatibilize com o conjunto sistemático de normas que regem a responsabilidade civil no ordenamento jurídico, inclusive aquelas de foro constitucional.
4. Não é possível reconhecer como constitucional regra que parametrize o valor de indenização por danos extrapatrimoniais ao critério do salário do ofendido ou ofensor, violando o princípio da reparação integral quanto ao dano promovido, além de impedir o tratamento isonômico entre os indivíduos.
5. A almejada segurança jurídica deve ser alcançada pelo aperfeiçoamento de um sistema de precedentes judiciais, que unifique a interpretação das normas jurídicas, especialmente as de textura aberta como no caso do dano extrapatrimonial.

6 REFERÊNCIAS

ANAMATRA. *Reforma trabalhista: enunciados aprovados – 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017) – XIX Congresso Nacional de Magistrados da Justiça do Trabalho CONAMAT (2018)*. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br>>. Acesso em: 01 abr. 2019.

- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Parecer do Relator da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6787, de 2016, do Poder Executivo*. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br>>. Acesso em: 01 abr. 2019.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A Reforma trabalhista no Brasil: com os comentários a Lei 13.467/17*. São Paulo: LTr, 2017.
- DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos Toledo. *Comentários à Lei da reforma trabalhista: dogmática, visão crítica e interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 2018.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 5.ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Lei da reforma trabalhista: a inconstitucionalidade da tarifação dos valores da reparação do dano extrapatrimonial e da determinação da exclusividade da aplicação dos dispositivos do novo Título II-A da CLT. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.309-323.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. O dano extrapatrimonial trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani. *Reforma trabalhista ponto a ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther*. São Paulo: LTr, 2018, p.100-114.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 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 nº 13.467/2017*. São Paulo: Riddel, 2017.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

**ACUMULAÇÃO PRIMITIVA, LUTA DE CLASSES E DIREITO DO TRABALHO:
OLHARES ECOSSOCIALISTAS PARA A OFENSIVA CAPITALISTA
CONTEMPORÂNEA E AS CONSEQUENTES CONTRARREFORMAS
TRABALHISTAS NO BRASIL¹**

Gustavo Seferian*

Bruna Maria Expedito Marques*

Resumo:

O presente artigo busca traçar aproximações entre o movimento de ofensiva das classes proprietárias sobre os interesses das trabalhadoras e trabalhadores em diversas dimensões de suas vidas, a denotar como um mesmo processo tangencia aspectos ligados a Direitos Trabalhistas – bem como a outros Direitos Sociais –, modos de vida e o meio ambiente. A reflexão se pauta na compreensão acerca da acumulação de capital, desde a tradição marxista, como uma fenômeno que não se reduz à transição do feudalismo para o capitalismo. Para tanto, propõe (i) remontar a teoria da “assim chamada acumulação primitiva” de Karl Marx, enquanto processo originário de desenvolvimento do modo de produção capitalista e da acumulação de capital; (ii) sinalizar as atualizações interpretativas da teoria da acumulação primitiva, sobretudo nos pautando nas formulações de Rosa Luxemburgo e Klaus Dörre; (iii) reconhecer particularidades que tangenciam a formação do capitalismo latino-americano e brasileiro, em suas singularidades, tudo isso a fim de (iv) expor, desde uma perspectiva ecossocialista, o diagnóstico de como as contemporâneas contrarreformas trabalhistas experimentadas no país são expressão deste processo de acumulação primitiva, que se pereniza por meio de práticas de violência direta e despossessão, força esta comum que expressa frentes na destruição profunda do meio ambiente e comunidades tradicionais.

¹ O presente artigo toma por base a agenda comum de investigação do autor e autora, naquilo que se refere à lida com a acumulação de capital e sua interlocução com o Direito do Trabalho brasileiro. Esclarece-se que, muito embora pautados por referências comuns, a definição de recortes investigativos que recaem é distinto, sendo, no caso de Bruna Maria Expedito Marques, o trato do trabalho rural no período de 1930-1964, e no caso de Gustavo Seferian, o período da Primeira República (1889-1930), em que passa o Direito do Trabalho no país a se constituir, bem como as atuais inflexões postas pela financeirização econômica, dada no país antes mesmo da generalização da afirmação neoliberal de escala global. Parte das reflexões concernentes ao último ponto foram expostas por Gustavo Seferian no 1º Colóquio Internacional “Desafios do Presente e do Futuro para o Direito do Trabalho”, ocorrido na UNOESC em Chapecó-SC, no dia 24 de maio de 2019, data em que o revolucionário timorense Nicolau dos Reis Lobato comemoraria 73 anos.

* Gustavo Seferian Scheffer Machado é Professor da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito (2008), Mestre (2012) e Doutor (2017) em Direito do Trabalho pela FDUSP. Pesquisador convidado, em sede pós-doutoral, do CêSor/EHESS/CNRS, sob supervisão de Michael Löwy (2018). Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (GPTC-USP) e coordenador do Interpretar e Transformar o Brasil – Núcleo de Estudos (IeTB-UFGM), membros da Rede Nacional de Grupos de Pesquisa e Extensão em Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Membro do Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais – IPDMS. E-mail: seferian@ufmg.br

* Bruna Maria Expedito Marques é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Lavras e mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Foi bolsista de iniciação científica CNPQ nos biênios 2017/2018 e 2018/2019 e atualmente é bolsista de mestrado CNPQ 2019/2021. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (GPTC-USP) e coordenadora do Interpretar e Transformar o Brasil – Núcleo de Estudos (IeTB-UFGM), membros da Rede Nacional de Grupos de Pesquisa e Extensão em Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Advogada. E-mail: bru.maria.marques@gmail.com

Palavras-chave: Acumulação primitiva; Direito do Trabalho; Luta de classes; Contrarreforma; *Landnahme*.

1. Introdução

No Livro 1 de *O Capital*, Karl Marx descreve o desenvolvimento do modo de produção capitalista a partir da Lei Geral da Acumulação Capitalista. Esta lei social – que como todas as demais leis colocadas na obra marxiana, se expressa não como um fluxo determinista, mas como uma tendência – pode ser identificada a partir de suas categorizações sobre a acumulação primitiva, ou seja, o modo como se deu e dá o ponto de partida do modo de produção capitalista, necessário para implantação do processo de acumulação (desenvolvimento²) do capital, que intenciona se pôr de forma ampliada pela lógica de valorização do valor. Em todos estes processos, o Estado e o direito cumprem papéis importantíssimos, sobretudo naquilo que se refere à lida constitutiva e contensiva das classes trabalhadoras em-si e para-si, respectivamente.

Tomando por base essa quadratura dos estudos de Karl Marx, as fundamentais colaborações de Rosa Luxemburgo acerca da “assim chamada acumulação primitiva” e sua expressão não circunscrita a um dado momento sócio-histórico, buscaremos com o presente artigo firmar bases para uma abordagem crítica das contrarreformas trabalhistas que o Brasil experimentou no último período – fundamentalmente as Leis n. 13.429 e 13.467/2017, mas também as recentes medidas que instituíram o “contrato Verde e Amarelo” no país.

Deste modo, em síntese propomos (i) remontar a teoria da “assim chamada acumulação primitiva” de Karl Marx, enquanto processo originário de desenvolvimento do modo de produção capitalista e da acumulação de capital; (ii) sinalizar as atualizações interpretativas da teoria da acumulação primitiva, sobretudo nos pautando nas formulações de Rosa Luxemburgo e Klaus Dörre,; (iii) reconheceras particularidades que tangenciam a formação do capitalismo latino-americano e brasileiro, em suas singularidades, tudo isso a fim de (iv) expor, desde uma perspectiva ecossocialista, o diagnóstico de como as contemporâneas contrarreformas trabalhistas experimentadas no país são expressão deste processo de acumulação primitiva, que se pereniza por meio de práticas de violência direta e despossessão, força esta comum que expressa frentes na destruição profunda do meio ambiente e comunidades tradicionais.

² Aqui a palavra é tomada sem qualquer valorização prestigiosa, mas pura e tão somente ligada à tônica de afirmação da relação social do capital. Em verdade, este “desenvolvimento” em muito se liga às marcas da barbárie próprias do modo de produção capitalista, pautado na predação humana e da natureza não-humana para a sua cada vez mais ampliada existência.

2. Traços gerais da “assim chamada acumulação primitiva” em Karl Marx

Como parte de sua formulação da Lei Geral de Acumulação de Capital, Karl Marx trata sobre o ponto de partida do modo de produção capitalista formulando uma teoria da acumulação primitiva, ou seja, o modo pelo qual são organizados todos os meios necessários ao desenvolvimento desta forma histórica de produção que é a capitalista. Isso posto, é fundamental o reconhecimento de que para o processo de acumulação de capital, tratado de forma detalhada por Marx em sua crítica à economia política, é necessária a extração de mais-valor, o qual decorre da produção e exploração capitalista, “e esta[s], por sua vez, [d]a existência de massas relativamente grandes de capital e de força de trabalho nas mãos de produtores de mercadoria” (MARX, 2017, p. 785). Produtores de mercadoria poucos, bem verdade, e com qualidade de detentores dos meios de produção, enquanto esse conjunto de trabalhadores e trabalhadoras que detém tão somente sua força de trabalho se veem destituídos de toda a qualquer propriedade. Assim, essa acumulação primitiva não é produção do processo de transformação de mais-valor em capital – dado no processo de produção capitalista –, mas, em verdade, o ponto de partida de todo esse processo.

Marx, como apontado, trata desse processo como “a assim chamada acumulação primitiva”. O motivo para uso desta locução se dá, em grande parte, pela história burguesa reputar que, em analogia estrutural ao pecado original teológico, esse processo histórico se reduz a um momento inicial em que na sociedade dividida, de um lado, em sujeitos laboriosos, inteligentes e parcimoniosos e, doutro, em “uma súcia de vadios a dissipar tudo o que tinham e ainda mais” (MARX, 2017, p.785), “surgindo” os possuidores dos meios de produção em razão de sua inteligibilidade e destreza para acumular bens ao contrário dos despossuídos que dissipam tudo que lhes pertence. A leitura, calcada em uma torcida e condescendente apreensão da viragem da ordem feudal para a capitalista, não se compatibiliza com a percepção marxiana. Daí que Marx trata que ao longo de todo o processo de acumulação, o direito e o trabalho operam como os meios usuais de enriquecimento, sendo que no momento da acumulação primitiva operam outros meios, os quais “podem ser qualquer coisa, menos idílicos” (MARX, 2017, p.786).

A acumulação primitiva é, pois, processo que se opera pela violência direta.

Primeiramente, e seguindo a lógica da primeira citação de Marx aqui trazida, para que dinheiro, mercadoria, meios de produção e de subsistência sejam transformados em capital é necessário que duas espécies de possuidores de mercadorias se defrontem, ou seja, que de um lado estejam os possuidores dos meios de produção e do outro, os possuidores e possuidoras de força de trabalho. Logo, as trabalhadoras e trabalhadores devem ser tornados livres em um

duplo sentido, primeiro, livre dos meios de produção e, segundo, livres para vender sua força de trabalho. Assim diz Marx (2017, p. 786):

O processo que cria a relação capitalista não pode ser senão o processo de separação entre o trabalhador e a propriedade das condições de realização de seu trabalho, processo que, por um lado, transforma em capital os meios sociais de subsistência e de produção e, por outro, converte os produtores diretos em trabalhadores assalariados. A assim chamada acumulação primitiva não é, por conseguinte, mais do que o processo histórico de separação entre produtor e meio de produção. Ela aparece como “primitiva” porque constitui a pré-história do capital e do modo de produção que lhe corresponde

Para a história burguesa, esse momento histórico (e primitivo) da transição de uma sociedade feudal para uma sociedade sob o jugo da mercadoria e do assalariamento se resume à transformação das produtoras e produtores em trabalhadoras e trabalhadores assalariados, ou seja, a libertação destas e destes da servidão feudal e da coação corporativa. Em verdade, como Marx mostra pela teoria da “assim chamada acumulação primitiva”, essa transformação apenas se dá por conta do enfrentamento e expropriação violentos dessa massa populacional, que passa a se ver, por meio de medidas repressivas e pela consagração de um paramento jurídico legitimador e operacionalizador desta despossessão, destituídos de todos os seus meios de produção e demais bens de vida.

A ofensiva da classe burguesa em formação é alavancada por inúmeros momentos revolucionários, mas os principais são aqueles “em que grandes massas humanas são despojadas súbita e violentamente de seus meios de subsistência e lançadas no mercado de trabalho como proletários absolutamente livres” (MARX, 2017, p.787). Não a toa, tomando por referência a experiência vivida pelas mulheres no medievo europeu, sobretudo quanto a sua práxis política, tenha Silvia Federici (2017) caracterizado a transição do feudalismo para o capitalismo como contrarrevolucionária. A base do momento da “assim chamada acumulação primitiva” será, portanto e desde a realidade europeia do capitalismo nascente de séculos atrás, a expropriação da terra “que antes pertencia ao produtor rural, ao camponês” (MARX, 2017, p.787). Quanto a isso, ainda que a análise de Marx esteja limitada a formação do capitalismo inglês, o autor já antecipa que essa expropriação de terras assumirá dinâmicas distintas nos diversos países, percorrendo “várias fases em sucessão diversa e em diferentes épocas históricas” (MARX, 2017, p.788).

Isso posto, em razão do momento histórico analisado em sua crítica à economia política – a formação do modo de produção capitalista na Inglaterra – é que Marx afirma ter a sociedade feudal liberado os elementos para a formação da sociedade capitalista. Além disso,

ao tratar do que são os movimentos e dinâmicas funcionais ao longo desse processo, o autor pontua que a revolução agrária empenhou meios violentos para garantir a expropriação das terras dos camponeses. Aqui, é importante atentar ao que é o papel do direito nesse processo, o que no cenário inglês para Marx estava assim evidenciado:

A propriedade comunal – absolutamente distinta da propriedade estatal anteriormente considerada – era uma antiga instituição germânica, que subsistiu sob o manto do feudalismo. Vimos como a violenta usurpação dessa propriedade comunal, em geral acompanhada da transformação das terras de lavoura em pastagens, tem início no final do século XV e prossegue durante o século XVI. Nessa época, porém, o processo se efetua por meio de atos individuais de violência, contra os quais a legislação lutou, em vão, durante 150 anos. O progresso alcançado no século XVIII está em que a própria lei se torna, agora, o veículo do roubo das terras do povo, embora os grandes arrendatários também empreguem paralelamente seus pequenos e independentes métodos privados. A forma parlamentar do roubo é a das “*Bills for Inclosures of Commons*” (leis para o cercamento da terra comunal), decretos de expropriação do povo, isto é, decretos mediante os quais os proprietários fundiários presenteiam a si mesmos, como propriedade privada, com as terras do povo. *Sir Francis Morton Eden* refuta sua própria argumentação espirituosa de advogado, na qual procura apresentar a propriedade comunal como propriedade privada dos latifundiários que assumiram o lugar dos senhores feudais, quando exige “uma lei parlamentar geral para o cercamento das terras comunais”, admitindo, com isso, ser necessário um golpe de Estado parlamentar para transformar essas terras em propriedade privada, e, por outro lado, quando reivindica ao poder legislativo uma “indenização” para os pobres expropriados (MARX, 2017, p.796).

Logo, a regulamentação jurídica nesse momento histórico justificou a violação do que viria a se tornar o sagrado direito de propriedade, daí Marx indicar as principais nuances da “assim chamada acumulação primitiva” estarem marcadas por pelo:

O roubo dos bens da Igreja, a alienação fraudulenta dos domínios estatais, o furto da propriedade comunal, a transformação usurpatória, realizada com inescrupuloso terrorismo, da propriedade feudal e clânica em propriedade privada moderna, foram outros tantos métodos idílicos da acumulação primitiva. Tais métodos conquistaram o campo para a agricultura capitalista, incorporaram o solo ao capital e criaram para a indústria urbana a oferta necessária de um proletariado inteiramente livre (MARX, 2017, p.804).

Ultrapassado esse primeiro momento em que os camponeses são violentamente expropriados de suas terras para constituir uma oferta de proletários livres aos capitalistas, a legislação inglesa assume novos contornos e se volta contra essa massa expropriada, ao passo

que o autor alemão (MARX, 2017, p.806) fala que “em toda a Europa ocidental, no final do século XV e ao longo do século XVI” há o surgimento “de uma legislação sanguinária contra a vagabundagem”, assim:

a população rural, depois de ter sua terra violentamente expropriada, sendo dela expulsa e entregue à vagabundagem, viu-se obrigada a se submeter, por meio de leis grotescas e terroristas, e por força de açoites, ferros em brasa e torturas, a uma disciplina necessária ao sistema de trabalho assalariado (MARX, 2017, p.808).

É interessante, porém, considerar que ultrapassada essa “gênese histórica da produção capitalista” (MARX, 2017, p.808), a violência extraeconômica, apesar de continuar existindo, aparece nos países centrais da ordem apenas excepcionalmente e as trabalhadoras e trabalhadores assalariados são submetidos às leis da troca mercantil “por educação, tradição e hábito” (MARX, 2017, p.809), como se fossem leis naturais e, nas palavras de Marx, “evidentes por si mesmas” (MARX, 2017, p.808). Mesmo assim, ainda que insertos dentro de um contexto de normalização da violência econômica e ideológica mediatizados pela tônica da mercadoria e do contrato, Marx não deixa de perceber que outro aspecto dá condições à origem dessas condições “naturais” de produção, qual seja, o uso do aparelho estatal pela burguesia emergente para regular o salário, ou seja, “para comprimi-lo dentro dos limites favoráveis à produção de mais-valor, a fim de prolongar a jornada de trabalho e manter o próprio trabalhador num grau normal de dependência” (MARX, 2017, p.809), apresentando-se essa regulação dos salários como um momento essencial da acumulação primitiva.

Trata-se de expressão, da mesma sorte originária, de violência de distinta tonalidade, mediatizada pela ação estatal e que em larga medida expressa contornos jurídicos, com vistas a destituir o conjunto de trabalhadoras e trabalhadores dos seus meios de vida.

Deste modo, os traços gerais do momento histórico da

“assim chamada acumulação primitiva”, tratados por Marx a partir do que é o desenvolvimento do modo de produção capitalista na Europa ocidental, sobremaneira, na Inglaterra, podem assim ser resumidos como: (i) “a violenta criação do proletariado inteiramente livre, (ii) a disciplina sanguinária que os transforma em assalariados, (iii) a sórdida ação do Estado, que, por meios policiais, eleva o grau de exploração do trabalho e, com ele, a acumulação do capital” (MARX, 2017, p.813).

Marx é explícito, portanto, ao formular que a gênese histórica do modo de produção capitalista é a transformação de servos e escravos em trabalhadores assalariados, ou seja, é a própria “dissolução da propriedade privada fundada no próprio trabalho” (MARX, 2017,

p.830). Trabalho este que, empenhado em prol de outrem, produz as mercadorias e constitui as bases materiais da sociedade do capital.

3. A “nova *Landnahme*” e suas particularidades

Considerando que Marx propõe que a acumulação primitiva se coloca como processo que serve de ponto de partida do modo de produção capitalista, necessário para implantação do processo de acumulação de capital que se dá ulteriormente por um círculo constante de valorização do valor, cuja principal característica é a separação da classe trabalhadora dos meios de produção, é indispensável perceber como este processo se desenrola desde a articulação de formas de violência jurídica de despossessão dos trabalhadores e trabalhadoras.

Antes, porém, reclama que passemos pela discussão acerca do modo como o capitalismo se expande desde seu momento originário de desenvolvimento.

Aqui, Marx faz uma análise sobre a forma fundamental expansão capitalista – trabalhada futuramente por *Landnahme*³ capitalista –, que se dá por meio da formação de relações capitalistas de propriedade e formação de classes tendo a expropriação do campesinato como pressuposto central para a gênese do então novo modo de produção.

E é tomando tais premissas como referências críticas que a marxista polonesa Rosa Luxemburgo, em sua obra *A acumulação do capital*, desenvolve como seu argumento central a ideia de que essa acumulação primitiva não está presente apenas na pré-história do capital e funciona como “fator determinante da dinâmica do capital” até os dias atuais. O ponto de apoio de nossa reflexão passa a ser, pois, a consideração luxemburguista de que não há uma sociedade capitalista que se baste por si mesma, ou seja, há na história do desenvolvimento do capital perenemente relações entre espaços capitalistas e não capitalistas.

Rosa Luxemburgo questiona na obra em menção sobre a possibilidade de aplicação das “condições válidas para o capital individual” ao “capital total” (LUXEMBURGO, 1970, p.299). E, por isso, formula a hipótese de que a realização de mais-valor “é um problema insolúvel numa sociedade constituída apenas de operários e capitalistas” (LUXEMBURGO, 1970, p.300). Sendo assim, o processo de acumulação primitiva ocorre sob condições históricas distintas ao longo do desenvolvimento do capitalismo. Em Luxemburgo, conforme interpreta Klaus Dörre, essa particularidade do desenvolvimento capitalista é compreendida a

³“Landnahme significa, assim, expansão do modo de produção capitalista para dentro e para fora. Nesse sentido, a separação de grande parte da população agrícola de suas terras criou um “mercado interno”-a população sem terra foi coagida a se sustentar a partir da venda da sua força de trabalho. A pura orientação às necessidades foi eliminada; matérias-primas e mantimentos tornaram-se mercadorias. A subsequente eliminação das indústrias auxiliares e do processo de cisão entre manufatura e agricultura causaram uma reestruturação ainda mais radical, que forneceu o potencial necessário de força de trabalho ao modo de produção capitalista em expansão”.DÖRRE, Klaus. “A nova *landnahme*: dinâmicas e limites do capitalismo financeiro”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, Vol. 06; Nn.12, 2015, p.536-603, p.554.

partir de um caráter dúplice: de um lado, se impõe nos centros de realização do mais-valor, ou seja, “o capitalismo se reproduz continuamente sobre suas próprias bases” (DÖRRE, 2012, p.556); de outro lado, ocorrem relações de troca entre os meios capitalistas e outros não capitalistas. Nas palavras de Dörre (2012, p.556), “o argumento de Luxemburgo afirma que apenas um volume limitado do produto social total pode ser realizado no transito interno”.

Rosa Luxemburgo, no texto “As condições históricas da acumulação” (1970), apresenta um estudo da reprodução ampliada do modo de produção capitalista para além daquilo que foi produzido por Karl Marx, especialmente, por sua abordagem sobre a especificidade histórica dos países periféricos (LOUREIRO, 2018, p.113). Nas palavras de Eduardo Mariutti “é a possibilidade de (re)pensar o conceito de Modo de Produção para além das interpretações estreitas que esterilizaram o marxismo: entendê-lo não como um sistema econômico, mas como modo de produção da vida social” (MARIUTTI, 2017, p.69).

Nesse sentido, tomando que a questão vital da acumulação capitalista é a produção de mais-valor, e que desse modo, em sociedades capitalistas, a produção “contém mais-valia tanto no produto total como em cada mercadoria” (LUXEMBURGO, 1970, p.303), uma de nossas sinalizações passa por evidenciar que no arranjo entre tais sociedades e aquelas que se enredam em formas não-capitalistas, ou pré-capitalistas, tais dinâmicas se operacionalizam. Partindo da premissa fundamental de que as condições históricas da acumulação são a terra (e o conjunto do meio-ambiente não humano), força de trabalho (que no processo de produção capitalista se coloca como capital variável) e meios de produção (nesse mesmo processo se inserindo como capital constante), a exigência e possibilidade de predação quase ilimitada da abundância da terra e da força de trabalho em tais contextos periféricos serve de fomento ímpar a tal lógica.

Tal fato, por exemplo, pode ser experimentado de forma mais evidente em contextos germinais de colonização, mas também se manifesta contemporaneamente dada a agência capitalista e imperialista em países dependentes e periféricos da ordem do capital, sobretudo naquilo que se convencionou tratar por Sul global. Circunstâncias que não passam ao largo da percepção luxemburguista. As bases econômicas da produção de matérias primas são consideradas, por Rosa Luxemburgo, como o sistema primitivo de exploração praticados pelos países capitalistas europeus nas colônias africanas e americanas, espaços que representam tanto a escravidão como a servidão de gleba. Assim, nada impede admitir a possibilidade de produção do capital constante (meios de produção) e do variável (força de trabalho) fora dos meios capitalistas. Nas palavras da autora, o “comércio mundial é uma das condições históricas de vida do capitalismo. Neste processo há troca entre as formas de

produção capitalistas e as não capitalistas” (LUXEMBURGO,1970, p.309). Nesse aspecto, a singularidade da teoria da acumulação de Rosa Luxemburgo é ligada à ideia de conceber o modo de produção capitalista como uma forma econômica distinta que se constitui e desenvolve através da reorganização violenta do “conjunto da vida social em função da acumulação incessante de capitais” (MARIUTTI, 2017, p.69). Para determinar tal singularidade, Rosa Luxemburgo (1970) diferencia a organização econômica capitalista da economia natural e da economia de mercado.

Quanto à economia natural, a autora faz referência às comunidades camponesas primitivas em que há propriedade comum da terra, relações de servidão feudal ou outras e a produção se dá em função das necessidades de subsistência, ou seja, “de modo geral, não há excedente de produtos próprios ou pelo menos nenhuma necessidade premente de dar saída a produtos excedentes” (LUXEMBURGO, 1970, p.317). A economia rural é representada pelo artesanato, na qual é possível a fabricação dos meios de produção. A economia de mercado, por sua vez, é a que está voltada à produção de excedentes e circulação de mercadorias.

O ímpeto do capital é, desse modo, destruir a economia natural e rural, impondo a economia simples de mercado com objetivo de criar e dar movimentação ao seu mais-valor. Contudo, essa modalidade de economia é aniquilada quando a tarefa do capital passa ser “separar o pequeno produtor de mercadorias de seus meios de produção” (LUXEMBURGO, 1970, p.349). Assim, a ordem de destruição e mudanças nas sociedades pré ou não capitalistas é primeiramente, isolamento de produtores por meio da dissolução dos laços de comunidade, em seguida, a separação da agricultura e artesanato e por fim, a destruição da economia simples de mercado, nas palavras da autora:

O resultado geral da luta entre o capitalismo e a economia mercantil simples é seguinte: após ter colocado a economia mercantil no lugar da economia natural, o próprio capital substitui a economia mercantil simples. Se o capitalismo vive das formações não capitalistas, ele vive, dizendo de modo mais preciso, da ruína dessas formações, e se ele precisa necessariamente para acumular de um meio não capitalista é porque precisa de um solo nutriente às custas do qual a acumulação se realiza absorvendo-o. (...). A acumulação capitalista não pode existir sem as formações não capitalistas, assim como estas não podem coexistir ao seu lado. A acumulação capitalista tem como condição de existência a destruição progressiva e permanente das formações não capitalistas (LUXEMBURGO, 2018, p.118).

Ainda sobre o tema da particularidade da acumulação de capital nos países periféricos, vale retornar à necessidade que essa forma econômica tem de pregar de maneira quase ilimitada da abundância da terra e da força de trabalho em tais contextos periféricos.

Aqui, uma vez mais, o trato da terra se mostra como elemento fundamental de controle do assentar capitalista na periferia do capital. Historicamente, a acumulação de capital no Brasil é pautada pela manutenção da posse da terra nas mãos de pequena parcela da sociedade e implementação da modernização agrícola, entoando o desenvolvimento desigual pautado na dualidade entre arcaísmo e modernização. A força de trabalho, em diversos momentos da expansão capitalista, encontra-se tomada por “condições de produção arcaicas, pré-capitalistas” (LUXEMBURGO, 2018, p.115), das quais é necessário que seja libertada para que possa compor a classe trabalhadora capitalista. Assim, “esse desatrelamento da força de trabalho de suas relações primitivas e sua absorção pelo sistema assalariado capitalista é uma das condições históricas indispensáveis ao capitalismo” (LUXEMBURGO, 2018, p.115).

Há, portanto, no movimento de expansão capitalista em espaços pré-capitalistas ou não capitalistas, uma luta constante contra os nativos dessa sociedade, marcada pela usurpação violenta dos meios de produção e constituição de uma classe trabalhadora livre e assalariada. Por conseguinte, em decorrência da necessidade particular do capitalismo de conviver com outras formações econômicas para realização do mais-valor e manutenção constante de sua expansão, Rosa Luxemburgo afirma que “o capitalismo é, em si, uma contradição histórica viva; seu movimento de acumulação é, ao mesmo tempo, a expressão, a solução progressiva e a potencialização dessa contradição” (LUXEMBURGO, 2018, p.123).

Tomando essa análise luxemburguista de uma hipótese de acumulação primitiva permanente e a atual conjuntura em que a ofensiva das classes proprietárias frente às classes trabalhadoras se mostra pela privatização crescente dos bens necessários à reprodução de nossa vida, Klaus Dörre (2015) faz uma análise sobre as dinâmicas e limites do capitalismo financeiro. A partir disso, o autor alemão faz referência às contribuições do geógrafo britânico David Harvey que ao tratar da hipótese de acumulação por espoliação indica que o capitalismo é capaz de trocar suas tendências em momentos determinados de seu desenvolvimento e revolucioná-las com o objetivo de manter o próprio sistema.

Nesse sentido, David Harvey indica que a dinâmica do capitalismo é justamente a sua capacidade de produção e destruição do espaço, logo, a acumulação por espoliação indica a financeirização dos diversos aspectos da vida cotidiana e, por isso, pode ser tratada como um “equivalente funcional ao ato de violência da acumulação primitiva e à *Landnahme* imperialista” (DÖRRE,2015, p.561). A nova *Landnahme*, nas palavras de Klaus Dörre (2015, p. 561), portanto, se apresenta efetivamente a partir da:

privatização de instituições públicas e a desregulação dos mercados de trabalho funcionam como alavanca para uma re ou descomodificação

da força de trabalho. Isso aplicado à problemática do desenvolvimento, significa que o capitalismo não pode existir sem a *Landnahme*, sem a utilização de ativos externos (inclusive força de trabalho ociosa). No entanto, os objetivos concretos, as formas e os meios das *Landnahmen* variam consideravelmente. A escolha da estratégia é sempre um processo político, isto é, *Landnahmen*, no final das contas, são politicamente influenciáveis.

Essa nova *Landnahme* assume particularidades em cada espaço dominado pelo regime de assalariamento capitalista. No conjunto dos países latino-americanos uma das marcas dessa expansão predatória do capitalismo em sua feição contemporânea financeira e neoliberal é a busca constante por todos os espaços não mercantilizados, trazendo, assim, inúmeros espaços da vida privada para dentro da lógica sistêmica da mercadoria capitalista. Desse modo, a principal expressão da dinâmica da *Landnahme* na América Latina se dá pelos processos de privatização de serviços público e pelo aniquilamento de Direitos Sociais, isso para além ofensiva contra povos tradicionais.

Essa privatização constante e crescente de todos os bens necessários à reprodução de nossa vida representa a possibilidade de “abertura de um mercado até então inexistente que será capaz de absorver os fluxos do capital” (LEITE, 2017, p.1057). Assim, o retrocesso nos Direitos Sociais e a ofensiva neoliberal na América Latina operacionaliza novos espaços para essa realização imediata do desenvolvimento capitalista e daí a possibilidade de se falar de um processo de acumulação primitiva permanente, em que, nas palavras de Marx, “grandes massas humanas são despojadas súbita e violentamente de seus meios de subsistência e lançadas no mercado de trabalho como proletários absolutamente livres” (MARX, 2017, p.787).

Dado esse caráter predatório do desenvolvimento capitalista apurado em nossa contemporaneidade latino-americana, coloca-se com urgência a busca por alternativas que salvaguardem os meios de sobrevivência dos sujeitos expropriados e afrontem a dinâmica desse sistema exploratório.

4. Acumulação primitiva, “nova *Landnahme*” e contrarreforma trabalhista em um contexto de contrarrevolução preventiva

A dinâmica que se instala contemporaneamente no Brasil – de marcante avanço das forças burguesas sobre os interesses das trabalhadoras e trabalhadores – por certo se configura, como prenunciado para o trato do restante da América Latina, enquanto parte desta nova *Landnahme*.

São traços bastante evidentes para verificação deste processo a perspectiva de destituição de Direitos Sociais que não os trabalhistas. Quando apontamos o duplo movimento de minguagem dos fundos públicos voltados à Previdência Social, Saúde, Educação, Cultura, Lazer e outros que, por um lado, passam a ser a principal base material para o pagamento de títulos da dívida pública, e de outro, viabilizam a mercadorização de bens e serviços indispensáveis ao bem viver das trabalhadoras e trabalhadores, nitidamente podemos perceber como o fenômeno se coloca desde nossa realidade.

Recentemente, a aprovação da Emenda Constitucional n. 95/2016 e os reiterados cortes promovidos pelo governo Jair Bolsonaro à educação, cultura e políticas públicas diversas são exemplos emblemáticos deste movimento.

Não menos nítida é a ofensiva que se verifica contemporaneamente contra diversas formas de sociabilidade e vida tradicionais em nosso país. Não fossem bastante evidentes as históricas práticas genocidas voltadas contra as populações ditas indígenas que viveram no que hoje convenciamos chamar de Brasil, bem como aquelas voltadas contra as populações sequestradas do continente africano e aqui trazidas para serem exploradas sob a forma escravizada – explicitamente trabalhadas por Marx para caracterizar a prática colonizadora em que a acumulação primitiva se dava –, é certo que este processo perdura até os dias de hoje.

Uma de suas faces mais evidentes, por certo, é a guerra por territórios travada pelo agronegócio, que hoje conta com ainda mais franco e explícito apoio do Governo Federal por meio de seus aparelhos de repressão e condução de “políticas públicas” voltadas à destruição de formas tradicionais e comunitárias de vida, como são as experimentadas por comunidades indígenas, quilombolas, ribeirinhas e outras.

Este processo se coloca não só pelo apoio às grilagens, a interdição de demarcação de terras e reconhecimento do estatuto ancestral de comunidades, a condescendência com a pistolagem e o assassinato por agentes do Estado de trabalhadoras e trabalhadores que resistem à ofensiva do agronegócio – formas de violência direta e jurídica que fomentam a *Landnahme* desde nossa realidade –, mas se manifesta também pela permissividade com o uso de venenos no plantio, o estímulo a multinacionais que se voltam à produção de sementes transgênicas, a recomposição da agenda de políticas públicas voltadas à exportação massiva e à produção agrícola industrial em detrimento daquela de caráter familiar, tudo associado ao bombardeio ideológico que reputa às comunidades tradicionais a pecha de retrógradas, pouco produtivas, privilegiadas e interditoras do “desenvolvimento nacional”.

O discurso de Bolsonaro feito acerca das comunidades quilombolas é emblemático quanto a isso. Afirmou, por exemplo, em discurso à comunidade judaica, que após realizar visita a um quilombo, percebeu que “o afrodescendente mais leve lá pesava sete arrobas”, que os quilombolas “não fazem nada” e que “nem para procriador ele serve mais”, isso para além de frisar que “no que depender de mim [Bolsonaro], todo mundo terá uma arma de fogo em casa, não vai ter um centímetro demarcado para reserva indígena ou para quilombola” (CONGRESSO EM FOCO, 2017).

Tudo a tornar cada vez mais “compreensível que as populações que vivem em contato mais direto com o meio ambiente sejam as primeiras vítimas desse ecocídio” (LOWY, 2014, p.62) engendrado pelo capital, e que na sua atual conformação assume traços propriamente financeiros. Até porque o “desenvolvimento” que em alguma medida se propugna com estas medidas atentatórias à existência destas comunidades tradicionais se coloca em marcha em prol justamente do regime de acumulação financeira, que também no que tange a produção agrícola impera como modelo hegemônico.

Proporcionar a maior concentração de terras, a exclusão de espaços com inserção marginalmente mediatizada pela dominância mercantil, extinguir formas tradicionais de organização de vida e produção, ampliar a uniformização dos bens produzidos, enraizar o consumo destes bens ao máximo da população, intensificar a dependência de produtores e produtoras para com sementes transgênicas, extinguindo as sementes criolas, são medidas que apenas fortalecem as grandes entidades empresariais que animam o agronegócio – no desenvolvimento e produção de sementes, fertilizantes, veneno, maquinário, bem como aquelas efetivamente operam o plantio e colheita, quando tais atividades não se sobrepõem –, estas que em sua massa maioria possuem capital aberto e operam na bolsa de valores.

Junto a isso tudo, há um elemento que serve de gancho à discussão trabalhista que pretendemos tangenciar. É também de interesse destas grandes empresas do agronegócio – mas não só, também sendo de imenso deleite dos setores proprietários urbanos –, articuladas com Estado como seu principal operador, viabilizar a crescente incorporação de pessoas que compõem estas comunidades tradicionais ao mercado de trabalho. Assim, medidas ideológicas, jurídicas e de violências de outras naturezas são conduzidas para compelir a saída de massas populacionais indígenas, quilombolas, ribeirinhas e outras – sobretudo atingindo as fatias mais jovens destas populações – de sua condição de superpopulação relativa em condição latente para a ativa composição do exército industrial de reserva, ou mesmo para o contingente precarizado na contratação da força de trabalho.

Passam, assim, tais pessoas a sair de um cenário de vida comunitária, em que a produção e reprodução se articulam desde priscas eras de forma sustentável e harmônica, ecologicamente preocupada, para se inserirem de cabeça na lógica de dependência cada vez mais crescente da mercadoria e do trabalho assalariado.

Este afluxo populacional, porém, ao revés do que ocorrera com o estímulo traçado com a construção do Direito do Trabalho no Brasil, que fora sistematizado de forma a conferir melhores condições de vida àqueles e àquelas que ao assalariamento industrial urbano se inseriam – e que proporcionou a migração significativa de população do campo para a cidade, bem como uma viragem no padrão de acumulação de capitais no Brasil (OLIVEIRA, 2003) – e a conformação de um desenho particular de cidadania atrelada ao gozo de direitos sociais (SANTOS, 1979), sempre ligados a uma lógica de controle social de alta intensidade, atualmente projeta este amplo contingente populacional à composição de uma massa proletarizada com residual proteção social, com perspectivas de renda pouco controladas, condições de saúde, higiene e segurança do trabalho fragilíssimas e sujeitas a jornadas de trabalho extenuantes.

Tal fato é comum tanto nos postos de trabalho assalariados no campo quanto na cidade, que atualmente, largamente impactados pelas novas modalidades de contratação da força de trabalho impressas pela práxis empresarial e referendadas largamente pelas contrarreformas trabalhistas experimentadas no país, nos levam a um cenário de ainda mais intensa promoção das margens de lucro das classes proprietárias.

Como sói conveniente repisar, o atual desenho da Legislação Trabalhista brasileira não remete mais em nada ao onírico quadro visualizado (e demonizado) pelos setores proprietários de nossa sociedade, visão esta que em larga medida foi historicamente ecoada pelos meios de comunicação de massa no país. Se, por força de intensas lutas sociais que remontam a virada do séc. XIX para o XX foi possível conformar um arcabouço normativo capaz de conferir marcos elementares de proteção ao trabalhador e à trabalhadora em sua contratação da força de trabalho, passou esta estrutura a ser demolida a partir da contrarrevolução preventiva instalada com o golpe empresarial-militar de 1º de abril de 1964. Com o breve hiato de suspensão de retirada de Direitos Trabalhistas tido entre 1978 a 1988 (ainda que mesmo neste interstício retrocessos tenham sido verificados, ainda que em baixíssima intensidade quando comparado com outros períodos), o que se vê desde então é a escalada de ofensivas contra os interesses das classes trabalhadoras – sobretudo do proletariado – naquilo que se refere às suas condições de vida.

Este processo remete às movimentações postas pelo regime financeiro de acumulação de capitais, que no Brasil, antes mesmo de sua afirmação em escala global, passa a ser experimentado. Não a toa tenhamos, por exemplo, um dos maiores ataques trabalhistas de nossa história posto pelo bloco empresário-militar com a criação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, o FGTS, pela Lei n. 5.107/1966, que “que não só precarizou os laços empregatícios, abrindo as portas para pôr fim à estabilidade no emprego, como resultou no direcionamento de grandes montas a esta ‘poupança compulsória’, aquecendo o mercado financeiro brasileiro em geral”, isto posto a “não obrigatoriedade, *ab initio*, das contas serem vinculadas à Caixa Econômica Federal” (SEFERIAN, 2017, p. 57).

Daí, terceirização, contratos temporários ou por tempo parcial, para além de práticas precarizadoras não legalizadas se banalizaram no mercado de trabalho e nas margens da normalização da contratação da força de trabalho. Ocorre que até o golpe de 2016, alterações mais contundentes e estruturais na Legislação do Trabalho se colocavam apenas na dimensão da possibilidade – como era o caso da implementação da prevalência do negociado coletivamente sobre o legislado, tema de alteração legal já propugnado pelo Partido dos Trabalhadores no Governo Federal, bem como por parte de sua base social CUTista, por meio do famigerado Acordo Coletivo Especial – tendo se efetivado a toque de caixa depois da mudança de governo.

A legalização definitiva desta medida mencionada – que teve por antessala a criação do Plano de Proteção ao Emprego, por Dilma Roussef – , bem como de outras tantas, veio apenas após a assunção golpista da Presidência por Michel Temer, isso por meio da aprovação das Leis n. 13.429 e 13.467 de 2017.

É de se ter em conta que em larga medida a fragilização do governo Roussef se deu no momento em que este decide estabelecer uma queda de braço com o setor financeiro nacional, muito embora tivesse buscado uma sobrevida à sua sustentabilidade ao agenciar Joaquim Levy ao alto escalão de seu governo. As fissuras proporcionadas já eram irremediáveis à governabilidade conciliatória classista costurada no país desde 2002, que junto ao intensificar da crise global do capital que passavam a se sentir de forma mais intensa no país desde 2014 – revelando também a insustentabilidade do social-liberalismo –, abrindo margens para o retrocesso.

A alternativa de um governo burguês puro sangue que, sem mediações, colocasse em pauta as políticas econômicas do setor financeiro passou a ser a saída vislumbrada pelos setores proprietários do país. O mencionado golpe de 2016, e suas consequências mais graves

– que aqui podemos sinalizar como a aprovação da Emenda Constitucional n. 95/2016, a Emenda do Teto, e as já citadas contrarreformas trabalhistas – não deixam dúvida disto.

Quanto às últimas, foram marcadas por algumas características fundamentais:

- a) A fragilização material e moral das entidades de classe, isso ante a extinção da contribuição compulsória sindical e a abertura de potencial de se reputar aos sindicatos a responsabilidade pela destituição de direitos, tendo em vista a permissividade de prevalência do negociado coletivo sobre o legislado;
- b) A criação de novas modalidades de contratação, dentre as quais a do trabalho intermitente se mostra a mais aberrante em detração de direitos, haja vista que não salvaguarda nem ao menos remuneração mínima, garantia de renda ou previsibilidade de agenda ao trabalhador ou trabalhadora que a ela se submete, sendo apenas um meio ultraflexível de gerir a contratação da força de trabalho pelos setores proprietários;
- c) A possibilidade de revisão de conquistas históricas, como dito, por meio de negociação coletiva, ou mesmo pela ampliação da outrora inabalável autonomia individual da vontade trabalhista. É o que se nota, por exemplo, de forma ampla com os assim tidos trabalhadores e trabalhadoras em condição de hiperssuficiência (ou seja, percebendo salário superior a duas vezes o teto do Regime Geral da Previdência Social e portando diploma de ensino superior), ou de maneira modulada aos demais trabalhadores e trabalhadoras ao se criar a rescisão contratual de comum acordo, ao conferir a possibilidade de quitação de títulos trabalhistas anuais, ao viabilizar o acordo de banco de horas individual, entre outros;
- d) A blindagem patrimonial do setor empresarial, com as alterações levadas aos institutos de sucessão empresarial, grupo de empresas, bem como na responsabilização de sócios retirantes e terceiros;
- e) A extinção sumária de alguns direitos trabalhistas, como as horas *in itinere* e a homologação rescisória;
- f) A permissividade da terceirização ampla e irrestrita;

Afirmamos, sem pestanejar, se tratarem de medidas funcionais ao processo de acumulação de capital por não só minorarem a participação da partilha da riqueza aos trabalhadores e trabalhadoras (dada a corrosão remuneratória proporcionada direta ou indiretamente pelas medidas, intensificando indiretamente a dependência material daquelas e daqueles que vivem de seu trabalho para com o microcrédito), salvaguardando maiores margens para o lucro (seja direto das instituições bancárias, seja proporcionando novos investimentos por parte dos demais setores capitalistas) e dinamização de papéis financeiros especulativos dada a intensificação dos marcos de exploração capitalista.

São todas marcas da violência de classe impressa pela via jurídica, que referenda violências econômicas e extra-econômicas de espoliação dos meios de vida daqueles e daquelas que vendem sua força de trabalho em uma sociedade em que o trabalho se encontra plenamente sociabilizado pelas determinações mercantis. Um caso explícito de como opera, também neste particular, o processo de acumulação primitiva.

Deste modo, não podemos também deixar de perceber que em nossa história, a articulação das ofensivas das trabalhadoras e trabalhadores se combina com os hiatos em que ebulição do movimento dos povos tradicionais também se colocou em marcha. É exemplo disso a década que antecede a Constituição da República de 1988, que não só viu o mais intenso processo de movimentação sindical renovada do país, como também o dar vida ao movimento indígena, de negritude, quilombola, para além do movimento feminista, o nascimento do movimento LGBT, o forjar das lutas anti-manicomial e pela saúde e assistência social públicas e universais etc. O mesmo vale para o processo de ofensiva das classes proprietárias, que no Brasil, de forma mais evidente, desde o início dos anos 1990 se coloca em marcha sem interrupções, passando por picos na metade daquela década e depois do Golpe de 2016, em que de forma combinada Direitos Sociais, trabalhistas inclusos, meio de vida de comunidades tradicionais e a integridade da natureza não humana se veem atingidos.

Trata-se de uma ofensiva comum – aos Direitos Sociais, Trabalhistas inclusos, às comunidades tradicionais e ao meio ambiente – que intenciona a garantia única e exclusiva dos ganhos ao capital financeiro.

5. Conclusão

Diante do exposto, torna-se possível compreender como o processo de acumulação primitiva descrito por Marx e densamente complexificado com a obra de Rosa Luxemburgo não se resume a uma manifestação datada e territorialmente circunscrita aos países centrais da ordem do capital. Trata-se em verdade de um processo de caráter permanente, dado de forma

diversa nas mais variadas realidades sócio-históricas, pelo que podemos afirmar acompanhe o desenvolvimento desigual e combinado do modo de produção capitalista.

Deste modo, a tônica de violência direta ou extra-econômica – donde também a jurídica aparece – acaba por ser verificada em tal processo, que não só se dá pela incorporação dos (hoje poucos) territórios e comunidades humanas que estão fora da sociedade do capital, ainda que por ela em largamente sejam funcionalizadas, como também por uma requalificação dos espaços já determinados pela lógica da mercadoria. Neste particular, movimentos de destruição reinventiva são muitos, e servem de guia a tais processos.

Assim, quando olhamos a realidade brasileira, podemos perceber que o processo típico de acumulação de capital foi experimentado nitidamente no longo período em que perdurou a escravidão legal no país – ou seja, até 13 de maio de 1888 –, mas não só: ao nos confrontarmos com o conjunto de contrarreformas sociais hoje implementadas, a trabalhista inclusa, também nos faz vista a série de práticas próprias da nova *Landnahme*, sobretudo pela rapina burguesa dos aparelhos e fundos ligados à consagração de Direitos Sociais – como saúde, educação, Previdência Social, lazer etc –, bem como a redução das condições de vida dos trabalhadores e trabalhadoras diretamente afetados pelas contrarreformas – tanto em sua perspectiva de renda, como também de tempo de trabalho e condições de saúde, higiene e segurança do trabalho –, fatos que sinalizam a perfeita quadratura do fenômeno no contexto de espoliação ou despossessão próprio da acumulação primitiva.

Notamos também que se trata de um movimento combinado, capitaneado por uma mesma força – o capital, em sua expressão financeira – que intenta não só contra estes fundos públicos, mas também na precarização das relações de trabalho, na destruição dos modos tradicionais de sociabilidade não (ou pouco) mercadorizados e do meio ambiente. Trata-se de uma mesma força estrutural, que volta seus esforços para uma mesmíssima finalidade: destruir seus obstáculos, alcançar mais alta lucratividade, a que custo for.

De grande atualidade, as obras de Karl Marx, Rosa Luxemburgo, David Harvey, Klaus Dörre e outros pensadores e pensadoras seguirão nos seguindo a olhar criticamente para nossa realidade, com vista de transformá-la cotidianamente em prol da construção de uma alternativa de sociabilidade humanamente igualitária, profundamente plural e ecologicamente preocupada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONGRESSO EM FOCO. “Bolsonaro: ‘Quilombola não serve nem para procriar’”. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/bolsonaro-quilombola-nao-serve-nem-para-procriar/amp/>, acessado em 17.01.2020.

DÖRRE, Klaus. A nova Landnahme: dinâmicas e limites do capitalismo financeiro. In: Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 6, n.3, 2015, p. 536-603.

GONÇALVES, Guilherme Leite. "Acumulação primitiva, expropriação e violência jurídica: expandindo as fronteiras da sociologia crítica do direito. Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2017, p. 1028-1082.

FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa: Mulheres, Corpo e Acumulação Primitiva**. Trad. Coletivo Sycorax. São Paulo: Elefante, 2017.

LÖWY, Michael. Lutas ecossociais dos indígenas na América Latina. **Crítica Marxista**, São Paulo, v. 1, n. 38, p.61-70, jun. 2014. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/artigo310artigo4.pdf> .

LUXEMBURGO, Rosa. **A acumulação do capital: estudo sobre a interpretação econômica do imperialismo**. Trad. Moniz Bandeira, Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

MARIUTTI, Eduardo Barros. “Capital e Violência: uma introdução ao pensamento de Rosa Luxemburgo”. In: Filho, Paulo Alves de Lima; Novaes, Henrique Tahan; Macedo, Rogério Fernandes. (Orgs) **Movimentos sociais e crises contemporâneas à luz dos clássicos do materialismo crítico**. Uberlândia: Navegando Publicações, 2017. p.69-96.

MARX, Karl. **O capital**. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2017. Tradução de: Rubens Enderle.

OLIVEIRA, Francisco de. “Crítica à razão dualista”. In: **Crítica à razão dualista/ O ornitorrinco**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

SANTOS, Wanderley Guilherme. **Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SEFERIAN Scheffer Machado, Gustavo. **Direito do Trabalho como barricada: sobre o papel tático da proteção jurídica do trabalhador**. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Seguridade Social) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

SOBRE “MODERNIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO”, “ALTOS ESTUDOS”, “PACOTES” E O PERCURSO CONSCIENTE EM DIREÇÃO À BARBÁRIE

Jorge Luiz Souto Maior

Desde quando comecei a aprofundar estudos sobre o Direito do Trabalho, a partir de 1988, com as aulas do professor Márcio Túlio Viana, em curso de especialização na Faculdade de Direito do Sul de Minas e, depois, de 1989 em diante, quando ingressei no curso de especialização da Faculdade de Direito da USP, ainda sob os cuidados de Amauri Mascaro Nascimento, Octavio Bueno Magano, Wagner Drdla Giglio, Pedro Vidal Neto, Anníbal Fernandes e Cássio de Mesquita Barros Jr, tenho lido textos e notícias expressando essa ladainha em torno da necessidade de se implementar uma “modernização das relações de trabalho no Brasil”.

Bem antes disso, o argumento havia sido utilizado para impulsionar uma modificação completa na legislação trabalhista brasileira durante a década de 60.

Aliás, na década de 50, José Pinto Antunes, professor catedrático de Economia Política da Faculdade de Direito da USP, na aula de abertura do ano letivo de 1957, intitulada “O Robô e as consequências econômico jurídicas de sua utilização”^[i], dizia que o Direito do Trabalho, que ainda engatinhava e que sequer possuía instrumentos minimamente eficazes para a sua aplicação, já havia causado vários danos à economia e que, diante dos avanços da robótica, estava fadado à extinção imediata.

Na década de 90, ficaram por conta de José Pastore as críticas mais severas aos direitos trabalhistas. Dizia ele: “Convenhamos: a CLT e a Justiça do Trabalho têm mais de 50 anos. Elas foram criadas para um mundo fechado e para uma economia protegida contra as agressões do processo competitivo.”^[ii] Em 1997, preconizava, inclusive, que o emprego e, consequentemente, os direitos trabalhistas, acabariam em 10 anos:

“Já há sinais disso. O mundo do futuro está nascendo completamente diferente do atual. Tudo indica que, daqui a uns dez anos, a grande maioria das pessoas trabalhará não mais em empregos fixos, mas como autônomos, em projetos que têm começo, meio e fim.”^[iii]

E como ficarão as licenças, férias e aposentadoria? Já nas primeiras décadas do próximo milênio, isso vai virar peça de museu porque, no novo mundo do trabalho, desaparecerá a relação de subordinação entre empregadores e empregados. Isso ocorrendo, desaparecerá quem conceda licenças, férias e aposentadoria.”^[iv]

Na linha do cenário apocalíptico^[v], chegou, inclusive, a sentenciar:

“Para você que é jovem e gosta de estudar, está aí um ‘kit de sobrevivência’ para enfrentar o desemprego estrutural. Ouça bem os sons do futuro. Eles já estão anunciando: trabalhadores do mundo, eduquem-se! Leis do mundo, flexibilizem-se.” ^[vi]

Em agosto de 2019, o mesmo autor, em nítida tentativa de se redimir das previsões e proposições feitas, veio a público para, mesmo não se rendendo à declaração formal do vínculo de emprego, defender a aplicação de direitos sociais às 50 milhões de pessoas

excluídas do trabalho formal, sem mencionar, é claro, que o processo de exclusão e de negação de toda e qualquer proteção social se deu, em grande medida, em razão das políticas pautadas pela mera adaptação do direito às novas tecnologias. Aliás, o autor se expressou de modo a desacreditar sua própria tese anterior, afirmando, expressamente, que o emprego não vai acabar[vii].

Em 2016, quando se concebeu a cena política necessária para uma maior destruição dos direitos trabalhistas, o argumento utilizado para justificar midiaticamente o ataque foi, novamente, o da necessidade de “modernização das relações de trabalho”, apoiado, inclusive, na caduquice da CLT, que teria mais de 70 anos.

Em 2017, o estágio de ruptura democrática favoreceu a aprovação, sem respeito aos regulares trâmites do processo legislativo constitucional e a preceitos de convenções da OIT, em tempo recorde, da mais profunda alteração sofrida pela legislação trabalhista na história do país.

Foram mais de 200 alterações na CLT, modificando e acrescentando artigos, parágrafos, incisos e letras, de tal modo que se passou a ter uma CLT completamente nova a partir de novembro de 2017. O que passou a reger as relações de trabalho no Brasil foi um aparato normativo novíssimo: a Constituição de 1988, amparada pela “CLT de 2017”.

E depois disso já se promoveram, inclusive, por meio da MP 881, novas alterações na CLT, o que foi feito em nítida afronta à Constituição, vez que Medidas Provisórias não podem ser utilizadas para esse fim.

Com todas essas modificações, não é que o governo federal anunciou a formação de um Grupo de Altos Estudos do Trabalho – GAET, formado por ministros, desembargadores e juízes do trabalho, que terá por tarefa tratar da “modernização das relações trabalhistas”, conforme esclarece o secretário especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, Rogério Marinho, que, ao que parece, só sabe dizer essa frase, desde quando foi escalado, enquanto deputado federal, como relator da “reforma” trabalhista?!

Não bastasse, o secretário especial de Produtividade, Emprego e Competitividade, Carlos da Costa, para defender publicamente a inexistência de responsabilidades trabalhistas das empresas proprietárias de aplicativos, disse que: “O mundo não pode mais e não suporta mais códigos como aqueles que foram escritos 50, 60 ou 70 anos atrás, em que o cenário era diferente. O mundo moderno é do MEI (Microempreendedor Individual)”.[viii]

Ou seja, mesmo com todas as modificações e atualizações operadas, para se passar por grande entendedor das coisas do Direito do Trabalho no Brasil, basta repetir o chavão de que a “legislação trabalhista brasileira é antiquada, retrógrada e que não atende as exigências do mercado, ditadas pelos avanços tecnológicos e os novos paradigmas da produção e dos serviços”. E essa fala continua valendo, para desespero da consciência, inclusive depois da “reforma” trabalhista.

O que resulta dessas frases feitas, vazias de conteúdo e grande efeito retórico, é o mero argumento supostamente matemático que se apegua na redução de custo como pressuposto do lucro, sendo que a redução seria alcançada por meio da retirada de direitos. Por esse argumento simplista, menor custo é igual a maior lucro. Esse cálculo não fecha porque o lucro depende do consumo e sem mercado de trabalho sólido e estável não há consumo e, portanto, o menor custo é apenas menor custo e, se generalizado, ou seja, valendo para todos, serve apenas para diminuir o consumo e, conseqüentemente, o lucro, fazendo a roda do capital girar ao contrário.

Além disso, dentro de um contexto no qual os direitos trabalhistas já foram intensamente reduzidos, buscar a mesma solução equivale a colocar na mesa a eliminação completa de direitos, o que inclui a aniquilação dos sindicatos de trabalhadores e a extinção da Justiça do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho e da advocacia trabalhista.

Mas se já era inconcebível que se quisesse fazer acreditar que a mera redução de custos do trabalho por meio da redução de direitos fosse mecanismo eficiente para melhorar a economia e se já era desesperador ouvir os argumentos em torno da “velhice” da legislação trabalhista no Brasil, imagine-se agora, depois que a “reforma” trabalhista fez da CLT o “código” mais atualizado do Brasil e que é também o momento histórico em que os efeitos da “reforma” já podem (e devem) ser conhecidos e reconhecidos.

Para tentar evitar que ao menos não se alegue desconhecimento a respeito e, com base nisso, se continue apresentando “soluções” que não passariam do aumento da dose do mesmo remédio, o que, neste momento, nos conduziria a passos largos para a barbárie, cumpre deixar aqui registrados os fatos que, mês a mês, marcaram o pós-reforma trabalhista.

Em primeiro lugar, é fundamental lembrar que, em abril de 2017, antes das alterações normativas promovidas pela “reforma” trabalhista, foram criadas 59.856 vagas com carteira assinada, chegando-se a 38,3 milhões de trabalhadores, sendo que, em abril de 2016, este número era de 39,3 milhões^[ix], isso considerando, também, o emprego doméstico. Sem esse segmento (para as devidas comparações futuras), eram 33,3 milhões de trabalhadores com carteira assinada, sendo que, em abril de 2016, esse número era de 34,5 milhões^[x].

Esses números, de todo modo, servem para demonstrar, conforme atestaram os dados seguintes, que a melhoria da economia depende de outras medidas não relacionadas ao custo do trabalho e que, bem ao contrário do que se sustenta, o papel de preservação da saúde e de melhoria da condição social e econômica dos trabalhadores exercido pelo Direito do Trabalho milita contra o aprofundamento das crises do capital. Basta lembrar que as limitações impostas pelos Direitos Sociais foram difundidas mundialmente com maior seriedade exatamente no momento de maior crise (final da segunda Grande Guerra).

Não se pode olvidar, igualmente, que, em 2013, antes da “reforma” e sob influência de uma atuação jurisdicional na linha da efetivação dos direitos constitucionais, se chegou à menor taxa de desemprego da história nacional, 5,4%^[xi], contabilizando-se 36,8 milhões de trabalhadores com carteira assinada (sem considerar o trabalho doméstico)^[xii].

Em novembro de 2017, entrou em vigor a “reforma” trabalhista, Lei n. 13.467/17, e, em janeiro de 2018, o que já se verificou foi uma diminuição do número de empregados com carteira assinada^[xiii] porque, obviamente, a tendência do mercado seria mesmo a de buscar as novas formas precárias de contratação.

Cabe o registro de que essa engrenagem já vinha se desenvolvendo desde 2016, quando muitos vieram a público para defender abertamente a retirada de direitos trabalhistas como forma necessária de alimentar a economia, sendo que, para tanto, consideraram que os discursos da crise e do desemprego se apresentavam como essenciais, ainda que, efetivamente, a crise econômica (de 2015 e 2016), ditada por vários outros fatores alheios ao custo do trabalho, fosse uma realidade.

Assim, muitas empresas, apesar dos lucros obtidos em 2015, visualizando a possibilidade de contratações por intermédio das novas fórmulas precárias que se anunciavam, promoveram dispensas em massa de trabalhadores, estimulando, ao mesmo tempo, a desestruturação

política que seria também necessária para se chegar à aprovação, na época, do projeto de lei que ampliava a terceirização (PL 4.330/04, depois, PLC 30/15).

Tanto isso se deu que, mais tarde, na aprovação da “reforma” trabalhista, para conferir garantia jurídica a esse movimento e até o estimular, incluiu-se um dispositivo na CLT permitindo, expressamente, as dispensas coletivas por parte das empresas, sem necessidade de autorização dos sindicatos.

A questão é que com isso se adentrou em uma lógica recessiva de difícil reversão, ainda mais quando não se quiser reconhecê-la.

No mesmo mês de janeiro de 2018 se anunciou que o reajuste do salário mínimo ficaria abaixo da variação da inflação, o que representou uma redução generalizada de ganho da classe trabalhadora [\[xiv\]](#).

Em fevereiro de 2018, já era possível compreender o quanto a precarização implicava redução do ganho do trabalhador, contrariando, inclusive, o argumento já clássico dos que atacam os direitos trabalhistas, no sentido de que sem o custo dos direitos os empregadores reverteriam o valor economizado para os trabalhadores. Como apontado na reportagem assinada por Daniel Silveira e Darlan Alvarenga, publicada no portal G1, os trabalhadores sem carteira assinada tinham ganhos inferiores aos de carteira assinada. [\[xv\]](#)

Em março de 2018, até mesmo a grande mídia, defensora fervorosa da “reforma”, já conseguia antever que o aumento da informalidade, fruto da precarização, dificultaria a recuperação da economia, valendo lembrar, também, que a “reforma” foi justificada com a geração de 2 milhões de empregos e o sobressalto da economia. [\[xvi\]](#)

Em março de 2018, as notícias eram de que a informalidade continuava crescendo, gerando impacto no consumo, retroalimentando o ciclo da crise. [\[xvii\]](#)

Assim, qualquer melhora em números no sentido da recuperação da economia seria ilusória, vez que sustentada sobre a base da informalidade, que favorece a acumulação da riqueza produzida, a evasão de divisas, o aumento dos custos sociais e a redução da arrecadação do Estado para promoção de políticas públicas. [\[xviii\]](#)

Do ponto de vista do empreendedorismo, o que se multiplicava eram as empresas de terceirização [\[xix\]](#), que não representam aumento de produtividade e sim mais uma forma de distanciamento do grande capital em relação ao trabalho, favorecendo as mesmas práticas de acumulação de capital e de redução dos ganhos dos trabalhadores, sem efeito benéfico à economia, já que inalterado o nível de produção.

Com todos esses efeitos negativos já em curso, o que a grande mídia tratava de fazer era tentar encontrar um argumento para falar bem da “reforma”.

Desse modo, em abril de 2018, comemorava-se a redução do número de reclamações trabalhistas [\[xx\]](#), como se isso promovesse alguma melhora na saúde econômica do país e, bem diversamente, não servisse para aumentar a concentração de renda, a exploração do trabalhador e o sofrimento no ambiente de trabalho. Verifique-se que os dados apontados eram no sentido da redução, sobretudo, das ações envolvendo danos morais e insalubridade [\[xxi\]](#).

Enquanto isso, em abril de 2018, contrariando os argumentos retóricos dos defensores da “reforma”, o desemprego aumentava [\[xxii\]](#), chegando ao índice de 13,1%, atingindo 13,7 milhões de pessoas. [\[xxiii\]](#) Ao todo, a desocupação, incluindo desempregados (que buscam

emprego) e desalentados (que já desistiram de procurar emprego), chegava a 27,7 milhões de pessoas, o maior índice desde 2012[xxiv]. A taxa recorde de desalento, com aumento de 4,6 milhões de pessoas, sobretudo de jovens negros e pardos, foi o que, inclusive, segurou o índice do desemprego[xxv].

E como uma espécie de segurança da impunidade foi concedida aos empregadores, dada a obstrução do acesso à justiça aos trabalhadores e a fragilização da atuação sindical, o efeito provocado foi o aumento dos atos de ilegalidade no ambiente de trabalho. Em abril de 2018, o desemprego aumentava também porque eram em maior número as contratações de trabalhadores sem carteira assinada, atingindo-se, neste dado, o maior nível em 06 anos[xxvi].

Precarização, desalento, obstrução do acesso à justiça, certeza da impunidade para os empregadores, desemprego, baixos salários, tudo isso só poderia mesmo resultar em menor preocupação com a segurança no ambiente do trabalho e com a preservação da saúde do trabalhador. Por consequência, até abril de 2018, já se tinha o registro de 184.519 acidentes do trabalho no Brasil, com 653 mortes[xxvii].

O que já se promovia, por consequência, era uma maior concentração da riqueza e um rebaixamento do ganho da classe trabalhadora, tanto que as vagas de trabalho abertas no 1o semestre de 2018 se restringiam às remunerações de até 2 salários mínimos[xxviii].

Em maio de 2018, o nível de desemprego ficou em 12,7%, atingindo 13,2 milhões de pessoas, mas o número de trabalhadores sem carteira assinada e o trabalho informal continuava aumentando[xxix].

Como consequência de todos esses fatos ligados diretamente à “reforma” trabalhista, registrava-se, em junho de 2018, o aumento da desigualdade social[xxx], sendo que, precisamente, já se chegou, aqui, no último período, ao resultado de que a renda dos 1% mais ricos foi 36 vezes superior à média dos mais pobres.

Sem políticas públicas efetivas, sem arrecadação eficaz, sem perspectivas de investimentos e com o ambiente propício à concentração da riqueza, o primeiro semestre de 2018 é marcado pelo recorde do volume de remessas ao exterior, atingindo a cifra de US\$ 1 bilhão[xxxi].

Até julho de 2018, 78,4% dos empregos criados eram de trabalhos intermitentes ou parciais.[xxxii]

Em efeito “bola de neve”, já se verifica considerável redução do consumo, o que impedia, inclusive, previsões otimistas para o ano[xxxiii].

Também como consequência do desemprego, do aumento da precarização e da redução dos salários, em agosto de 2018, a Previdência Social anunciava a diminuição da arrecadação em R\$1,95 bilhão, só em um bimestre[xxxiv]. Em um único mês, setembro de 2018, a Previdência anuncia um déficit de R\$31,5 bilhões[xxxv].

Em novembro de 2018, o desemprego caía a 11,6%[xxxvi], mas graças à informalidade, que bate novo recorde, atingindo 43% dos trabalhadores, 39,7 milhões de pessoas[xxxvii].

Nessa altura, o que sobrava para os trabalhadores era o aumento do sofrimento. Até aquele instante, novembro de 2018, registrava-se aumento de 12% das consultas psiquiátricas relacionadas ao trabalho[xxxviii]. E o Estado cumpria a sua parte, dificultando, até por falta de recursos, a concessão de benefícios previdenciários[xxxix].

Chega-se a dezembro de 2018, após um ano de vigência da “reforma” trabalhista, com redução de salários dos trabalhadores, vez que a média dos reajustes fixados em acordos coletivos, dado a rebaixamento do poder negocial e da ação sindical (a arrecadação dos sindicatos reduziu 80% em 2018[xl]), ficou abaixo da inflação no período[xli].

Além disso, o índice de desemprego continuava no patamar de 11,6%, mas graças ao número de trabalhadores sem carteira assinada que aumentou 3,8%, representando 427 mil pessoas[xlii]. A situação já piorava, sobretudo, para jovens até 24 anos, sendo que até dezembro de 2018 (em conta iniciada em 2012), já haviam sido fechados 1,9 milhão de postos de trabalho com carteira assinada nesse segmento[xliiii]. Essa é uma questão, ademais, que já constituía um grande problema desde a década de 90[xliv] e que não foi solucionada pela política de flexibilização e redução de direitos.

Os problemas não são graves apenas para os desempregados. Em razão da redução salarial, a pressão pelo desemprego, a ausência de fiscalização e a disseminação de formas precárias de contratação, o sofrimento também aumenta para quem está trabalhando. Em 2018, o número de mortes por acidentes de trabalho volta a crescer depois de 05 anos. Foram 2022 mortes[xlv]. O argumento para justificar esse acréscimo foi o de que no ano o número de trabalhadores com carteira assinada (incluindo o trabalho doméstico) teria saltado de 37,8 milhões para 38,4 milhões, o que equivaleria ao percentual do aumento do número de mortes. Mas isso reflete também o processo de precarização das condições de trabalho, que certamente atingiu os 530 mil empregos criados em 2018[xlvi].

Verifica-se um rebaixamento geral da arrecadação, piorando o quadro geral do déficit público[xlvii], o que ao mesmo tempo, de forma paradoxal, impede a efetivação de políticas públicas sociais e retroalimenta o argumento desviado de que a culpa do déficit é do montante dos salários pagos aos servidores públicos, quando se sabe, ou se deveria saber, o quanto os serviços públicos são essenciais ao funcionamento do Estado Social de Direito e o quanto os ganhos dos servidores, com sua estabilidade no empregado, são eficientes para sustentar a rede de consumo.

E, com tudo isso, a grande imprensa continuava comemorando a redução de reclamações trabalhistas que, em dezembro de 2018, estava na casa de 34%[xlviii], como forma de ainda defender a “reforma” trabalhista.

Somados todos esses efeitos já produzidos, é evidente que a expectativa para 2019 não seria das melhores e, em dezembro de 2018, já se previa que não haveria uma geração de empregos em 2019, embora os empresários que faziam essa previsão não quisessem revelar qualquer falta de otimismo.[xlix]

Mas o que o governo federal estava pensando era apenas nos meios que poderia utilizar para precarizar ainda mais o trabalho. Em dezembro de 2018, o Presidente da República diz, expressamente, que a legislação trabalhista teria que se aproximar da informalidade[l] e que “ser patrão no Brasil é um tormento”[li].

No final de janeiro de 2019, o desemprego aumentou para 12%, atingindo 12,7 milhões de pessoas e o número de desalentados chegava a 4,7 milhões[lii]. Em 13 capitais brasileiras, inclusive, o índice de desemprego era o maior dos últimos 7 anos[liiii].

Com o aumento do trabalho informal, a redução dos salários e a obstrução do acesso à justiça o efeito foi a formação, em 2018, de um déficit na Previdência na ordem de R\$ 288 bi.

Com a preservação do mesmo quadro, em fevereiro de 2019, projetava-se um déficit previdenciário de R\$ 309 bi[[liv](#)], favorecendo o argumento em favor da reforma previdenciária pautada por uma lógica privatizante.

Em fevereiro de 2019, o desemprego novamente aumentou, chegando a 12,4% (13,1 milhões de pessoas). Praticamente o mesmo patamar de fevereiro de 2018 (12,6%), com a diferença de que aumentavam os desalentados (4,9 milhões) e o trabalho sem carteira assinada (3,4%, 347 mil pessoas a mais).[[lv](#)] [[lvi](#)]

E com todos esses fatos se acumulando mês a mês, demonstrando claramente os efeitos da precarização no mundo do trabalho, os “especialistas” vinham a público para se dizer surpresos com o fato do desemprego estar aumentando[[lvii](#)], ou seja, para negar as evidências e tentar encontrar algum argumento para manter inalteradas as alterações legislativas impostas pela “reforma” trabalhista.

Essa insistência teria que ter algum sentido e o fato concreto é que nem todos, como ocorria inequivocamente com a classe trabalhadora, estavam sendo prejudicados pela situação em curso. Muito ao contrário, grandes empresas e Bancos aumentaram seus lucros em 2018.

Com efeito, as 308 empresas de capital aberto que atuam no Brasil obtiveram, em 2018, lucros no montante total de R\$ 177, 5 bilhões, o que representou um aumento de R\$52,3 bilhões com relação ao ano de 2017[[lviii](#)].

Os quatro maiores Bancos que atuam no país (Itaú, Bradesco, Santander e Banco do Brasil), e que serão, certamente, os maiores legatários da reforma da Previdência que se pretende implementar no Brasil, aumentaram seus lucros em 12,3% no ano de 2018[[lix](#)].

E a linha regressiva da economia, dos problemas sociais e do sofrimento da classe trabalhadora persistia.

Nesse quadro, no que o governo federal estava pensando? Pensava em fragilizar ainda mais a atuação sindical. Foi assim que, em 1º de março de 2019, editou a MP 873, que impedia que a contribuição sindical fosse descontada pelo empregador do salário do empregado.

Em março de 2019, se evidenciava o alto endividamento das famílias[[lx](#)] e, por consequência de tudo isso, em abril de 2019, houve novo aumento do desemprego, que chegou a 12,7%, atingindo 13,4 milhões de pessoas.

E a notícia mais relevante e preocupante foi a da estabilização da situação social de desemprego. Já eram 5,2 milhões de pessoas à procura de trabalho há mais de um ano[[lxi](#)] e 3,3 milhões desempregadas há mais de 2 anos[[lxii](#)].

Além disso, o número de pessoas com carteira assinada se mantinha na faixa de 32,9 milhões de pessoas[[lxiii](#)] (mesmo patamar de 2015, momento de crise em que já se tinha a perda de 4 milhões de empregos formais em relação a 2014[[lxiv](#)]).

O número de desalentados se mantinha no nível de 4,8 milhões[[lxv](#)] e a informalidade se elevava para o número de 11,1 milhões de pessoas[[lxvi](#)], nela inserida a situação ampliada de precariedade no trabalho[[lxvii](#)] [[lxviii](#)]. Os mais afetados pela subutilização, novamente, eram os jovens entre 18 e 24 anos de idade. Chegava-se ao recorde (desde 2012) de 41,8% da população desta faixa etária (4,26 milhões de pessoas) na situação de desemprego no primeiro trimestre de 2019[[lxix](#)].

Em abril de 2019, o desemprego se mantinha no mesmo patamar (12,5%, 13,2 milhões de pessoas)[[lxx](#)], mas a subutilização da mão de obra, conforme critério utilizado na série

histórica da PNAD-C - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, iniciada em 2012, era recorde, atingindo a 24,9% dos brasileiros em idade para trabalhar (28,4 milhões de pessoas), indicando a maior utilização de formas precárias e informais de contratação do trabalho[[lxxi](#)]. O número de desalentados voltava a ser de 4,9 milhões, afetando principalmente mulheres, pretos e pardos[[lxxii](#)].

E como o número de trabalhadores com carteira assinada subiu de 32,9 para 33,1 milhões, houve quem, desconsiderando todo histórico recente, quisesse pintar um quadro positivo. Para o coordenador de Trabalho e Rendimento do IBGE, Cimar Azeredo, isso seria “um primeiro sinal de recuperação do mercado” [[lxxiii](#)]. Visão compartilhada pelo economista da FGV, Bruno Ottoni: “De certa maneira, dá um alento”[[lxxiv](#)].

Mas vale lembrar que o número de trabalhadores com carteira assinada (sem inclusão do trabalho doméstico), em abril de 2017, antes da “reforma”, era de 33,3 milhões de trabalhadores, sendo que, em abril de 2016, eram 34,5 milhões[[lxxv](#)] e que, no final de 2013, esse número era de 36,8 milhões de pessoas[[lxxvi](#)].

Além disso, é necessário denunciar o enorme mascaramento do índice de desemprego anunciado, pois, como destacado acima, a maior parte dos “empregos” formais criados diz respeito ao trabalho intermitente[[lxxvii](#)], que reflete, com maior precisão, uma situação de subemprego ou mesmo de desemprego, pois o trabalhador nesta condição, embora possua carteira assinada, pode não ter trabalho e até, por consequência, não receber sequer um salário mínimo no mês. Um tipo de emprego que, portanto, não garante um mínimo de distribuição da riqueza produzida, não favorece o consumo, retroalimenta os problemas econômicos, aumenta os custos sociais com saúde pública e não contribui para o custeio da Seguridade Social, responsável pela efetivação de políticas públicas sociais, o que explica, inclusive, como se tem constatado, o aumento do déficit previdenciário.

E não se pode olvidar, também, que o índice de desemprego não aumenta por conta do enorme crescimento do número de desalentados, que são pessoas que desistiram de procurar emprego e que, assim, não entram na estatística do desemprego. Em abril de 2016, eram 3,2 milhões de pessoas; em abril de 2017, 3,9 milhões; em abril de 2018, 4,8; e, em abril de 2019, 4,9 milhões.

Já estava bem claro, portanto, que se caminhava a passos largos para o caos econômico e o alerta maior foi dado com a divulgação, em maio de 2019, da queda de 0,2 do PIB, no primeiro trimestre de 2019. O país flertava com a denominada recessão técnica[[lxxviii](#)].

E os economistas de plantão tratavam do assunto apenas querendo mais do mesmo remédio, ou seja, preconizando a necessidade imperiosa da reforma da previdência, enquanto outros já se adiantavam dizendo que nem mesmo a reforma da previdência seria suficiente[[lxxix](#)].

Sem querer reconhecer a gravidade da situação, o que muitos passam a defender abertamente são saídas para novos campos de ganhos. Assim, não só dão por aprovada a reforma da Previdência, como também reconhecem que esta é pouco e querem mais[[lxxx](#)].

A avaliação, no entanto, era a de que o Brasil já oscilava entre a estagnação e a depressão[[lxxxi](#)].

Enquanto isso, desde 2014, os trabalhadores vinham acumulando perdas salariais que já atingiam o patamar médio de 16%[[lxxxii](#)], promovendo-se um efeito cascata duradouro, visto que com menor salário, menor é o consumo[[lxxxiii](#)] e, conseqüentemente, menores as

possibilidades de obtenção de emprego. Os únicos que, no primeiro trimestre de 2019, obtiveram ganhos superiores à inflação foram os servidores públicos[[lxxxiv](#)].

A crise, o desemprego e a precarização atingiam vários setores, desde a construção civil[[lxxxv](#)], até o agronegócio[[lxxxvi](#)].

Em meio a esse percurso em direção ao caos, indagado sobre o que poderia ser feito, o Presidente da República veio a público para deixar claro que, como já havia dito, não entendia nada de economia[[lxxxvii](#)].

E quais foram as soluções propostas pelo governo? Propôs liberar recursos do PIS-PASEP e FGTS[[lxxxviii](#)] e novamente precarizar as relações de trabalho com a redução de normas de proteção da saúde no ambiente de trabalho, isso em um país que vem aumentando o número de mortes por acidentes de trabalho[[lxxxix](#)].

Em maio de 2019, o desemprego se mantinha praticamente no mesmo patamar (12,3%, atingindo 13 milhões de pessoas[[xc](#)]). Também a quantidade de trabalhadores com carteira assinada (não considerado o trabalho doméstico) era mantida em 33,2 milhões de pessoas.

Porém, o rendimento médio dos trabalhadores continuava caindo. No mês de maio, pela primeira vez em 03 anos, o reajuste médio salarial ficou abaixo da inflação[[xci](#)].

Além disso, o número de desalentados (4,905 milhões) era um recorde[[xcii](#)], a quantidade de desempregados há mais de 02 anos chegava a 3,3 milhões[[xciii](#)] e a informalidade continuava crescente e atingia o número também recorde de 24 milhões de pessoas[[xciv](#)], sendo 11,4 milhões na condição de trabalhadores sem carteira assinada, refletindo o aumento da precarização das condições de trabalho e, até mesmo, o processo de sua naturalização[[xcv](#)]. A terceirização e os trabalhos temporários caminhavam em direção da generalização[[xcvi](#)].

De um modo geral, a situação social e econômica do país só vai piorando. Em maio de 2019, devido à redução de arrecadação, o déficit anunciado das contas públicas foi de R\$ 14,7 bilhões[[xcvii](#)] e se não é muito fácil visualizar esses números, o efeito, que é também causa, pode ser visto a olho nu nas ruas das grandes cidades, com o elevado aumento do número de pessoas em situação de rua[[xcviii](#)], os diversos anúncios de fechamento de lojas[[xcix](#)] e de fábricas[[c](#)] e o enorme crescimento do número de consultas nos hospitais públicos, retroalimentando, inclusive, os custos com a saúde pública[[ci](#)] e interferindo, negativamente, na produtividade das empresas em razão do absenteísmo.

Com todos esses efeitos produzidos, as expectativas do mercado para a economia, em julho de 2019, já eram reduzidas[[cii](#)].

No final de junho o desemprego se estabilizava na média trimestral de 12%, com 12,8 milhões de pessoas. E apesar do relativo aumento do número de pessoas com carteira assinada (33,2 milhões), o rendimento dos trabalhadores continuava em queda (1,3%, na comparação com o trimestre anterior).[[ciii](#)]

O número de desalentados se mantinha na casa dos 4,9 milhões, mas a informalidade crescia, atingindo 24,1 milhões de pessoas, sendo 11,5 milhões na condição de trabalhadores sem carteira assinada. [[civ](#)]

Além disso, dos 12,8 milhões de desempregados, mais de 1/4, ou seja, 3,347 milhões procuravam emprego há no mínimo 02 anos[[cv](#)], o que mostra uma situação de persistência no desemprego, favorecendo, inclusive, a precarização das condições e a redução do salário de quem está empregado. A estabilização da taxa do desemprego, que é calculada em função do número de pessoas que procuram emprego, era mantida, assim, pela informalidade e,

sobretudo, pelo trabalho sem carteira assinada[cvi] e pelas formas precárias de contratação, notadamente o trabalho intermitente[cvii].

E quais as atitudes do governo diante desse quadro? Reduzir e flexibilizar as normas de segurança no ambiente de trabalho[cviii] e acusar a multa de 40% sobre o FGTS como a culpada pelo desemprego[cix].

Todo esse relato só explicita como se chega ao dado concreto, noticiado em agosto de 2019, de que, no Brasil, desde o segundo trimestre de 2015, o que se verifica é um processo constante de concentração de renda[cx].

Cabe o registro acerca do lucro auferido por 25 grandes empresas e Bancos em 2015, sendo o do Banco Itaú o maior lucro anual já visto no Brasil, de R\$23,35 bilhões de reais, acompanhado, em segundo lugar, pelo Bradesco, com lucro de R\$17,18 bilhões, e, em terceiro, pelo Banco do Brasil, com R\$14,39 bilhões. Na sequência vêm: AmBev, R\$12,42 bilhões; Santander, R\$6,99 bilhões; BTG Pactual, R\$5,62 bilhões; JBS, R\$4,64 bilhões; BB Seguridade, R\$4,20 bilhões; Cielo, R\$3,51 bilhões; Telefônica Vivo, R\$3,42 bilhões; Braskem, R\$3,14 bilhões; BRF, R\$3,11 bilhões; Cemig, R\$2,49 bilhões; BM&FBovespa, R\$2,20 bilhões; TIM, R\$2,07 bilhões; Ultrapar, R\$1,50 bilhão; Tractebel, R\$1,50 bilhão; Kroton, R\$1,39 bilhão; EDP Brasil, R\$1,26 bilhão; CSN, R\$1,25 bilhão (que havia registrado prejuízo de R\$ 105,21 milhões em 2014); Copel, R\$1,19 bilhão; WEG, R\$1,15 bilhão; Porto Seguro, R\$1,00 bilhão; Taesa, R\$909,42 milhões; e CCR, R\$ 874,36 milhões.

Os dados de quatro dessas empresas chamam atenção, vez que tiveram enorme variação entre o lucro de 2014 e o lucro de 2015, com vantagem para 2015: JBS, com 128,57%; BM&FBovespa, com 125,17%; Banco Santander, com 223,60%; e Braskem, com 263,40% [cxi].

Vide também: “Grendene tem lucro líquido de R\$ 454 milhões em 2015. O valor é 13,7% maior em relação ao ano anterior”[cxii]; “Triunfo obtém lucro líquido de R\$ 97 milhões em 2015”[cxiii]; “Porto Seguro obteve lucro líquido de R\$1 bilhão em 2015”[cxiv]; “Revista Apólice tem maior lucro líquido da história”[cxv]; “BRDE (Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul) registra lucro líquido de R\$263 milhões em 2015”[cxvi]; “Caixa Econômica Federal tem lucro líquido de R\$72 bilhões em 2015”[cxvii]; “Lucro líquido da Deten Química aumentou quase 29% em 2015”[cxviii]; “Light tem lucro líquido de R\$424 milhões em 2015”[cxix]; “BMG teve lucro líquido de R\$189 milhões em 2015”[cxx]; “Grupo Fleury cresceu 108,7% no quarto trimestre de 2015”[cxxi]; “CEMIG tem lucro líquido de R\$25 bilhões em 2015”[cxxii]; “Friboi teve lucro líquido de R\$228 milhões em 2015”[cxxiii]; “Banrisul obteve R\$848,8 milhões de lucro líquido em 2015”[cxxiv]; “EMBRAER encerra 4º trimestre de 2015 com lucro líquido aos acionistas de R\$425,8 milhões”[cxxv]; “Andrade Gutierrez reverte prejuízo e lucra R\$647,7 milhões em 2015”[cxxvi]; Coca Cola fecha 4º trimestre de 2015 com lucro acima de R\$1 bilhão[cxxvii]; Lucro da Unilever cai 5%, para R\$4,91 bilhões, em 2015, mas melhora em países emergentes[cxxviii]; “Lucro da Procter & Gamble sobre R\$2,75 bilhões no trimestre fiscal encerrado em março de 2016”[cxxix]...

Nos anos seguintes, apesar de todo argumento de crise e de toda reivindicação de reformas como forma de “retomada do crescimento” e “modernização das relações de trabalho”, a onda de lucro das grandes empresas e Bancos não foi muito diferente[cxxx].

Não é à toa, pois, que o Brasil, onde é elevadíssimo o número de habitantes abaixo da linha da pobreza (54,8 milhões de pessoas[cxxxi], num total de cerca de 209 milhões de habitantes), é

também o país onde o 1% mais rico acumula mais riqueza que os outros 1% mais ricos de todos os países[[cxxxii](#)] [[cxxxiii](#)].

Com essa toda política econômica favorecendo as grandes empresas, destruindo direitos sociais, reduzindo ganhos dos trabalhadores, gerando acidentes e adoecimento e inviabilizando, com isso, as políticas públicas sociais, a constatação inevitável que se chega, em agosto de 2019, é a de que o dinheiro do Estado acabou[[cxxxiv](#)].

No entanto, em vez de se olhar para os dados históricos e fazer um “mea culpa”, o que se faz, obviamente, é culpar alguém. Então, a culpa recai sobre os servidores e sobre os trabalhadores em geral que insistem em querer ter bons salários, estabilidade no emprego, se aposentar e auferir direitos sociais como contraprestação pelo trabalho prestado em prol da organização do Estado e do mercado e da produção da riqueza.

As projeções para 2020 assumidas pelo governo, então, são: conter o valor do salário mínimo[[cxxxv](#)]; não conceder reajuste aos servidores[[cxxxvi](#)]; não realizar concurso público[[cxxxvii](#)]; alterar a Constituição para possibilitar a dispensa de servidores[[cxxxviii](#)].

E quando o STF, em sopro de consciência jurídica, faz maioria para coibir a intenção dos governos de reduzir salários dos servidores, grande mídia e “especialistas” cuidadosamente escolhidos não poupam críticas ao Supremo[[cxxxix](#)].

Enquanto isso, a precarização nas relações de trabalho corre solta e o trabalho intermitente toma conta do trabalho formal e estável[[cxli](#)].

No final de julho de 2019, embora o desemprego tivesse reduzido para o índice de 11,8%, atingindo 12,6 milhões de pessoas, o número de empregados no setor privado com carteira assinada (sem incluir o emprego doméstico) caiu para 33,1 milhões de pessoas. Além disso, o número de empregados sem carteira assinada (11,7 milhões de pessoas) atingiu novo recorde, subindo em ambas as comparações: 3,9% (mais 441 mil pessoas) frente ao trimestre anterior e 5,6% (mais 619 mil pessoas) em relação ao mesmo trimestre de 2018. Também bateu recorde o número de trabalhadores por conta própria (24,2 milhões) subindo nas duas comparações: 1,4% (mais 343 mil pessoas) frente ao trimestre anterior e 5,2% (mais 1,2 milhão de pessoas) frente ao mesmo período de 2018. E o rendimento médio dos trabalhadores (R\$ 2.286) caiu 1,0% frente ao trimestre anterior.[[cxli](#)]

Considerando apenas o mês de julho de 2019, contabilizava-se o recorde de 33,683 milhões de pessoas na informalidade, reduzindo para 62,8% o percentual de trabalhadores ocupados que contribuem para a Previdência[[cxlii](#)], o que, evidentemente, faz aumentar o déficit anunciado da Previdência[[cxliii](#)] e, por consequência, favorece o argumento em prol da privatização, para o benefício de poucos.

E para que lado se move o governo? Na direção de levar adiante sua lógica ultra neoliberal, por meio da MP 881, como forma, inclusive, de retirar mais algum direito dos trabalhadores, valendo-se, para tanto, do total desprezo às regras constitucionais que proíbem, expressamente, que temas dessa grandeza sejam normatizados por Medida Provisória.

O fato é que, no final de agosto de 2019, foi concluída, em tempo recorde, a aprovação da Lei da Liberdade Econômica, que inviabiliza a atuação da inspeção do trabalho, dificulta a responsabilização dos sócios por dívida da empresa e cria o cartão de ponto por exceção e exclui a obrigatoriedade da realização de qualquer cartão de ponto para empregadores com menos de 20 empregados, o que equivale a mais de 90% dos empregadores brasileiros. [[cxliv](#)] Tudo para facilitar a realização de horas extras sem o devido pagamento, alimentando

uma lógica novamente recessiva, porque quanto mais se explora o trabalho para além da jornada de oito horas e sem sequer o pagamento do custo adicional, menos vagas de trabalho se abrem, mais acidentes do trabalho se contabilizam, mais elevado é o custo social e maior é a acumulação da riqueza produzida.

E já que a massa salarial não representa mais possibilidades concretas de consumo, o jeito é avançar sobre o fundo dos trabalhadores. Assim, em agosto de 2019, sob o argumento de destravar a economia, promove-se a liberação do FGTS [cxlvi], que, contraditoriamente, é um direito trabalhista que aos olhos dos defensores do livre mercado sequer deveria existir – embora tenha sido idealizado pelo liberal Roberto Campos.

Chegamos, então, ao dia 6 de setembro de 2019, quando, mesmo com a ferida exposta, ainda se tenta, sem o menor respeito à inteligência e à vida alheias, argumentar que o que falta ao Brasil é uma “modernização das relações de trabalho” baseada, por óbvio, na mesma linha da ladainha da necessidade de redução de direitos e eliminação da ação sindical.

Não bastassem tanto sofrimento e tanta ofensa à consciência humana e aos valores jurídicos constitucionais e democráticos, em um movimento ininterrupto que vem ceifando sonhos, mentes e corpos, o governo consegue anunciar um “pacote” para, mais uma vez, favorecer grandes empresas [cxlvii], o que, na narrativa histórica apresentada até aqui poderia ser tido como a “cereja do bolo”, no sentido negativo, mas que, ao que parece, infelizmente, se seguida essa tendência do desmonte social em favor de uma parcela muito restrita da sociedade, sem objeção institucional e popular, pode acabar sendo só mais um passo em direção do caos total. Afinal, no mesmo dia, já se falava em realização de mais uma “reforma trabalhista” [cxlviii].

Do que foi anunciado sobre essas duas iniciativas, a “solução” para a economia brasileira, do ponto de vista das relações de trabalho, seria buscada por meio de: a) liberação dos depósitos recursais existentes na Justiça do Trabalho; b) autorizar a garantia do juízo por meio de seguro; c) reduzir direitos e diminuir em 50% do recolhimento do FGTS para quem contratar trabalhador com idade entre 18 e 24 anos (a tal carteira verde e amarelo); d) inibir ainda mais a atuação sindical...

Não é preciso nenhum dado além dos que foram acima apresentados para demonstrar o quanto essas iniciativas são mais um reforço dos problemas sociais, econômicos e humanos vivenciados no Brasil do que algum tipo de solução.

A grande questão é que se ultrapassaram todos os limites da falta de seriedade e de compromisso social para o devido enfrentamento dos reais problemas do Brasil que estão fincados, exatamente, na ausência de políticas públicas e institucionais sérias ligadas à educação e ao equacionamento das riquezas socialmente produzidas, o que requer, pelo menos, levar a efeito o projeto constitucional em torno do pacto republicano, do Estado Social, da vivência democrática e da essencialidade dos Direitos Humanos, preceitos aos quais grandes empresas, políticos e autoridades dos três Poderes, assim como todo e qualquer cidadão, devem se submeter.

Já se sabia, lá em 2017, o que a “reforma” trabalhista representaria na vida de milhões de trabalhadores e trabalhadoras brasileiras e o que isso traria de dano à economia e ao país. Esses efeitos foram sendo produzidos ao longo de todos esses meses e não se referem mais apenas a uma possibilidade. São concretos e estabelecem as tendências caso persista a mesma engrenagem recessiva e destrutiva. Exige-se, pois, uma reversão da direção tomada, o que não se fará, por evidente, com a injeção suicida da mesma droga.

A questão não se coloca mais, inclusive, na base da mera opinião, passando a ser urgente e fundamental que se tenha a coragem de reconhecer o erro cometido, sobretudo porque sem ao menos um pouco de esperança em torno de um projeto mínimo de nação, ou seja, mantendo-se a caminhada a passos largos em direção da barbárie, o que se evidencia ainda mais quando nem mesmo se é mais capaz de compreender a relevância de preservar o meio ambiente em que se vive, tudo se esvai e até mesmo o lucro perde sentido, inclusive porque deixa de ser possível.

Vale verificar que sem expectativas econômicas razoáveis, diante dos números de um processo nítido de autêntico desmantelamento do mercado de trabalho nacional, do rebaixamento generalizado da cidadania, do esfacelamento da democracia, do desprezo assumido aos Direitos Humanos e ao meio ambiente, operou-se no Brasil, no último mês de agosto, a maior fuga, em 23 anos, de capital estrangeiro da bolsa, no montante de cerca de R\$ 10,79 bilhões (líquidos)[[cxlviii](#)].

Isso demonstra, claramente, o que já se sabia desde a criação da OIT, em 1919, qual seja, que a exploração sem limites não interessa nem mesmo ao capital, valendo verificar, inclusive, o movimento em direção da regularização de direitos trabalhistas para os prestadores de serviços por intermédio de aplicativos que vem se institucionalizando na Califórnia[[cxlix](#)].

O que devemos nos perguntar é se estamos mesmo dispostos a chegar ao fundo do poço, para só então começarmos a agir na direção de um recomeço, ou se estamos dispostos a frear essa queda, pois, diante de todos os fatos já vivenciados, não será mais possível dizer que não se sabia qual caminho estava sendo trilhado. Verifique-se que, no dia 07 de setembro de 2019, os jornais trazem a notícia de que economistas de Bancos e consultorias começam a reconhecer que não há expectativas de crescimento econômico para o Brasil nem mesmo em 2020[[cl](#)].

Essa resposta, importante que se diga, não deve ser dada apenas pelos burocratas do poder, os eleitos e seus “indicados”, mas, sobretudo, pelas forças democráticas e pelos esforços coletivos direcionados à construção do conhecimento, representados por todas as organizações sociais e políticas, o meio acadêmico, as instituições jurídicas e judiciárias e a classe trabalhadora em geral.

São Paulo, 07 de setembro de 2019

[i]. ANTUNES, José Pinto. *O "Robot" e as consequências econômico jurídicas da sua utilização*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 52, p. 250-260, 1957. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66272/68882>>. Acesso em: 8 mar. 2016.

[ii]. PASTORE, José. *Relações de trabalho numa economia que se abre. Palestra realizada no Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho*, LTr, São Paulo, 4/11/96. In: PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997, p. 93.

[iii]. PASTORE, José. *O futuro do emprego*. Artigo publicado no Jornal da Tarde, em 20/12/95. In: PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997, p. 23.

[iv]. PASTORE, José. *A morte do emprego*. Artigo publicado no Jornal da Tarde, em 15/09/04. In: PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997, p. 21.

[v]. “Quem sobreviverá nesse novo mundo? Terão mais chances os que puderem continuar acompanhando o ritmo da revolução tecnológico-organizacional. Os que forem educados e

não meramente adestrados. O novo mundo vai exigir capacidade de criar e transferir conhecimentos de um campo para outro. Será um tempo para quem souber se comunicar, trabalhar em grupo, aprender várias atividades, etc. Será a era da polivalência; da multifuncionalidade; das famílias de profissões.” (PASTORE, José. *O futuro do emprego*. Artigo publicado no Jornal da Tarde, em 20/12/95. In: PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997, p. 25).

[vi]. PASTORE, José. *O futuro do emprego*. Artigo publicado no Jornal da Tarde, em 20/12/95. In: PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997, p. 25.

[vii]. FRAGA, Érica. “Não dar seguro saúde e Previdência a terceirizado é escândalo, diz José Pastore”. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/08/nao-dar-seguro-saude-e-previdencia-a-terceirizado-e-escandalo-diz-jose-pastore.shtml>

[viii]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/08/mundo-nao-suporta-mais-codigo-de-trabalho-feito-ha-70-anos-diz-secretario.shtml>

[ix]. <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2017/05/16/pais-criou-59856-vagas-com-carteira-assinada-no-melhor-abril-desde-2014.htm>

[x]. <https://www.valor.com.br/brasil/4987294/ibgetotal-de-trabalhadores-com-carteira-assinada-e-o-menor-desde-2012>

[xi]. <https://www.valor.com.br/brasil/3413340/taxa-media-de-desemprego-em-2013-e-menor-da-historia>, acesso em 03/11/18.

[xii]. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-09/numero-de-trabalhadores-com-carteira-assinada-aumenta-em-2013-diz-IBGE>

[xiii]. <https://g1.globo.com/economia/noticia/trabalho-sem-carteira-assinada-e-por-conta-propria-supera-pela-1-vez-emprego-formal-em-2017-aponta-ibge.ghtml>

[xiv]. https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2018/01/economia/605957-salario-minimo-fica-com-reajuste-abaixo-da-inflacao.html

[xv]. <https://g1.globo.com/economia/noticia/trabalhador-sem-carteira-ganha-44-menos-que-empregado-formal-aponta-ibge.ghtml>

[xvi]. <https://blogdadadania.com.br/2018/03/folha-descobre-que-reforma-trabalhista-esta-afundando-economia/>

[xvii]. <https://jornal.usp.br/atualidades/emprego-informal-cresce-e-impacta-o-consumo/>

[xviii]. <https://www.sindeprestem.com.br/noticias-e-midia/coffee-news/2066-23-03-2018-recuperacao-sem-emprego-formal-valor-economico>

[xix]. <http://www.e-auditoria.com.br/publicacoes/noticias/empresas-de-terceirizacao-crescem-com-mudanca-da-legislacao-trabalhista/>

[xx]. <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/04/incentivo-correto.shtml>

<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/04/estoque-de-aco-es-cai-na-justica-do-trabalho.shtml>

[xxi]. <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,nova-lei-trabalhista-faz-desaparecer-aco-es-por-danos-morais-e-insalubridade,70002249757>

[xxii]. <https://www.msn.com/pt-br/dinheiro/economia-e-negocios/desemprego-a-131percent-se-soma-%c3%a0-incerteza-pol%c3%a0adica-e-refor%c3%a7a-freio-%c3%a0-retomada-econ%c3%b4mica/ar-AAwr20X?li=AAkXvDK&ocid=spartanntp>

<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2018/04/27/desemprego-pnad-ibge.htm>

[xxiii]. <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2018/04/27/desemprego-pnad-ibge.htm>

[xxiv]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/falta-trabalho-para-277-milhoes-de-pessoas-diz-ibge.shtml>

[xxv]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/desalento-recorde-limita-alta-na-taxa-de-desemprego-diz-ibge.shtml>

[xxvi]. <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2018/04/27/brasil-tem-menor-numero-de-trabalhadores-com-carteira-assinada-em-6-anos.htm>

[xxvii]. <http://revistacipa.com.br/acidentes-de-trabalho-ja-causaram-morte-de-653-pessoas-em-2018/>

[xxviii]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/04/brasil-so-cria-vagas-de-trabalho-de-ate-2-salarios.shtml>

[xxix]. <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2018/06/29/desemprego-trimestre-pnad-ibge.htm>

[xxx]. <https://www.valor.com.br/brasil/5617411/reforma-trabalhista-aumentou-desigualdade-dizem-pesquisadores>

[xxxi]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/08/remessa-ao-exterior-passa-de-us-1-bi-e-bate-recorde-no-primeiro-semester.shtml>

[xxxii]. <http://spbancarios.com.br/09/2018/reforma-trabalhista-784-dos-postos-criados-sao-intermitentes-ou-parciais>

[xxxiii]. http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33746&catid=131

[xxxiv]. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-09/desemprego-derruba-arrecadacao-da-previdencia-em-r-15-bilhoes>, acesso em 07/01/19.

[xxxv]. <http://www.previdencia.gov.br/2018/10/deficit-da-previdencia-em-setembro-e-de-r-315-bilhoes/>, acesso em 17/01/19.

[xxxvi]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/12/desemprego-em-novembro-cai-a-116-informa-ibge.shtml>

[xxxvii]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/11/informalidade-bate-recorde-no-pais-e-ja-atinge-43-dos-trabalhadores.shtml>

[xxxviii]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/11/crise-no-emprego-eleva-em-14-milhao-o-numero-de-consultas-psiquiatricas.shtml>

[xxxix]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/11/inss-corta-8-em-cada-10-auxilios-doenca-de-reavaliados-em-pente-fino.shtml>

[xl]. <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,fusao-e-alternativa-encontrada-por-sindicatos-para-sobreviver-a-crise,70002734555>

[xli]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/12/acordos-para-cortar-salario-reduzem-ganhos-em-20-em-2018.shtml>

<https://agora.folha.uol.com.br/trabalho/2018/12/1984886-reajuste-salarial-deve-ficar-abaxo-da-inflacao.shtml>

[xlii]. <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/01/31/emprego-com-carteira-segue-abaxo-de-trabalho-informal-e-por-conta-propria-em-2018.ghtml>

[xliii]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/03/empresas-fecham-19-milhao-de-vagas-com-carteira-para-jovens.shtml>

[xliv]. Notícia de junho de 1998: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi28069822.htm>

[xlv]. <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/05/16/mortes-no-trabalho-voltam-a-crescer-especialistas-criticam-reforma-de-2017.htm>

[xlvi]. <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/05/16/mortes-no-trabalho-voltam-a-crescer-especialistas-criticam-reforma-de-2017.htm>

[xlvii]. <https://economia.ig.com.br/2018-08-16/deficit-nas-contas-publicas-em-2018.html>, acesso em 07/01/19.

[xlviii]. <https://veja.abril.com.br/economia/apos-reforma-trabalhista-acoes-trabalhistas-caem-34-em-2018/>

[xliv]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/12/confianca-em-2019-nao-deve-gerar-empregos.shtml?loggedpaywall?loggedpaywall>

[1]. <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI292807,91041->

Lei+trabalhista+tem+de+se+aproximar+da+informalidade+afirma+Bolsonaro

[li]. <https://www.portalt5.com.br/noticias/politica/2018/12/167955-lei-trabalhista-tem-que-se-aproximar-da-informalidade-afirma-bolsonaro>

[lii]. <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2019/02/27/desemprego-pnad-ibge-trimestre.htm>

[liii]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/02/desemprego-vai-a-123-em-2018-nordeste-e-sudeste-tem-maiores-taxas.shtml>

[liv]. <https://oglobo.globo.com/economia/rombo-da-previdencia-sera-de-309-bilhoes-em-2019-preve-governo-23485687>

[lv]. <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2019/03/29/desemprego-trimestre-fevereiro-ibge.htm>

[lvi]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/03/desemprego-sobe-para-124-em-fevereiro-diz-ibge.shtml>

[lvii]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/03/avanco-do-desemprego-surpreende-especialistas.shtml>

[lviii]. <http://www.investmentosenoticias.com.br/bolsa-de-valores/lucro-das-empresas-de-capital-aberto-cresce-em-2018>

[lix]. <https://www.infomoney.com.br/negocios/grandes-empresas/noticia/7932158/4-maiores-bancos-lucram-r-73-bilhoes-no-brasil-em-2018>

[lx]. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-04/endividamento-de-familias-brasileiras-atinge-maior-patamar-desde-2015>

[lxi]. <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2019/05/16/pnad-ibge-trabalhadores-procurando-emprego.htm>

[lxii]. <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/06/18/numero-de-desempregados-ha-mais-de-2-anos-cresce-424percent-em-4-anos.ghtml>

[lxiii]. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24284-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-12-7-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-25-0-no-trimestre-encerrado-em-marco-de-2019>

[lxiv]. [https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/reforma-trabalhista-nao-cria-novas-vagas-e-defensores-culpam-crise.shtml?](https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/reforma-trabalhista-nao-cria-novas-vagas-e-defensores-culpam-crise.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa)

[utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa](https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/reforma-trabalhista-nao-cria-novas-vagas-e-defensores-culpam-crise.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa)

[lxv]. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24284-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-12-7-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-25-0-no-trimestre-encerrado-em-marco-de-2019>

[lxvi]. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/24284-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-12-7-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-25-0-no-trimestre-encerrado-em-marco-de-2019>

[lxvii]. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-05/total-de-idosos-no-mercado-de-trabalho-cresce-precariedade-aumenta>

[lxviii]. <https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2018/12/e-tempo-de-informalidade-e-flexibilizacao-do-trabalho-no-pais.shtml>, acesso em 03/01/19.

[lxix]. <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2019/06/21/jovens-saos-os-mais-afetados-pela-piora-do-mercado-de-trabalho-e-comprometem-futuro-da-previdencia.ghtml>

[lxx]. <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2019/05/31/desemprego-pnad-continua-ibge.htm>

[lxxi]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/subutilizacao-da-forca-de-trabalho-bate-novo-recorde-no-pais.shtml>

[lxxii]. - <https://www.folhadelondrina.com.br/economia/subutilizacao-da-forca-de-trabalho-bate-novo-recorde-no-pais-2941986e.html>

[lxxiii]. - <https://www.folhadelondrina.com.br/economia/subutilizacao-da-forca-de-trabalho-bate-novo-recorde-no-pais-2941986e.html>

[lxxiv]. PAMPLONA, Nicola. “Subutilização no mercado de trabalho bate novo recorde”. Folha de S. Paulo, edição de 1º/06/19, p. A-23.

[lxxv]. <https://www.valor.com.br/brasil/4987294/ibgetotal-de-trabalhadores-com-carteira-assinada-e-o-menor-desde-2012>

[lxxvi]. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-09/numero-de-trabalhadores-com-carteira-assinada-aumenta-em-2013-diz-IBGE>

[lxxvii]. <http://spbancarios.com.br/09/2018/reforma-trabalhista-784-dos-postos-criados-sao-intermitentes-ou-parciais>

[lxxviii]. https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/30/politica/1559214818_076249.html

[lxxix]. <https://economia.uol.com.br/noticias/afp/2019/06/01/brasil-em-serio-risco-de-recessao.htm>

<https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2019/05/30/risco-de-recessao-tecnica-aumenta-com-piora-de-projecoes-mesmo-com-aprovacao-da-previdencia.htm>

[lxxx]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/empresarios-consideram-previdencia-aprovada-e-pedem-novas-reformas.shtml>

<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/05/28/reforma-nao-basta-para-resolver-o-problema-fiscal-diz-economista-do-itau.htm?cmpid=copiaecola>

[lxxxii]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/brasil-oscila-entre-a-estagnacao-e-a-depressao-avaliam-economistas.shtml>

[lxxxiii]. <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/06/23/com-crise-renda-do-trabalhador-chegou-a-cair-ate-16-em-cinco-anos.htm>

<https://www.linkedin.com/pulse/renda-do-trabalhador-caiu-at%C3%A9-16-desde-2014-metade-dos-do-linkedin>

[lxxxiiii]. <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/04/14/ano-comeca-com-queda-de-52-no-consumo.htm>

[lxxxv]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/05/na-crise-so-salario-de-servidor-cresce-e-distancia-para-setor-privado-e-recorde.shtml>

[lxxxvi]. <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/06/02/desemprego-vagas-na-construcao-civil.htm>

[lxxxvii]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/06/ate-quentinha-vira-emprego-fixo-em-pais-com-agro-e-industria-que-patinam.shtml>

[lxxxviii]. <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/06/01/ja-falei-que-nao-entendia-de-economia-diz-bolsonaro-indagado-sobre-pib.htm>

[lxxxix]. <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/05/30/para-sonho-do-crescimento-guedes-defende-reformas-e-diz-que-pode-liberar-fgts-para-trabalhadores.ghtml>

[lxxxix]. <https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2019/06/24/governo-quer-reduzir-protecao-a-trabalhador-em-pais-com-acidente-a-cada-49s/>

[xc]. <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2019/06/28/desemprego-pnad-continua-ibge.htm>

[xci]. <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/06/26/reajustes-salariais-perdem-da-inflacao-pela-primeira-vez-em-3-anos-diz-fipe.ghtml>

[xcii]. <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/06/28/pais-tem-recorde-de-4905-milhoes-desalentados-no-trimestre-ate-maio-diz-ibge.htm>

[xciii]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/06/sem-poder-escolher-desempregados-aceitam-qualquer-trabalho-no-brasil.shtml>

[xciv]. <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2019/06/28/desemprego-pnad-continua-ibge.htm>

[xcv]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/06/sem-poder-escolher-desempregados->

[aceitam-qualquer-trabalho-no-brasil.shtml](#)

[xcvi]. <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2019/06/07/recrutadora-aponta-crescimento-de-temporarios-apos-reforma-trabalhista-veja-cargos-mais-requisitados.ghhtml>

[xcvii]. <https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/noticia/2019/06/previdencia-leva-rombo-do-governo-a-r-147-bilhoes-em-maio-cjxdxnk8302sm01p4nzmrlsln.html>

[xcviii]. <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/06/em-dois-anos-sp-ve-salto-de-66-de-pessoas-abordadas-nas-ruas.shtml>

[xcix]. [https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,numero-de-lojas-fechadas-no-pais-volta-a-subir-apos-cinco-trimestres,70002844652?](https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,numero-de-lojas-fechadas-no-pais-volta-a-subir-apos-cinco-trimestres,70002844652?utm_source=estadao:whatsapp&utm_medium=link)

[utm_source=estadao:whatsapp&utm_medium=link](#)

[c]. <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,numero-de-industrias-fechadas-em-sao-paulo-e-o-maior-em-uma-decada,70002930559>

<https://www.uol.com.br/carros/noticias/redacao/2019/02/19/ford-anuncia-fechamento-da-fabrica-de-sao-bernardo-do-campo-e-fim-do-fiesta.htm>

<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/05/14/ociosidade-leva-pirelli-a-fechar-fabrica-de-gravatai.htm>

<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiai/noticia/2019/06/19/toyota-anuncia-fim-do-terceiro-turno-e-demissoes-em-sorocaba-e-porto-feliz.ghhtml>

<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/01/19/gm-ameaca-sair-do-pais-se-nao-voltar-ao-lucro.htm>

<https://www.esmaelmorais.com.br/2019/04/efeito-bolsonaro-mercedes-fecha-fabrica-em-minas/amp/>

[ci]. <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/crise-economica-sobrecarrega-o-sus-em-sao-paulo-e-consultas-crescem-10.shtml>

[cii]. <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/07/15/mercado-reduz-previsao-de-crescimento-do-pib-de-2019-e-eleva-previsao-para-a-inflacao.ghhtml>

[ciii]. <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2019/07/31/desemprego-pnad-continua-ibge.htm>

[civ]. <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2019/07/31/desemprego-pnad-continua-ibge.htm>

[cv]. <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2019/08/15/desemprego-pnad-continua-ibge.htm>

[cvi]. <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/08/15/ibge-ha-tendencia-de-queda-no-desemprego-mas-ainda-puxada-pela-informalidade.htm>

[cvii]. <https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2019/08/23/caged.htm>

[cviii]. <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI307762,91041-Bolsonaro+altera+normas+de+seguranca+e+saude+no+trabalho>

[cix]. <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/bolsonaro-diz-que-multa-de-40-do-fgts-inibe-criacao-de-empregos/>

[cx]. <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/08/16/desigualdade-cresce-ha-17-trimestres-seguidos-pior-serie-historica-no-pais.htm>

[cxi].

REVISTA	EXAME.	Disponível	em:
http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/imunes-a-criese-as-25-empresas-com-os-maiores-lucros-de-2015			
Acesso		em:	20/07/2016.

[cxii].

http://www.amanha.com.br/posts/view/1889#sthash.H7gbGJFC.dpufhttp://www.amanha.com.br/posts/view/1889 ,	aceso	em	20/07/16.
---	-------	----	-----------

[cxiii].

http://www.triunfo.com/Show.aspx?IdMateria=NgjK8jWYzY6NOIkylARwDg== ,	acesso	em	20/07/16.
---	--------	----	-----------

[cxiv]. <http://www.sonhoseguro.com.br/2016/02/porto-seguro-obteve-lucro-liquido-de-r-1-bilhao-em-2015-alta-de-14/>, acesso em 20/07/16.

[cxv]. <http://www.revistaapolice.com.br/2016/02/irb-brasil-re-tem-maior-lucro-liquido-da-historia/>, acesso em 20/07/16.

[cxvi]. <http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/Economia/2016/3/582975/BRDE-registra-lucro-liquido-de-R-263-milhoes-em-2015>, acesso em 20/07/16.

[cxvii]. <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/reuters/2016/03/08/caixa-economica-federal-tem-lucro-liquido-de-r72-bi-em-2015.htm>, acesso em 20/07/16.

[cxviii]. <http://atarde.uol.com.br/economia/noticias/1759212-lucro-liquido-da-deten-quimica-aumentou-quase-29-em-2015>, acesso em 20/07/16.

[cxix]. <http://fullenergy.grupomidia.com/2016/03/light-tem-lucro-liquido-de-r-424-milhoes-em-2015/>, acesso em 20/07/16.

[cxx]. [http://www.executivosfinanceiros.com.br/financas/financasg/item/2329-bmg-teve-lucro-l%C3%ADquido-de-r\\$-189-milh%C3%B5es-em-2015.html](http://www.executivosfinanceiros.com.br/financas/financasg/item/2329-bmg-teve-lucro-l%C3%ADquido-de-r$-189-milh%C3%B5es-em-2015.html), acesso em 20/07/16.

[cxxi]. <http://monitordigital.com.br/lucro-liquido-do-grupo-fleury-cresceu-1087-no-quarto-trimestre-de-2015/>, acesso em 20/07/16.

[cxxii]. [http://www.brasil247.com/pt/247/minas247/223202/Cemig-tem-lucro-l%C3%ADquido-de-R\\$-25-bi-em-2015.htm](http://www.brasil247.com/pt/247/minas247/223202/Cemig-tem-lucro-l%C3%ADquido-de-R$-25-bi-em-2015.htm), acesso em 20/07/16.

[cxxiii]. <http://www.beefpoint.com.br/cadeia-produtiva/giro-do-boi/frigol-teve-lucro-liquido-de-r-228-milhoes-em-2015/>, acesso em 20/07/16.

[cxxiv]. <http://felipevieira.com.br/site/banrisul-obteve-r-8488-milhoes-de-lucro-liquido-em-2015/>, acesso em 20/07/16.

[cxxv]. http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2016/03/03/internas_economia,520331/embraer-encerra-4-trimestre-com-lucro-liquido-aos-acionistas-de-r-42.shtml, acesso em 20/07/16.

[cxxvi]. <http://www.valor.com.br/empresas/4546311/andrade-gutierrez-reverte-prejuizo-e-lucra-r-6477-milhoes-em-2015>, acesso em 20/07/16.

[cxxvii]. <http://www.valor.com.br/empresas/4428532/coca-cola-fecha-trimestre-com-lucro-acima-de-us-1-bi-e-receita-menor>, acesso em 22/07/16.

[cxxviii]. <http://www.valor.com.br/empresas/4399526/lucro-da-unilever-cai-em-2015-mas-desempenho-melhora-em-emergentes>, acesso em 22/07/16.

[cxxix]. <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/negocios/20160426/lucro-procter-gamble-sobe-275-bilhoes-trimestre-fiscal/366285>, acesso em 22/07/16.

[cxxx]. <https://diariodocomercio.com.br/sitenovo/lucro-das-grandes-redes-aumenta-754/>
<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/02/08/lojas-renner-tem-lucro-acima-de-r-1-bilhao-em-2018.ghtml>
<https://www.valor.com.br/empresas/6183185/dona-da-riachuelo-duplica-lucro-em-2018>
<https://www.nsctotal.com.br/colunistas/estela-benetti/faturamento-da-havan-cresce-40-e-supera-r-7-bilhoes-em-2018>
<https://moneytimes.com.br/lucro-do-magazine-luiza-cresce-536-em-2018/>
<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/mercadoaberto/2019/01/tres-empresas-varejistas-brasileiras-entram-em-ranking-de-maiores-do-mundo.shtml>
<https://monitordigital.com.br/tr-s-brasileiras-no-ranking-dos-250-maiores-varejistas-do-mundo>

[cxxxii]. <https://temas.folha.uol.com.br/desigualdade-global/brasil/super-ricos-no-brasil-lideram-concentracao-de-renda-global.shtml>

[cxxxiii]. <https://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,cinco-bilionarios-brasileiros-concentram-renda-de-metade-da-populacao-mais-pobre-do-pais,70002160159>

[cxxxiv]. <https://economia.ig.com.br/colunas/dinheiro-do-povo/2019-08-16/o-dinheiro-acabou-e-agora.html>

[cxxxv]. <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/08/30/governo-reduz-estimativa-de-salario-minimo-em-2020-em-r-1-para-r-1039.htm>

[cxxxvi]. <https://oglobo.globo.com/economia/governo-confirma-que-nao-fara-concursos-nem-dara-reajuste-para-servidores-em-2020-23601484>

[cxxxvii]. <https://oglobo.globo.com/economia/governo-confirma-que-nao-fara-concursos-nem-dara-reajuste-para-servidores-em-2020-23601484>

[cxxxviii]. <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2019/07/regras-para-demissao-de-servidores-publicos-sao-aprovadas-em-comissao>

[cxxxix]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/08/especialistas-lamentam-maioria-no-stf-contra-reducao-de-salario-de-servidores.shtml>

[cxl]. <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49213852>
https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/16/economia/1565912666_363357.html
<https://www.anamt.org.br/portal/2019/08/12/trabalho-intermittente-ja-representa-12-das-novas-vagas-formais/>

[cxli]. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25315-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-11-8-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-24-6-no-trimestre-encerrado-em-julho-de-2019>

[cxlii]. <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2019/08/30/pais-tem-recorde-de-38683-milhoes-trabalhando-na-informalidade-mostra-ibge.htm>

[cxliii]. <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/08/30/mesmo-se-aprovada-reforma-da-previdencia-governo-preve-rombo-de-r-244-bilhoes-no-inss-em-2020.ghtml>

[cxliv]. <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/mp-881-a-ruptura-democratica-fazendo-escola>

[cxlv]. <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/08/16/liberacao-de-fgts-pode-dar-impulso-ao-consumo-e-garantir-crescimento-em-2019-avalia-ifi>

[cxlvi]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/09/pacote-de-combate-ao-desemprego-libera-r-65-bi-para-empresas-e-cria-agencia-de-trabalho.shtml>

[cxlvii]. <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/09/06/nova-reforma-trabalhista-gaet-grupo-de-estudos.htm>

[cxlviii]. <https://www.valor.com.br/financas/6420095/saida-mensal-de-capital-externo-na-bolsa-e-recorde>

[cxlix]. <https://www.valor.com.br/empresas/6419901/projeto-de-lei-da-california-pode-afetar-empresas-como-uber-e-lyft>

[cl]. <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/09/nova-rodada-de-revisoes-do-pib-indica-que-pais-nao-consegue-crescer-nem-2.shtml>

SOBRE LA EFICACIA PRÁCTICA DE LAS NORMAS LABORALES

Por Mario Garmendia Arigón¹

Sumario:

I) Introducción. II) ¿Qué nos determina a acatar las normas jurídicas? III) ¿Todas las normas inspiran el mismo grado de acatamiento espontáneo? V) El acatamiento de las normas laborales. IV) Posibles razones de la relativa carencia de eficacia de las normas laborales. V) Mecanismos mediante los cuales se constriñe o se estimula el cumplimiento de las normas laborales. VI) La facilitación del acceso a la justicia como instrumento potenciador de la eficacia de las normas sustantivas. VII) Epílogo

I) Introducción

La preocupación por lograr que las normas laborales efectivamente sean cumplidas, no solamente responde a elementales razones humanitarias o de *justicia social*.

También existen razones de otra índole, cuya incidencia práctica seguramente ha sido determinante en la evolución del Derecho del Trabajo y en las que, en muchos casos, se encierra un interés cuya titularidad, paradójicamente, puede corresponder al propio empleador.

En tal sentido, no puede perderse de vista que, por ejemplo, uno de los factores que tuvo mayor peso en la gestación y consolidación de uno de los procesos históricos más relevantes que ha sufrido el Derecho del Trabajo (como, sin dudas, lo ha sido el de su internacionalización); tuvo una inspiración eminentemente económica, basada en la inquietud por evitar los desequilibrios competitivos en el comercio internacional a los que podía llevar la adopción aislada por parte de cada Estado nacional de medidas protectoras en materia laboral².

Así como los Estados nacionales resistían el desarrollo de legislaciones protectoras hasta tanto sus competidores no las aprobaran, si se traslada la cuestión al ambiente doméstico, el mismo efecto se produce entre los empresarios, quienes no sienten inclinación al cumplimiento de la norma laboral mientras no exista la certeza de que las mismas serán respetadas indefectible e igualitariamente por todos.

1 Decano de la Facultad de Derecho – Universidad CLAEH (Centro Latinoamericano de Economía Humana, Punta del Este, Uruguay). Docente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Montevideo) y en la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH.

2 Monereo Pérez, José Luis, *Derechos Sociales de la Ciudadanía y Ordenamiento Laboral*, CES, Madrid, 1996, p. 109.

Se trata de garantizar la uniformidad de las reglas del juego, tendientes a colocar a los operadores económicos, en condiciones de paridad en el mercado y que, en relación con el cumplimiento de los preceptos laborales suponen que el Estado asegure que aplicará a todos ellos un grado de exigencia similar, para evitar el dumping social basado en la evasión de la norma.

II) ¿Qué nos determina a acatar las normas jurídicas?

Las normas deben tender a reflejar los valores que la sociedad considera relevantes en un momento dado. El grado en que se logre plasmar este objetivo tendrá importantes consecuencias, porque ello habrá de fomentar el acatamiento espontáneo de las normas.

Si los sujetos destinatarios de las normas perciben coincidencias entre éstas y los valores que consideran relevantes, más proclives estarán a acatarlas espontáneamente. Dicho acatamiento tenderá a producirse de una manera natural, no forzada y casi imperceptible.

Pero es evidente que ningún ordenamiento jurídico podría sostenerse exclusivamente en la *convicción de la legitimidad moral* que logren despertar las normas que lo integran, ni podría confiar que la eficacia práctica de sus preceptos dependiera sólo del *compromiso ético* que las mismas fueran capaces de provocar en los individuos integrantes del colectivo social al que están destinadas a regular.

Resulta prácticamente imposible que en una sociedad exista una uniformidad absoluta de convicciones, creencias o valores relevantes, siendo natural que toda comunidad presente grados más o menos importantes de divergencias morales e ideológicas y que ello determine el surgimiento de fricciones, debates o luchas, en las que cada colectivo procura consolidar en las normas jurídicas *sus propios valores*³.

De este modo, es posible que muchos sujetos no tengan razones morales para obedecer espontáneamente los preceptos jurídicos cuando no detectan en los mismos la consagración de valores éticos propios, sino ajenos.

Pero además, el Derecho también debe prever que algunos individuos no sienten inclinación a conducirse de acuerdo a preceptos morales y que, antes bien, actúan en función de otro tipo de razones, como las del simple interés egoísta.

Esto determina la necesidad de que al enunciado del precepto se agregue un elemento que le permita imponerse a aquellos que resisten o eluden su acatamiento, permitiéndole imponerse incluso sin o contra la

3 Ténganse presentes los intensos debates públicos que suelen generar, por ejemplo, los proyectos de ley sobre temas tales como el aborto, el matrimonio entre personas del mismo sexo, etc.

voluntad de los destinatarios (especialmente en referencia a aquellos a quienes la norma impone un sacrificio por encima de su interés)⁴.

Ese elemento es la *coercibilidad* o *amenaza de la coacción* (el segundo de los elementos característicos de la ciencia jurídica y, para muchos, el elemento verdaderamente definidor de ésta)⁵.

Para que el individuo esté inclinado a cumplir con el precepto jurídico, incluso cuando ello signifique desarrollar una conducta contraria a sus intereses o convicciones, el Derecho acude a la amenaza de la sanción.

De este modo, la sanción no es otra cosa que una fórmula o mecanismo mediante el cual el ordenamiento jurídico intenta crear en el individuo un interés real y práctico en acatar el precepto, para evitar que recaiga sobre él una consecuencia negativa.

El impulso hacia el acatamiento de la norma puede ser entonces, el resultado de un simple cálculo, en virtud del cual el sujeto *compara* las ventajas resultantes de la alternativa de cumplir la norma frente a las que podría obtener a partir de la opción por el incumplimiento de la misma.

Cuando el resultado de este cálculo conduce al individuo hacia el cumplimiento espontáneo de la norma (aun cuando la misma consagre una solución contraria a su propio interés) se produce lo que Carnelutti llama la “*composición económica del conflicto*”⁶. Esta *composición económica* implica, entonces, que el sujeto acata la norma, tolerando que prevalezca el interés del otro (plasmado, precisamente, en la norma que acepta cumplir espontáneamente) porque actuando de esta forma logra evitar el perjuicio que para él se derivaría si escogiera la opción por el incumplimiento⁷.

De este modo, para que la sanción posea la virtualidad de provocar ese interés en el cumplimiento de la norma, su entidad debe ser sensiblemente superior al beneficio (recompensa moral, religiosa, ideológica o material) que para ese mismo individuo se derivaría de la desobediencia del enunciado normativo. La consecuencia jurídica negativa que seguirá al no acatamiento del precepto debe ser de una magnitud tal que no deje lugar a dudas acerca de la notoria conveniencia de cumplir respecto de la opción por no hacerlo. Si el atractivo que para el sujeto representa el no dar cumplimiento a la norma jurídica es superior a la aflicción que le provoca la amenaza de sanción, el efecto estimulante del acatamiento no se verificará⁸.

4 Carnelutti, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 62.

5 Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Bs. As., 1960, p. 81.

6 Carnelutti, F., *op. cit.*, p. 52.

7 *Idem.*

III) ¿Todas las normas inspiran el mismo grado de acatamiento espontáneo?

¿Existen algunas normas jurídicas que son más proclives a ser acatadas naturalmente, casi con total prescindencia de la amenaza de sanción de la que van acompañadas?

Parece claro que sí.

Así por ejemplo, quien esté dispuesto a respetar la norma contenida en el artículo 256 del Código Civil uruguayo (“*Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a su padre y a su madre*”)⁹ seguramente no lo hará motivado por el interés de evitar la sanción jurídica que podría aparejar su eventual trasgresión (sanción que, por otra parte, sería de muy difícil concreción) sino inspirado en otra clase de consideraciones, enteramente extra jurídicas.

Sin embargo, tampoco es difícil detectar la existencia de otro tipo de normas jurídicas que, apreciadas desde la perspectiva de su capacidad de despertar su acatamiento espontáneo, se sitúan en las antípodas de la que acaba de mencionarse a modo ilustrativo.

Entre ellas, sin dudas quedarían ubicadas, por ejemplo, las normas tributarias. Éstas seguramente presentarían un grado de acatamiento prácticamente nulo si no estuvieran acompañadas de una eficaz y fuerte amenaza de sanción, así como de una afinada estructura administrativa con competencia para controlar su cumplimiento. En estos casos, es posible que las consideraciones o móviles extra jurídicos (como por ejemplo, la toma de conciencia acerca de la conveniencia social de pagar los tributos, según suele fomentarse a través de frecuentes campañas publicitarias) puedan contribuir a disminuir los niveles de evasión fiscal, pero sería prácticamente inconcebible que un sistema de normas tributarias no previera un estricto mecanismo de sanciones como respaldo para lograr un grado más o menos razonable de cumplimiento.

El acatamiento de otro tipo de deberes u obligaciones se encuentra en un ámbito intermedio entre los dos extremos antes señalados. Así, por ejemplo, debe reconocerse que existe una cierta predisposición “cultural” a cumplir voluntariamente con el pago de una deuda que se mantiene con un acreedor particular, porque socialmente existe la convicción moral bastante generalizada de que corresponde “*honrar*”¹⁰ este tipo de compromisos.

8 Enseña Carnelutti: “*Para que la sanción consiga la imposición del precepto mediante la creación de un interés por la obediencia, es necesario, naturalmente, que quien sienta la tentación de desobedecer tenga la seguridad de que la sanción ha de actuar en cuanto desobedezca*”. Op. cit., p. 64.

9 Normas similares están consagradas, por ejemplo, en los Códigos Civiles de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú, El Salvador, España, Italia y otros países.

V) El acatamiento de las normas laborales

Parece evidente que las normas laborales no se ubican entre aquellas cuyo cumplimiento se inspire en el mero impulso de la espontaneidad. En realidad, se trata de normas cuyo cumplimiento tiende a ser resistido y requieren de mecanismos de control y sanción que aseguren su observancia.

El caso de América Latina probablemente sea uno de los que confirma esta afirmación de la forma más antigua, clara y contundente. En nuestro continente, la cuestión del no acatamiento de las normas parece haber sido (y ser aún en los tiempos que corren) una de las características más salientes y constantes del ordenamiento laboral, incluso desde las lejanas épocas de la conquista.

Las Leyes de Indias¹¹ a menudo son señaladas como un curioso y sorprendente fenómeno de anticipación histórica¹², debido a las numerosas normas protectoras del trabajo de los nativos que, con particular generosidad consagraban, entre otros derechos laborales, el de percibir un salario justo y suficiente, la prohibición del pago en especie, la obligación de dar alimentación y vivienda, la cobertura indemnizatoria en caso de accidentes de trabajo en minas, la jornada de ocho horas en las tareas de construcción de fortalezas y obras militares, la prohibición del trabajo a menores de 14 años y mujeres grávidas después del sexto mes de gestación, la licencia por maternidad, etc.¹³

Pero además de su carácter avanzado, de las Leyes de Indias también se ha resaltado muy especialmente un aspecto negativo, representado por una eficacia práctica virtualmente nula¹⁴, que provocó que el abuso del trabajo

10 La frecuente utilización de esta expresión ilustra acerca del valor social que se le otorga al cumplimiento de estas obligaciones. Según el diccionario de la Real Academia Española, la voz "honrar" admite las siguientes acepciones: "1) (Del latín honorare) tr. Respetar a una persona. 2) Enaltecer o premiar su mérito. 3) Dar honor o celebridad. 4) Úsase como fórmula de cortesía para enaltecer la asistencia, adhesión, etc., de otra u otras personas. Hoy nos HONRA con su presencia nuestro ilustre amigo; ningún año ha querido HONRAR nuestra mesa. 5) prnl. Tener uno a honra ser o hacer alguna cosa".

11 Las llamadas "Leyes de Indias", fueron una monumental sistematización de las normas dictadas por la corona española para los territorios de ultramar en el período comprendido desde el descubrimiento hasta 1680. Realizada durante el reinado de Felipe II, el cuerpo normativo comprendía un total de 6.377 leyes, ordenadas en nueve libros y 218 títulos. El libro VI se titulaba "De la libertad de los indios".

12 De Ferrari, Francisco, Lecciones de Derecho del Trabajo, T. I, FDCS, Mdeo., 1961, p. 171 y 172.

13 Reyes Abadie, Washington, Vázquez Romero, Andrés., Crónica General del Uruguay, T. I, (vol. 7, La economía de Indias), p. 209.

14 Entre las diversas razones que provocaron esta falta de aplicación práctica (distancia entre la voluntad que generaba la ley y la jurisdicción en que debía cumplirse; su mismo particularismo; dificultad de obtener compilaciones o códigos

indígena careciera de todo límite y que, en la perspectiva histórica se presente como uno de los más dramáticos ejemplos de explotación indiscriminada del ser humano¹⁵.

Se manifiesta así en esta zona del planeta lo que habría de convertirse en una suerte de *defecto congénito* de la legislación laboral, que determina que su posterior evolución resultara pautada por la existencia de una “*brecha entre el derecho y la realidad*”¹⁶, cuya magnitud ha llevado incluso a algunos autores a sugerir que casi carece de sentido embarcarse en el estudio literal de las leyes laborales latinoamericanas, que sólo dejan rastro de su existencia en las publicaciones oficiales y muy poca huella verdadera en la realidad de la vida práctica¹⁷.

completos para su conocimiento y difusión; el lenguaje académico y técnico, etc.), Reyes Abadie y Vázquez Romero resaltan la influencia “...de un viejo y arraigado sentimiento español: la rebeldía, la protesta, reconocida como expresión legítima de voluntad derogatoria del orden jurídico en la propia ley”. En tal sentido, los autores recuerdan que una Ley de Indias (Lib. II, Tit. II, Ley XXIV) “...disponía, bajo severas penas, que los funcionarios del régimen indiano cumplieran y ejecutaran los mandamientos reales, pero autorizaba y daba licencia para que se pudiera suplicar de ellos, pudiéndose suspender su cumplimiento si de éste se siguiera escándalo conocido o daño irreparable”. Ajustándose a un curioso rito, “En estos casos se prestaba acatamiento formal a la disposición legal que, una vez abierta y rotos los sellos que la autenticaban, el funcionario puesto de pie y descubierto, besaba y ponía sobre su cabeza en señal de acatamiento de la autoridad real. Y a continuación se dejaba establecida en acta especial que la ley se obedecía pero no se cumplía a la espera de resolución a recaer sobre el recurso de súplica interpuesto”. Reyes Abadie, W. y Vázquez Romero, A., *Crónica General del Uruguay*, T. I, (vol. 5, El Reino de Indias), p. 138. Al respecto, Barbagelata cita una expresiva sentencia de R. Blanco Fombona: “*El monarca legisla. En vano. A dos mil leguas, la voz de Su Majestad apenas se percibe. Se oye, pero no se obedece*” (La evolución política y social de Hispanoamérica, Madrid, s/d., p. 15), *Derecho del Trabajo*, t. I, vol. 2, 2ª ed. actualizada con la colaboración de Daniel Rivas, FCU, Mdeo., 1999, p. 10, nota 4.

15 Reyes Abadie, W. y Vázquez Romero, A., *Crónica General del Uruguay*, T. I, (vol. 6, La sociedad indiana), p. 175.

16 Cfe. Oscar Ermida Uriarte: *Las relaciones de trabajo en América Latina*, Colección Crítica & Comunicación, N° 2, OIT, Lima, 1991, p. 9. Según el autor, “...parecería que, en nuestra región, las relaciones de trabajo que se registran en los hechos no siempre coinciden con las descritas en las normas. El “sistema de relaciones industriales” parecería tender a funcionar de manera bastante diferente a lo previsto en una legislación destinada a regularlo”. Op. cit., p. 10.

17 Deveali, Mario L., en *La integración del Derecho del Trabajo*, publ. de ILADTSS, Santa Fe, 1969, p. 71, cit. por Barbagelata, H-H, *El Derecho del Trabajo en América Latina*, MTSS, Madrid, 1985, p. 45. Al respecto, señalan Reyes Abadie y Vázquez Romero: “*Hasta nuestro siglo XX -derogadas después de la Emancipación la leyes tutelares del trabajo indígena- y hasta que nuevas normas de derecho laboral fueron dictadas -y ahora con violación de éstas- la trágica expoliación de los trabajadores de los obrajes prosiguió, disimulando con mil argucias su avaricia inhumana los implacables y tenaces infractores*”, *Crónica General del Uruguay*, T. I (vol. 7, La economía de Indias), p. 207. Refiriéndose al Derecho del Trabajo mexicano, Mario De la Cueva se lamenta en los siguientes términos: “...y sin embargo, las normas laborales no se cumplen: ¿será verdad como explican los

A este fenómeno latinoamericano, Plá Rodríguez le ha dado el ilustrativo nombre de “*crisis de autenticidad*”, que describe como una situación de insinceridad, a partir de la existencia de normas que en la teoría son muy perfectas desde el punto de vista técnico, muy avanzadas desde el punto de vista de sus contenidos y muy completas en sus desarrollos, pero que sencillamente no se cumplen en la práctica¹⁸. Según el autor, esta crisis de autenticidad responde básicamente a dos factores: por una parte, a la adopción de modelos inadecuados y, por otra parte, a una generalizada despreocupación por el cumplimiento (ausencia de una voluntad gubernamental real de llevar a la práctica las normas, carencia de medios de contralor eficaces o, “...*la presencia de intereses poderosos que pueden manifestarse ostensiblemente en la forma de resistencia a la ley o de prescindencia de la misma...*”¹⁹).

Pero si bien es posible presentarla como una verdadera señal de identidad de la legislación de América Latina -inequívocamente asociada a la condición sub desarrollada de los países que integran la región- la tendencia hacia el apartamiento de los preceptos laborales no parece ser exclusiva de nuestro continente. Por el contrario, en realidad el defecto se presenta como un rasgo que puede detectarse -si bien con intensidades disímiles- en ordenamientos laborales de otras latitudes, sin que resulten ajenas al mismo ni siquiera las normas laborales de algunos países desarrollados²⁰.

Resulta evidente que las normas laborales necesariamente deben ir acompañadas de mecanismos eficaces para el control de su cumplimiento y que, en definitiva, aquella que no cuente con adecuados instrumentos de constricción, padecerá un defecto de carácter sustantivo que seguramente determinará su inviabilidad²¹. Las normas laborales -se ha señalado- por

historiadores que no hemos podido desterrar los vicios del pasado, queremos decir, que la autoridad a la que corresponde cuidar de la aplicación de la Ley, conserva viva la fórmula de los virreyes cuando recibían las ordenanzas del soberano, entonces el rey, ahora teóricamente el pueblo: obedézcase, pero no se cumpla?”, El Nuevo Derecho mexicano del Trabajo, 19ª edición, tomo I, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 540.

18 Plá Rodríguez, Américo, “*El Derecho del Trabajo en América Latina. Sus crisis y sus perspectivas*”, in rev. Derecho Laboral, T. XXI, N° 110, abril-junio 1978, p. 139.

19 Plá Rodríguez, A., op. cit., p. 140.

20 En este sentido, Barbagelata recuerda que Blanc-Jouvan, “...*refiriéndose a la situación en Francia, señala que aun si no se poseen estadísticas que lo muestren, está fuera de discusión que cada vez hay una mayor tolerancia a la aplicación de condiciones inferiores a las reguladas, no sólo de parte de los trabajadores individualmente considerados, sino incluso de los sindicatos y de los propios inspectores de trabajo.* Blanc-Jouvan, N., Il caso francese in Lavoro e Diritto, año I, N° 3, VII, 1987, p. 543, cit. por Barbagelata, H-H, El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales, FCU, Mdeo., 2009, p. 119.

21 Expresa Barbagelata que “...*la legislación del trabajo está indisolublemente unida a los mecanismos de contralor que garanticen su cumplimiento*”, Derecho del Trabajo, t. I, vol. 2, cit., p. 9.

su propio carácter requieren un *sistema reforzado de sanciones* para prevenir su ineficacia²².

Por eso, no es casual que muy tempranamente, casi en simultáneo con la aprobación de las primeras normas interventoras en materia laboral, se advirtiera la necesidad de que la legislación industrial fuera acompañada por la creación de cuerpos de inspectores encargados de vigilar su cumplimiento²³.

IV) Posibles razones de la relativa carencia de eficacia de las normas laborales

Si la hipótesis planteada fuera correcta y, en consecuencia, las normas jurídicas fueran categorizables en función del mayor o menor grado de acatamiento espontáneo que son capaces de generar, seguramente las normas laborales que determinan obligaciones para el empleador tendrían un lugar reservado entre aquellas que más requieren de un sistema de coercibilidad y contralor adecuado.

Se trata de normas cuya eficacia práctica depende en gran medida del elemento coercibilidad y respecto de las que muy poco puede esperarse de su cumplimiento espontáneo (o inspirado en consideraciones extra-jurídicas).

Y acaso no sea difícil detectar las razones que explican la natural resistencia al acatamiento espontáneo de las normas laborales por parte del empleador.

La primera explicación, sin dudas está asociada a la ubicación conceptual que el *conflicto* ocupa dentro del esquema del Derecho del Trabajo. En tal sentido, si bien puede decirse que en general el Derecho ha logrado relegar el conflicto social provocado por la infracción de la norma jurídica a un plano excepcional²⁴, en cambio, también debe admitirse que el Derecho del Trabajo presenta un panorama algo diferente a este respecto.

22 Desdentado Bonete, Aurelio, Prólogo a la obra de Baylos Grau, Antonio y Terradillos, Juan, Derecho Penal del Trabajo, Ed. Trotta, Madrid, 1990, p. 8.

23 Una ley inglesa de 1833 (conocida como "*Ley de Lord Althorp*", en honor a su impulsor), que limitó a nueve horas diarias el trabajo de los menores de entre nueve y trece años en la industria textil (con excepción de las fábricas de seda) fue pionera en este sentido, al crear un servicio de vigilancia del cumplimiento de las normas industriales. Posteriormente, en Francia, la ley del 22 de marzo de 1841, pretendió combatir los abusos relacionados con el trabajo infantil, prohibiéndolo en las usinas y manufacturas para los menores de 8 años y limitando a 8 horas la jornada de los niños de 8 a 12 años y a 12 horas, la de los adolescentes de 12 a 16 años. Impuso el descanso dominical y prohibió el trabajo nocturno hasta la edad de 13 años. Si bien esta ley consagró mecanismos para el control de su cumplimiento, no fue sino hasta 1847 que se organizó en Francia un sistema específico sobre inspección de trabajo. Cfe. Durand, Paul y Jaussaud, R., *Traité de Droit du Travail*, T. I, Dalloz, París, 1947, p. 75, Pérez Botija, Eduardo, *Curso de Derecho del Trabajo*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1960, p. 61.

La industrialización determinó que el conflicto laboral se convirtiera en el conflicto social por excelencia²⁵. Una vez que históricamente quedó en evidencia la inviabilidad de la respuesta represiva inicial como forma de contener el conflicto industrial²⁶, el Derecho concibió otro mecanismo para intentar darle al mismo un cauce maleable y así comenzó a nacer la legislación industrial. El Derecho del Trabajo *emergió del conflicto* industrial y se constituyó en una *forma novedosa de solucionarlo*, dado que a la *meta de alcanzar la armonía o paz social, le agregó la condición de hacerlo con un sentido protector del trabajador*.

Pero el nuevo Derecho también advirtió rápidamente que no podía pretender la eliminación de los conflictos laborales y que éstos -quizás como ninguno otro de todos cuantos se manifiestan en la sociedad- formaban parte de la esencia profunda de la relación laboral²⁷. De este modo, el Derecho del Trabajo tomó conciencia de las limitaciones que le imponía su propio objeto, abandonó la idea de eliminar el conflicto y lo aceptó como un dato insoslayable, que habría de acompañarlo en su derrotero histórico.

El conflicto -siempre subyacente en la relación de trabajo- determina que exista una natural tendencia hacia el incumplimiento, o mejor dicho, que no exista un estímulo natural o una predisposición cultural hacia el cumplimiento espontáneo de las normas laborales.

24 Calamandrei anota que el cumplimiento espontáneo del precepto por parte de los individuos constituye el funcionamiento normal del ordenamiento jurídico, al punto que le atribuye el nombre de "*funcionamiento fisiológico del derecho*". El hecho de que sólo se advierta la presencia del derecho cuando hay necesidad de constreñir al individuo a observarlo, significa desconocer que en la mayor parte de los casos el derecho funciona porque es espontáneamente observado. Calamandrei compara este hecho con el funcionamiento del cuerpo humano, que no advierte el estado de salud cuando el mismo es perfecto, pero siente su ausencia cuando una enfermedad lo pone en peligro. Calamandrei, Piero, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile, secondo il nuovo codice*, 2ª ed. aggiornata, Cedam, Padova, 1943, p. 31 y 32.

25 Palomeque López, Manuel Carlos, *Derecho del Trabajo e Ideología*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 228.

26 El ordenamiento jurídico liberal, al tiempo que propugnaba la marginalidad del Estado respecto de las cuestiones sociales, exhibía algunos ejemplos de intervencionismo represivo. Borrajo Da Cruz, Efrén, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Tecnos, 5ª ed., Madrid, 1988, p. 92 y ss.; Caldera, Rafael, *Derecho del Trabajo*, T. I, 2ª ed., Librería El Ateneo, Bs. As., 1960, p. 96 y ss.; De Ferrari, F., *Lecciones*, cit., t. I, p. 9 y ss., De la Cueva, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo*, 2ª ed., Porrúa, México, 1943, p. 25 y ss., Palomeque López, M. C., op. cit., p. 15 y ss.; Pérez Botija, Eugenio, *Curso de Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 1950, p. 45 y ss.

27 Barbagelata, H-H, *El particularismo del Derecho del trabajo y los...*, cit. p. 21. Plá Rodríguez, citando la opinión de Otto Kahn-Freund recuerda que "*...los conflictos de trabajo existen y no desaparecerán*", en "*La solución de los conflictos de trabajo*", en *La Solución de los Conflictos Laborales*, Secretaría del Trabajo y Previsión Social, México, 1985, p. 25.

Es evidente que la legislación laboral es una *hija no deseada* de la industrialización, aceptada a regañadientes y como un mal necesario por la ideología liberal prevaleciente en la época. El sentido intervencionista y protector de sus normas -como expresa Russomano- estaban claramente fuera del “*espíritu de la época*”²⁸. En tal sentido se ha indicado que la paradoja del Derecho del Trabajo consiste en que su vocación emancipatoria tiene que expresarse en gran medida a través de una acción coactiva que se impone sobre el “*estado de naturaleza*” de las relaciones económicas entre el capital y el trabajo²⁹, relaciones que se desarrollaban en torno a una “*moral utilitarista*” -concebida por David Hume- que, precisamente ve en la utilidad, el motor fundamental de las acciones humanas³⁰. Por tratarse de una disciplina que procura recomponer una situación de profunda desigualdad contractual, la norma laboral debe imponerse a la autonomía de la voluntad individual a través de preceptos imperativos. Sin embargo, la desigualdad subsiste y junto con ella, el riesgo de ineficacia de la tutela legal o colectiva. Frente a este riesgo, se ha señalado, incluso, la insuficiencia de las sanciones civiles de carácter restitutorio o resarcitorio, entre otras razones, porque cuanto más débil es la posición contractual del trabajador, más grave suele ser el incumplimiento y más improbable la reacción individual frente al mismo³¹.

De este modo, debe asumirse que la inspiración sustancial en la que abrea el Derecho del Trabajo está basada en pautas que, en buena medida, contradicen frontalmente los paradigmas del capitalismo. En tal sentido, el enunciado “*el trabajo no es una mercancía*”, declaración fundamental que constituye basamento esencial de la disciplina³², encarna una de las más flagrantes contradicciones entre la teoría jurídica laboral y la práctica real cotidiana de la economía de mercado. A nadie pasa inadvertido que la mencionada declaración, lejos está de describir lo que acontece en la realidad, donde el trabajo *sí es asumido como una mercancía*. La declaración no es otra cosa que una afirmación de tenor ético-jurídico, que indica la manera en que debería ser concebida la regulación del trabajo humano³³ y que ha servido de guía esencial para la construcción del Derecho del Trabajo.

28 Russomano, Mozart V., “*Sistematização e constitucionalização do Direito do Trabalho*”, in *El Trabajo y la Constitución. Estudios en Homenaje al Prof. Alonso Olea*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2003, p. 97.

29 Desdentado Bonete, A., op. cit., p. 8.

30 De la Cueva, Mario, *El Derecho mexicano del Trabajo*, cit., p. 14.

31 Desdentado Bonete, A., op. cit., p. 9.

32 Del autor: *Orden público y Derecho del Trabajo*, FCU, 2001, p. 63 y 120.

33 Grandi, Mario, “*El trabajo no es una mercancía. Reflexiones al margen de una fórmula para volver a meditar*”, in *Evolución del Pensamiento Juslaboralista*, Estudios en Homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata, FCU, Mdeo., 1997, p. 192

No debe perderse de vista, entonces, que el nacimiento del Derecho del Trabajo representa un correctivo, una expresión de “*contracultura*”, una excepción a las reglas que naturalmente rigen el funcionamiento de la economía de mercado³⁴. Incluso, es muy probable que su origen no haya sido más que una concesión transaccional que dicho sistema realizó ante el riesgo de terminar siendo desplazado³⁵. En el esquema de capitalismo liberal que vio nacer al Derecho del Trabajo, la preocupación por contemplar la suerte de los trabajadores no alcanzaba a constituirse en un valor cuya relevancia resultara equiparable a la recompensa (moral y material) que, según el paradigma liberal, se derivaba del hecho de alcanzar el éxito económico³⁶. Por eso, no resulta sorprendente que el empleador se sienta poco proclive a cumplir espontáneamente los preceptos laborales³⁷ y esto explica, por una parte, que los mismos hayan

34 Refiriéndose al Derecho mexicano del trabajo, pero aludiendo a cuestiones que resultan perfectamente extensibles al Derecho del Trabajo en general, De la Cueva advierte sobre la calidad esencialmente polémica de la disciplina, la que atribuye al hecho de que su nacimiento se produjo “...frente a un sistema jurídico que tenía dos milenios de existencia y que había sido declarado la razón jurídica universal. Para afirmarse, tuvo que romper los muros de aquel sistema e invadir y adueñarse de los campos en los que aún se consideraba al trabajo del hombre como una mercadería y en los que no se permitía la entrada al pensamiento nuevo”. “Pero - agrega el ilustre maestro mexicano- el derecho mercantil no se rinde fácilmente, por el contrario, defiende palmo a palmo la libra de carne que el mercader de Venecia le ofreció a Shylock”. De la Cueva, M., *El Nuevo Derecho...*, cit., p. 532.

35 Algunos autores ven en la esencia de la gestación del nuevo Derecho, una ulterior motivación protectora de los medios de producción, que resultaba amenazada por la fuerza emergente de la unión de los trabajadores; de forma tal que la ecuación planteada habría sido: “*Derecho del Trabajo a cambio de paz*”. Se ha señalado la “*ambivalencia*” de la disciplina, caracterizada por una parte por un sentido protector del trabajador, y por otra, por una vertiente de signo contrario que supone el reconocimiento de ciertos elementos que se derivan de las características del modo de producción capitalista: subordinación, reconocimiento del poder disciplinario, y las necesarias e inevitables limitaciones que supone la propia definición de ciertas libertades (sindicato, huelga, etc.). En este sentido, ver por ejemplo: Javillier, Jean Claude, *Manuel du Droit du Travail*, 2ª edición, París, 1988, p. 29; Palomeque López, M.C., *Derecho del Trabajo e Ideología*, cit., p. 16.

36 En este sentido, Baylos y Terradillos, advierten acerca de “...la alta valoración social de la figura del empresario que corre riesgos y obtiene éxitos, aun moviéndose en la frontera confusa de lo ilegal...”, *Derecho Penal del Trabajo*, cit., p. 37.

37 No es casual que los excepcionales casos de industriales que en siglo XIX pretendieron exponer y demostrar las bondades de reconocer beneficios a los trabajadores, como Robert Owen o Daniel Le Grand, fueran calificados como “*utopistas*”, es decir, personas que proponían proyectos irrealizables o fuera de la realidad. En un pasaje de la encuesta conocida como “*Informe Villermé*” (titulada *Cuadro del Estado Físico y Moral de los Obreros y Empleados en las Manufacturas de Algodón, Lana y Seda*) publicado en Francia en 1840, se indica que “*La clase de los empresarios de manufacturas, en su conjunto no estaba animada de ese espíritu [de patronage], sino exclusivamente preocupada por los negocios y las ganancias... “Ellos decían –refería Villermé- que eran industriales para volverse ricos y no para mostrarse filántropos*”, (*Tableau de l’état physique et moral des*

tenido que enfatizar su carácter imperativo y por otra, la circunstancia de que hayan debido introducir limitaciones a la autonomía de la voluntad, como única forma de lograr un grado de eficacia más o menos razonable.

En muy buena medida el Derecho del Trabajo siempre ha sido un *cuero extraño* en el sistema capitalista y *su ética* incluye determinados valores fundamentales que contradicen, traban, o que no dejan desplegar suficientemente algunos de los pilares sobre los que se construyen los paradigmas del capitalismo liberal.

Es cierto que en este cruce o confrontación de postulados morales diversos, han existido épocas en que la “*ética laboral*” logró prevalecer sobre los paradigmas capitalistas liberales y ello se vio reflejado en un determinado sentido evolutivo del Derecho del Trabajo, tendiente a la mayor protección y generosidad de sus normas, característico de las tres décadas posteriores a la finalización de la segunda guerra mundial³⁸.

Sin embargo, hacia el final de lo que Eric Hobsbawm llamó el “*siglo XX corto*” (que según este historiador, coincide con la caída del muro de Berlín³⁹), el paradigma de la ética laboral comienza a ser nuevamente desplazado por una ética mercantil descarnada que, como expresara Ermida, impone el “*modelo neoliberal*” o posmoderno en el sistema de relaciones laborales y en el Derecho del Trabajo⁴⁰.

Este triunfo coyuntural del modelo neoliberal, implicó el triunfo de una serie de valores asociados al mismo (antivalores, en la perspectiva laboralista) que alcanzaron a provocar un efecto cultural de desconsideración, desvalorización o descentramiento social del “*valor*

ouvriers dans les fabriques de coton de laine et de soie, 2 vols., París, 1840, por el Dr. Villermé, T. II, p. 75). La escasa relevancia moral que se otorgaba a la preocupación por la suerte de los trabajadores también queda en evidencia cuando Henry Ford exponía que el motivo fundamental que lo inspiraba a reconocer a sus obreros el derecho a recibir un salario razonable, no era otro que el de otorgarles la capacidad de adquirir los productos que él mismo comercializaba. Es decir, una moral capitalista perfecta. En esencia, se trata de la confirmación de la tesis defendida por John Stuart Mill, cuando sostenía que el hombre es un ser destinado, por naturaleza, a preferir en todos los casos, más riqueza a menos riqueza y representa una de las bases en la que se ha sustentado la corriente denominada “*Análisis Económico del Derecho*” (de la que da cuenta José Luis Ugarte en la obra: *Análisis Económico del Derecho. El Derecho laboral y sus enemigos*, FCU, Mdeo., 2001) y que, en esencia, reduce todo el derecho a su eficacia económica.

38 Período al que Fourastié dio el nombre de “*los treinta gloriosos*”. Fourastié, Jean, “*Les trente glorieuses*”, París, les Editions Fayard, 1979, cit. por Bronstein, Arturo, *International and Comparative Labour Law. Current Challenges*, ILO, Palgrave Macmillan, 2009, p. 8.

39 Hobsbawm, Eric, *Historia del siglo XX*, 2ª edición, Biblioteca E.J. Hobsbawm de Historia Contemporánea, Grupo Editorial Planeta, Bs. As., 2001, p. 7.

40 Ermida Uriarte, Oscar, “*Ética y Derecho del Trabajo*”, in *Veinte Estudios Laborales en Memoria de Ricardo Mantero Álvarez*, FCU, 2004, p. 19.

trabajo” y a su vez, este efecto ideológico provocó consecuencias en el plano jurídico: la flexibilización o desregulación del Derecho laboral⁴¹.

Este contexto hostil hacia el Derecho del Trabajo y sus fundamentos inspiradores, intensifica todavía más la ya referida tendencia hacia la resistencia al acatamiento espontáneo de las normas laborales. El triunfo del modelo neoliberal no solamente disminuye a una mínima expresión la recompensa ética o moral que socialmente recibe el empleador cumplidor, sino que incluso llega a esbozar un nuevo ideal que, en cierta medida, alienta el rechazo o la resistencia al cumplimiento de las normas laborales, dado que sostiene un postulado ideológico centrado en señalar que las mismas sólo son capaces de provocar efectos perversos⁴².

V) Mecanismos mediante los cuales se constriñe o se estimula el cumplimiento de las normas laborales_

Quizás como consecuencia de haber tomado rápida conciencia acerca del inestable grado de acatamiento espontáneo o natural que eran capaces de despertar sus normas, el sistema jurídico laboral se fue dotando de una variada gama de instrumentos tendientes a provocar (o forzar) la eficacia práctica de sus preceptos.

El elenco de herramientas del que dispone en este sentido el Derecho del Trabajo es muy variado y, en cierta medida original, dado que incluso se toleran (y protegen al más alto nivel) algunos mecanismos que carecen de símil alguno en otras ramas del Derecho, como notoriamente lo son aquellos que se agrupan bajo la denominación genérica de “*medios de autotutela*”, en los que elemento “*coercibilidad*” es directamente aportado por los propios interesados en la aplicación de la norma y que asume como forma típica, la huelga.

En el ámbito de la denominada “*heterotutela*” (es decir, aquellos mecanismos provenientes de la autoridad estatal), las normas laborales presentan variados instrumentos mediante los cuales se intenta preservar su eficacia práctica, encaminando el comportamiento de los sujetos hacia los cauces deseados o debidos.

Dichos mecanismos son de diversa índole.

Algunos, que pueden ser llamados “*directos*”, tienen por finalidad explícita la vigilancia y control del acatamiento de las normas laborales y, en caso de infracción, la determinación e imposición de una sanción.

Estos mecanismos “*directos*” responden a una concepción *básica* del sistema jurídico: el cumplimiento de la norma debe ser vigilado o controlado por la autoridad y, correlativamente, la infracción de lo preceptuado por ella debe ser sancionado por la autoridad legitimada a

41 Ermida Uriarte, Oscar, La flexibilidad, FCU, Mdeo., 2000, p. 21 y ss.

42 Barbagelata, H.-H., El particularismo, cit., p. 114.

tales efectos. Dentro de éstos se encuentran, por ejemplo, el contralor administrativo (ejercido generalmente a través de la “inspección del trabajo”) o el Derecho Penal del Trabajo, no solo criticado por quienes lo aprecian como instrumento de rigidez extrema, sino también por quienes - como Ghezzi y Romagnoli- lo describen como un monumental sarcófago en que el Estado entierra ostentosa y solemnemente la protección que debe al trabajo, pretendiendo así expiar de su conciencia el pecado de no saber hacer frente a su verdadera obligación tutelar⁴³.

También existen otras alternativas o vías para provocar el acatamiento de las normas, pero de manera más sutil o indirecta. Así por ejemplo, pueden ubicarse dentro de esta categoría, aquellos que hacen más gravosa para el deudor la opción del incumplimiento que la del cumplimiento espontáneo (estableciendo recargos, intereses o penalizaciones similares, en caso de no pago en fecha), o los que facilitan o quitan obstáculos a la reclamación judicial por parte del trabajador afectado (exonerándolo del pago de gastos judiciales, o reconociéndole la posibilidad de iniciar un proceso más acelerado, etc.).

Los mecanismos *indirectos* incluyen un mensaje que debería indicar con claridad que la opción consistente en no cumplir la norma, no es atractiva, conveniente ni provechosa, quitándole utilidad o interés a la alternativa del incumplimiento.

En este aspecto, la función preventiva que estos mecanismos indirectos se encuentran potencialmente en condiciones de cumplir, puede resultar más importante que la inherente a los mecanismos directos, cuyo funcionamiento depende de la detección concreta del infractor de la norma.

Uno de los principales instrumentos *indirectos*, consiste, como se dirá seguidamente, en la facilitación del acceso a la justicia.

VI) La facilitación del acceso a la justicia como instrumento potenciador de la eficacia de las normas sustantivas

La idea del “*acceso a la justicia*” admite diferentes acepciones. En un primer sentido, el acceso a la justicia asume un significado básico o elemental, que se presenta como punto de partida de otros posibles alcances. Consiste en tomar a esta noción como sinónimo de “*acceso a un estrado judicial*” o “*acceso a un juez*” y se canaliza como la posibilidad material de llegar ante la presencia de la autoridad que ejerce la “*función jurisdiccional*”.

Resulta de toda evidencia que la garantía de llegar ante la presencia de un tribunal para reclamarle la tutela de un derecho desconocido, desplazado o agredido, es una de las bases fundamentales del estado de

43 Ghezzi, Giorgio y Romagnoli, Umberto, Il rapporto di lavoro, t. II, Zanichelli, Bologna, 1989, p. 48.

derecho. Se trata, ni más ni menos, que de estar en condiciones de alcanzar la vía que las sociedades civilizadas han construido como sustitutivo de la venganza privada, de la justicia por mano propia.

El correcto desenvolvimiento de un derecho de esta índole, reclama que necesariamente deban plantearse *acciones positivas*, que resulten proclives a –en términos de la OIT- “*hacer realidad de buena fe*”⁴⁴ su enunciado puramente teórico. Y, naturalmente, tal exigencia se hace particularmente presente cuando nos situamos en el ámbito del Derecho del trabajo. No alcanza, en este caso, con declarar o reconocer que el trabajador está asistido del derecho a promover un proceso, sino que será necesario *generar las condiciones* para que ese derecho efectivamente pueda plasmarse en la realidad de la vida.

Las denominadas “100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad”⁴⁵ fueron enunciadas en la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada a inicios de 2008 en Brasilia y “*tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial*”⁴⁶.

En la Exposición de Motivos, se reconoce la necesidad de que el sistema judicial se configure “*como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad*”, pues, según se señala en el mismo instrumento “*poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho*”.

Naturalmente, de nada sirve plantearse la necesidad de facilitar el *acceso a la justicia*, si quien es destinatario de los derechos que podrían exigirse no tiene conciencia de que lo es. Por esta razón, con oportuna precisión, el instrumento comienza por hacer referencia a la puesta en

44 La “*Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*”, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 86ª reunión (Ginebra, 18 de junio de 1998), declara que “*todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios*”.

45 Adoptadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada los días 4, 5 y 6 de marzo de 2008 en Brasilia. Puede accederse al texto del documento en el sitio de la Secretario Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/wiki/-/wiki/Wiki%20General_Cumbre%20Judicial%20Iberoamericana/Reglas+de+Brasilia+sobre+acceso+a+la+Justicia+de+personas+desfavorecidas

46 Capítulo I: Preliminar, Sección 1ª Finalidad.

práctica de una medida verdaderamente crucial, como lo es la consistente en desplegar actuaciones destinadas a difundir o brindar información acerca de los derechos que asisten a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, incentivando la participación en esta tarea de *“funcionarios y operadores del sistema de justicia en la labor de diseño, divulgación y capacitación de una cultura cívica jurídica, en especial de aquellas personas que colaboran con la administración de justicia en zonas rurales y en áreas desfavorecidas de las grandes ciudades”*⁴⁷.

En las “100 Reglas” también se pone de relieve la importancia *“del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad”*, destacando la *“conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada; consultorías jurídicas con la participación de universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados”*.

Como se sabe, existen diversos puntos de vista en cuanto a la conveniencia de imponer al trabajador la asistencia letrada obligatoria, existiendo destacadas opiniones que se pronuncian a favor o en contra de tal exigencia y, asimismo, diversas soluciones plasmadas en el Derecho positivo de los distintos países⁴⁸. En este debate, las “100 Reglas de Brasilia” toman claro partido por resaltar la importancia de *“garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada”*, enfatizando muy especialmente la trascendencia de asegurar estos dos atributos.

Parece innegable que la posibilidad de contar con un asesoramiento jurídico adecuado, eficaz y responsable, mejora la *accesibilidad* del trabajador a la justicia y, en todo caso, si las dificultades para que esto se concrete están asociadas a los costos económicos que trae aparejada esta opción, las soluciones deberían apuntar en el sentido que a continuación habremos de referir: la gratuidad.

En efecto, un cabal *acceso a la justicia* sólo puede asegurarse exonerando al trabajador de aquellos costos que por lo general dispara la puesta en movimiento de un proceso judicial.

En este sentido, es interesante mencionar la ley uruguaya de *“Abreviación de los Procesos Laborales”*, de reciente aprobación, que consagró a la gratuidad de las actuaciones judiciales como uno de los *“principios”*⁴⁹ a los que deben ajustarse los procesos laborales y,

47 Capítulo II, Sección 1ª, “Cultura jurídica”.

48 Vid. Toledo Filho, Manoel Carlos, *Fundamentos e Perspectivas do Processo Trabalhista Brasileiro*, LTr, São Paulo, 2006, p. 72 y ss.

49 Art. 1º de la ley N° 18.572, del 13 de setiembre de 2009.

asimismo, le otorgó al concepto un alcance amplio y generoso, al hacerlo abarcativo de “*todas las actuaciones administrativas y judiciales (...) para la parte trabajadora, incluidos impuestos y tasas registrales y catastrales, expedición de testimonios de partidas del Registro de Estado Civil, certificados y sus legalizaciones*”⁵⁰.

Y, finalmente, aunque explicitarlo pueda resultar obvio, es necesario señalar que para facilitar el *acceso a la justicia*, se impone la exigencia de poner al juez al alcance del trabajador. Se trata, desde luego, de una cuestión elemental de organización del sistema judicial, para tornarlo *geográficamente* accesible a quien tenga que servirse de él para reclamar la satisfacción de sus derechos.

El requisito adquiere particular importancia en aquellas localidades o regiones que, por sus características específicas, presenten complicaciones especiales. Esto apunta a atender, desde luego, a las áreas alejadas de los centros poblados (por ej.: trabajo rural, emprendimientos forestales, etc.), pero no se refiere exclusivamente a esos casos. Es necesario atender también, la situación que se genera al interior de las propias urbes, donde determinados sectores, por su condición desplazada, permanecen aislados de las más elementales posibilidades de acceso a los servicios públicos, incluido, naturalmente, el de la justicia. Cercanos geográficamente, estos colectivos, están a una distancia socio-cultural a menudo más difícil de superar que determinados accidentes topográficos.

Pero la noción de *acceso a la justicia* también tiene una segunda connotación.

No sólo es importante garantizar la posibilidad de llegar hasta un juez, sino que también será necesario asegurar que éste posea, por una parte, la especialización correspondiente y que, además, tenga a disposición un instrumento eficaz para brindar amparo al derecho amenazado o lesionado.

Esta acepción de la noción de *acceso a la justicia* asume, en su expresión básica, la forma de la garantía que los anglosajones supieron resumir como *his day in Court*, que supone asegurar el derecho a gozar de una razonable oportunidad de hacerse escuchar⁵¹, de contar con la

50 Art. 28 de la ley Nº 18.572, en la redacción dada por el art. 8º de la ley Nº 18.847, del 6 de setiembre de 2011.

51 Según la Suprema Corte de los Estados Unidos, el alcance de esta garantía incluye: 1) que el demandado haya tenido debida noticia, la que puede ser actual o implícita, de la promoción de los procedimientos con los cuales el derecho puede ser afectado; 2) que se haya dado una razonable oportunidad de comparecer y exponer sus derechos, incluso el derecho de declarar por sí mismo, de suministrar testigos, de introducir documentos relevantes y otras pruebas; 3) que el tribunal ante el cual los derechos son cuestionados esté constituido de tal manera que de una seguridad razonable de su honestidad e imparcialidad; 4) que sea un tribunal de jurisdicción adecuada (“*a court of the competent jurisdiction*”), Willoughey, *The Constitutional Law of the United States*, t. 3, p. 1709, cit. por Couture, E., “*Las garantías constitucionales...*”, cit. p.184.

posibilidad de articular debidamente una defensa, evitando que alguien pueda ser condenado sin haber sido previamente oído, garantizando a quien es llamado a juicio, la oportunidad de hacer valer las razones que tuviere⁵².

Pero en el caso de la materia laboral, el concepto se carga de otras connotaciones.

Para empezar, se incorpora la importancia de que el juez tenga la formación que le permita conocer las normas que integran la disciplina, así como los principios que las inspiran y orientan su hermenéutica⁵³. Debe ser, además, un juez que, en la medida de lo posible, tenga algún contacto con la realidad del mundo del trabajo, para así estar en condiciones de comprender las particularidades del conflicto laboral y, sobre todo –como enfatiza Barbagelata- que alcance a comprender que aplica un Derecho *distinto*⁵⁴.

Pero, además, el instrumento procesal del que habrá de servirse el juez, debe contar con las características que le den aptitud para contemplar en toda su dimensión las particularidades del objeto sustantivo al que debe servir. En este sentido, resulta importante recordar lo que ha sido definido como el carácter esencialmente teleológico del proceso, que carece en sí mismo de una finalidad propia, siendo su propósito es de carácter instrumental y, por eso, su finalidad debe ser coincidente con la del derecho sustantivo al que sirve de herramienta.

Una vez más conviene recordar a Couture, cuando afirmaba dicho carácter esencialmente teleológico del proceso: “*La jurisdicción por la jurisdicción no existe. Sólo existe como medio de lograr un fin. El fin de la jurisdicción es asegurar la efectividad del Derecho*”⁵⁵.

En este sentido, además de que debe ser un instrumento apto para aportar una solución para el conflicto (condición inherente a todo proceso judicial), al proceso de la materia laboral se le agrega la exigencia de tener en cuenta la naturaleza especial de la relación de trabajo, y en particular las necesidades del trabajador. Por ello, en cualquier sistema de solución de conflictos laborales, la economía, la gratuidad y la simplicidad, no sólo son requisitos para asegurar la *accesibilidad al juez*, sino que, además son condiciones indispensables para que el proceso, pueda cumplir adecuadamente con su finalidad instrumental.

Y naturalmente, el proceso en el que se dilucidan cuestiones atinentes al trabajo, necesariamente debe desarrollarse con rapidez. No es difícil comprender que siendo cierto que en cualquier proceso la lentitud

52 Cfe. Couture, E., “*Las garantías...*”, cit., p. 174.

53 Cfe. Bronstein, Arturo, “*Conflictos laborales individuales: soluciones procesales y convencionales*”, in rev. Debate Laboral, año III, Nº 5, 1990, p. 150.

54 Barbagelata, H-H, El particularismo del Derecho del Trabajo y los..., cit., p. 42.

55 Fundamentos..., cit., p. 43 y 44.

constituye un dato negativo, en la materia laboral la misma resulta todavía más inaceptable. La menor capacidad económica del trabajador incide directamente en su incapacidad de resistencia y espera. A tal punto esto es así que ha llegado a señalarse que en la materia laboral o bien la tutela jurisdiccional es rápida o de lo contrario el proceso se resuelve en una sustancial denegación de justicia⁵⁶.

Cuando se dilata más allá de lo tolerable la tutela procesal de los derechos laborales, inevitablemente se niega, en términos prácticos, el propio derecho de fondo. Cuando la tutela procesal no es adecuada, la proclamación del derecho sustantivo, por más solemne que sea, poco significa, porque en realidad, es mediante los derechos procesales que se puede hacer realidad la tutela de los valores sustantivos a los que aquélla debe servir.

VII) Epílogo

En este punto parece importante plantear una reflexión: en puridad, el verdadero interés del trabajador, no consiste en tener asegurado el derecho a deducir una reclamación ante un juez.

Antes bien, apreciadas las cosas en su justa dimensión, es dable concluir que el real y efectivo interés del trabajador consiste en que se le preserve, en la mayor medida posible, de enfrentarse a la necesidad tener que acudir a tal extremo para conseguir que se respeten sus derechos. Desde su perspectiva, el verse obligado a acudir ante un juez para exigir la satisfacción de un derecho, representará, en todo caso, un mal necesario, la última opción, que no siempre (ni siquiera la más perfecta) resultará apta para brindar una respuesta eficaz a sus necesidades.

Por esta razón, la tercera acepción de la idea del *acceso a la justicia*, es sin dudas, la más trascendente.

Se trata de emplear la expresión en la dimensión que representa la finalidad que otorga la verdadera razón de ser a todo proceso judicial. Es decir: alcanzar la Justicia, entendida, en este caso, no en su sentido orgánico (es decir: en referencia al órgano que ejerce la función jurisdiccional), sino en su alcance conceptual. A nuestros efectos, asumiremos esta noción como sinónimo de alcanzar el objetivo de hacer efectivo el derecho sustantivo, eludiendo expresamente el debate filosófico acerca de si esto implica o no, plasmar la idea de Justicia en su más profundo significado.

Quizás, la verdadera forma de plantearse el problema desde la óptica juslaboralista, debería consistir en reflexionar acerca de los instrumentos adecuados para *prevenir* los incumplimientos, estimulando el acatamiento espontáneo de las normas laborales.

El cumplimiento de éstas, dependerá fundamentalmente, de la capacidad de provocar en sus destinatarios el interés de evitar la

56 Proto Pisani, Andrea, Principi di diritto processuale civile, Napoli, Jovene, 1965, p. 1323, cit. por Mallet, Estêvão, Procedimiento sumarissimo trabalhista, LTR, São Paulo, 2002, p. 8.p. 10.

consecuencia negativa que sobre ellos recaerá en caso de infringirlas. Naturalmente, la opción por el cumplimiento de la norma, sólo resultará atractiva cuando el mal que se pretende evitar al escogerla, supere notoriamente al beneficio que se obtendría en caso de elegir la alternativa de incumplir. Visto de esta forma, la eficacia de la norma laboral parece depender casi exclusivamente de la presencia real y suficientemente disuasiva del elemento coercibilidad. Si la amenaza de coacción no existe, o la misma no posee la severidad necesaria, la eficacia de los preceptos laborales resultará seriamente resentida.

Muchos ordenamientos laborales presentan mecanismos que tienden a operar en sentido inverso al deseable en materia de asegurar la eficacia de las normas laborales. En algunos casos, porque reducen a una dimensión inexpresiva la distancia entre quien cumple y quien incumple, omitiendo la generación de todo efecto disuasivo. En otros casos, porque el crédito laboral queda notoriamente en desventaja en relación con otros compromisos que deben enfrentar las empresas. Las consecuencias de no cumplir en tiempo con los compromisos comerciales o tributarios, usualmente son bastante más gravosas que la opción de posponer el cumplimiento del crédito del trabajador. Y, finalmente, tampoco es inhabitual que algunos mecanismos que consagra el derecho positivo, derechamente estimulen, haciéndola atractiva, a la alternativa del incumplimiento.

La necesidad de corregir tales distorsiones resulta esencial para dotar de mayor eficacia a la norma laboral, objetivo que no solamente debe perseguirse por elementales razones de justicia social (que han inspirado el surgimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo), sino también por razones de otra índole, como la de asegurar reglas de juego aplicables a todos por igual y así hacer viable un desarrollo verdadero, responsable y sostenible.

Porque, en última instancia, lo que verdaderamente se pone en juego en materia laboral cuando se plantea el *acceso a la justicia*, es el desafío de llevar a la práctica aquello que las normas jurídicas enuncian en la teoría.

*“Desgraciadamente -decía Carnelutti- la norma ética sólo habla a la conciencia y no todos los hombres (...) son sensibles a su voz. En esta materia, no se debe ser ni escéptico ni iluso. La Humanidad avanza en todas las direcciones, mas en la dirección de la ética lo hace con gran lentitud”*⁵⁷. *“Se necesita, pues, mientras no la adquiera de otro modo, proporcionar a la norma ética la fuerza de que carece naturalmente”* y aquí es, dice una vez más Carnelutti, donde aparece el derecho, cuya misión consiste en someter la economía a la ética o, dicho de otro modo: *imponer la ética a la economía*⁵⁸.

El surgimiento del Derecho del Trabajo es claramente una de las manifestaciones históricas más evidentes del cumplimiento de esta misión

57 Carnelutti, F., Teoría General del Derecho, cit., p. 56.

58 Op. cit., p. 56.

o función que Carnelutti le atribuye al Derecho. Se trata de un ejemplo de la imposición de la ética a la economía, a través de la norma jurídica.

“A medida que la norma ética va adquiriendo fuerza el derecho pierde poco a poco su razón de ser”, decía el insigne jurista italiano. “La lentitud extrema en los resultados no debe descorazonar. Trabajamos para siglos felices. Siglos lejanos, pero siglos seguros”⁵⁹.

59 Op. cit., p. 57.

JORNADA DE TRABALHO E A SAÚDE E SEGURANÇA DO EMPREGADO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 611-B DA CLT.

Ricardo Jorge Medeiros Tenório¹

Resumo:

O presente artigo tem por objeto o estudo, numa perspectiva constitucional, do parágrafo único do artigo 611-B da CLT, oriundo da Reforma Trabalhista – Lei 13.467/2017. A metodologia utilizada será bibliográfica. O direito do trabalho brasileiro vem passando por grandes transformações, normativas e hermenêuticas. A origem destas transformações não se restringe ao âmbito legislativo, embora este seja o principal ator, mas envolve o judiciário, e o executivo. Com destaque para, em âmbito judiciário, as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em matéria de direito e processo do trabalho, e em âmbito executivo, a extinção do ministério do trabalho, e a revisão e revogação de normas regulamentares. Nesse contexto, o trabalho tem como objetivo demonstrar a relação inseparável entre a jornada de trabalho e a saúde e segurança do trabalhador, apresentando os fundamentos justificantes da limitação da jornada de trabalho, com destaque para o biológico. Igualmente, expõe de forma sistematizada as normas constitucionais que disciplinam a jornada de trabalho e demais normas constitucionais que abordam os temas da saúde, segurança e higiene do trabalho. Com base no pressuposto de que as normas que disciplinam a jornada de trabalho são normas de saúde e segurança do trabalho, é desenvolvida uma argumentação com base constitucional e infraconstitucional para demonstrar a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 611-B da CLT, introduzido pela Reforma de 2017. Também é enfatizado o papel determinante das partes e do magistrado trabalhista, em face da possibilidade de controle incidental de constitucionalidade.

Palavras-Chave: Reforma Trabalhista; Saúde e segurança do trabalho; Jornada de trabalho; Inconstitucionalidade.

¹ Advogado, especialista em direito e processo do trabalho. Mestrando em direitos humanos pela UFPE.

Sumário: 1- Jornada, Saúde e Segurança no trabalho – uma relação intrínseca; 2- A constituição federal e a jornada, a saúde e a segurança do trabalho; 3- A Reforma trabalhista e a tentativa de separação entre a jornada de trabalho e a saúde e segurança do trabalho – a Inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 611-B da CLT. Referências.

I. Jornada, saúde e segurança no trabalho – uma relação intrínseca

O Direito Material e Processual do trabalho está passando por transformações profundas, e a Reforma Trabalhista² foi o grande marco para essas mudanças. Todavia, a origem destas modificações não se restringe ao âmbito legislativo, embora este seja o lócus principal, mas também engloba os poderes judiciário³ e executivo⁴.

Nesse contexto de metamorfose no direito e processo do trabalho, muitos temas têm sua constitucionalidade questionada⁵, seja por meio do controle concentrado ou por meio do controle difuso. Dentre estes temas está a inclusão do parágrafo único do artigo 611-B da CLT, o qual tem a seguinte redação: “Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)”

Atualmente é comum, infelizmente, encontrar notícias em jornais descrevendo casos de graves acidentes do trabalho, de lesões e incapacidades decorrentes do excesso de jornada e até mesmo casos de falecimento⁶ do trabalhador. Todavia, o legislador reformista, ignora que o fundamento básico da limitação à jornada de trabalho é biológico. A jornada de trabalho é limitada com base em fundamentos físicos, fisiológicos, mentais e emocionais. Além do fundamento econômico, uma vez que o trabalhador tem que dispor de tempo livre para poder usufruir de seu salário e participar

2 Lei de n. 13.467/2017

3 Basta observar as recentes decisões da Corte Suprema Brasileira nos temas da prescrição do FGTS, da prevalência do negociado sobre o legislador, da terceirização etc.

4 Por exemplo, por meio das revisões e cancelamentos das Normas Reguladoras do Extinto Ministério do Trabalho.

5 Por exemplo, o Contrato de Trabalho Intermitente. Conferir: GASPAR, Danilo Gonçalves. A (im)possibilidade do trabalho por mais de dois dias por semana do trabalhador Intermitente. In: Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia / Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Escola Judicial. Ano VIII, n.11, Salvador, Jun/2019, páginas 140-151.

6 Os jovens japoneses que estão trabalhando literalmente até a morte. In BBC. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-40140914> Acesso em 11/01/2020.

da economia. Discorrendo sobre as justificativas para a imposição de limites à jornada de trabalho, José Amaro Barcelos Lima⁷ faz os seguintes comentários:

O limite físico está relacionado com as características do indivíduo, tais como, sexo, peso e biótipo. Para aquela atividade que extrapole a aptidão física de uma determinada pessoa, então há de se colocar em prática uma alternativa que evite a ocorrência de excessos que possam interferir no seu rendimento, na sua saúde e na sua segurança.

O limite fisiológico tem a ver com o descanso, com a aptidão física, com a forma de nutrição e com a saúde do indivíduo. Este limite é influenciado pelas ações do dia a dia, sendo também afetado pela fome, pela fadiga e por um estado de saúde adverso. Quando o limite fisiológico é ultrapassado o corpo, geralmente, emite avisos de que algo não vai muito bem.

Os limites mentais e emocionais são de difícil detecção e variam com certa constância, dependendo do estresse a que está submetido o trabalhador. O estresse laboral provoca condições nocivas para a saúde do indivíduo, agindo sob a forma de moléstia, provocando alterações cardíacas e respiratórias, úlceras, transtorno do sono, com conseqüente baixa do rendimento no trabalho. (Sem grifos no original).

A doutrina trabalhista⁸ apresenta também, como motivação para a limitação da jornada de trabalho, o fato de que as normas jurídicas trabalhistas referentes à duração do trabalho possuem natureza de normas de ordem pública, diante de sua “função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de normas de saúde pública”.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁹ elenca como fundamentos para a limitação da jornada de trabalho os seguintes motivos de naturezas:

7 LIMA, José Amaro Barcelos. A sobrejornada e os acidentes de trabalho. Trabalho apresentado no VII Congresso Nacional de Excelência em Gestão. ISSN 1984-9354. Disponível em: http://www.inovarse.org/sites/default/files/T11_0366_1870_1.pdf Acesso em 11/01/2020. Página 3.

8 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16º Ed. São Paulo: LTr, 2017a. Página: 974

9GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Manual de Direito do Trabalho. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. Páginas 778-9.

Psíquica e Psicológica – o trabalho intenso, com jornadas extenuantes, pode causar o esgotamento psíquico-psicológico do trabalhador, afetando a sua saúde mental e a capacidade de concentração, o que pode até mesmo gerar doenças ocupacionais de ordem psíquica, como a síndrome do esgotamento profissional – *Burnout*.

Física – o labor em jornadas de elevada duração também pode acarretar a fadiga somática do empregado, resultando em cansaço excessivo, bem como aumentando o risco de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, colocando a saúde, a segurança e a vida do trabalhador em risco.

Social – é necessário também para a sociedade que a pessoa, além de trabalhar, exerça outras relevantes atividades na comunidade em que vive, inclusive no seio familiar, por ser a própria base da sociedade.

Econômica – jornadas de trabalho de elevada duração podem fazer com que a empresa deixe de contratar outros empregados... [...]

Humana – o trabalhador, para ter sua dignidade preservada, não pode ser exposto a jornadas de trabalho extenuantes, o que afetaria a sua saúde e colocaria em risco a sua própria vida, inclusive em razão de riscos quanto a acidentes de trabalho.

Igualmente, ao observar o nosso ordenamento jurídico é possível extrair e sistematizar a existência da observância obrigatória de concessão de períodos de descanso ao trabalhador. O direito ao descanso, ou seja, o direito à limitação de jornada é uma conquista basilar dos trabalhadores desde a época da revolução industrial. Para o Ministro Cláudio Brandão¹⁰, no ordenamento jurídico brasileiro é possível sistematizar os períodos de descanso em: descanso no curso da jornada, entre duas jornadas, semanal e anual.

A imposição legal de concessão de períodos de descanso busca reduzir os riscos inerentes ao trabalho. Uma vez que os acidentes de trabalho podem acontecer mesmo com o trabalhador sereno, bem alimentado e em perfeitas condições de saúde, muito

10 O sistema se completa com a obrigatoriedade de concessão de períodos de descanso no curso (intra-jornada – de quinze minutos até uma hora ou duas horas) e entre duas jornadas de trabalho (interjornadas – onze horas consecutivas), semanal (repouso semanal – vinte e quatro horas consecutivas) e anual (férias – trinta dias)... *in*: BRANDÃO, Claudio Mascarenhas. Jornada de trabalho e Acidente de trabalho: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. *In*: Revista do TST, Brasília, vol. 75, n. 2, abr/jun, 2009. Página 40.

mais se dá em relação aos trabalhadores cansados, por vezes doentes e, num grande número de casos, sem a utilização do equipamento de proteção individual.

Segundo Brandão¹¹, os riscos inerentes ao trabalho seriam mensurados a partir de sua tríplice dimensão: “a) riscos inerentes ao trabalho em si; b) riscos inerentes ao local de trabalho; e c) riscos inerentes às condições em que o trabalho se realiza”.

Importante salientar, que já se dispõe de diversos estudos científicos sobre a relação entre a jornada de trabalho e a saúde e segurança do trabalho. Os resultados obtidos através destas pesquisas servem para demonstrar, na prática, as consequências nocivas quando não são observados os parâmetros básicos concernentes à limitação da jornada de trabalho. Em artigo já citado, o eminente ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Cláudio Brandão, apresenta dados estatísticos de enorme relevância, os quais demonstram a relação entre o excesso de jornada de trabalho e o adoecimento; entre o excesso de jornada de trabalho e o aumento nos acidentes de trabalho; e por fim, o excesso de jornada de trabalho e a síndrome de *Burnout*.

Oportuno a citação de trechos do artigo¹² doutrinário relativos aos dados estatísticos sobre a jornada de trabalho excessiva e suas consequências práticas:

Estudo realizado em Porto Alegre pelos médicos do trabalho Paulo Antônio Barros Oliveira e Jaqueline Cunha Campello para avaliar a carga de trabalho na atividade bancária e seu impacto sobre a saúde revelou que a jornada rotineira oscilou entre oito e até quase nove horas para não comissionados, e entre nove horas e nove horas e trinta e oito minutos para gerentes e chefes, e o nível de adoecimento provocado pelo trabalho chegou a 30%.

[...]

Estudos realizados na Europa e nos Estados Unidos comprovam o aumento de acidentes com a elevação do número de horas de trabalho, que chegam ao máximo por volta das onze horas da manhã e caem por volta do meio-dia, com a mesma distribuição no período da tarde. Além disso, há casos de diminuição em 60% do número de acidentes quando se reduziu em

11 BRANDÃO, Claudio Mascarenhas. Jornada de trabalho e Acidente de trabalho: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. In: Revista do TST, Brasília, vol. 75, n. 2, abr/jun, 2009. Página 43.

12 BRANDÃO, Claudio Mascarenhas. Jornada de trabalho e Acidente de trabalho: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. In: Revista do TST, Brasília, vol. 75, n. 2, abr/jun, 2009. Páginas 46, 47 e 49.

determinada fábrica de doze para dez horas a jornada de trabalho, da mesma forma que variam conforme o índice de fadiga.

[...]

Maria José Giannella Cataldi destaca pesquisa patrocinada pela ISMA – International Stress Management Association, realizada nos Estados Unidos, Alemanha, França, Brasil, Israel, Japão, China, Hong Kong e em Fiji, cuja conclusão apontou que o Brasil ocupa o segundo lugar em número de trabalhadores acometidos pela “Síndrome de Burnout”, que alcança cerca de 30%, ao lado de 70%, afetados pelo estresse ocupacional.

Para além dos danos físicos, fisiológicos e mentais que o excesso de jornada de trabalho pode causar, muito se discute atualmente sobre o cabimento do chamado dano existencial¹³ para as situações de jornadas extenuantes, com grande divergência jurisprudencial e doutrinária sobre o tema.

Em síntese, é evidente a relação intrínseca entre a jornada de trabalho e a saúde e segurança do trabalho. O principal fundamento para a limitação da jornada tem natureza biológica. Esta constatação fática não pode ser desprezada pelo legislador. Esse, pela caneta da lei, pode fazer muito, mas não pode ignorar a realidade. Não é possível ao legislador, por exemplo, criar uma norma jurídica afirmando que não existe a lei da gravidade. De igual modo, não é possível ao legislador, por meio de um simples parágrafo legal tentar cindir, uma realidade fática incindível.

II. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A JORNADA, A SAÚDE E A SEGURANÇA DO TRABALHO.

A constituição federal de 1988 disciplinou uma grande diversidade de temas jurídicos, políticos e sociais, e, dentre eles está o direito do trabalho, a saúde e a segurança do trabalho. O constituinte elencou entre os direitos sociais, o direito à saúde, ao trabalho e a segurança. Além disso, deu destaque aos direitos dos trabalhadores ao elencar em seu artigo sétimo uma lista exemplificativa de direitos laborais.

13 CAMPOS, Vitor Ferreira de. Da jornada de trabalho exaustiva – dano existencial – repercussões jurídicas de decisões dos Tribunais pelo Brasil. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255063,61044-Da+jornada+de+trabalho+exaustiva+dano+existencial+repercussoes>; Acesso em: 11/01/2020.

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO II

Dos Direitos Sociais

Art. 6º São direitos sociais a educação, a **saúde**, a alimentação, o **trabalho**, a moradia, o transporte, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

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

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

A constituição brasileira ainda disciplina os temas da saúde, da segurança e do trabalho em uma série de outros dispositivos, tais como:

Art. 194. **A seguridade social** compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à **saúde**, à previdência e à assistência social.

Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à **redução do risco de doença e de outros agravos** e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. **São de relevância pública as ações e serviços de saúde**, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua **regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.**

Art. 200. **Ao sistema único de saúde compete**, além de outras atribuições, nos termos da lei:

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

Dos dispositivos constitucionais elencados é possível constatar a relevância que a constituição federal do Brasil dá ao trabalho, à saúde e à segurança do trabalho. Sem perder de vista que, em certo sentido, estes três temas também poderiam ser fundamentados com base na dignidade da pessoa humana, o certo é que a norma basilar do ordenamento jurídico brasileiro dispõe de um importante sistema de proteção à saúde e a segurança do trabalhador.

Por certo, inúmeras normas internacionais poderiam ser descritas, para apresentar uma fundamentação com base no direito internacional dos direitos humanos. Assim o fez o ilustre doutrinador Paulo Douglas Almeida de Moraes¹⁴, em capítulo do livro “Em defesa da Constituição – Primeiras impressões do MPT sobre a “Reforma Trabalhista”.

Nos artigos constitucionais transcritos, é possível extrair que o trabalho seguro e saudável é tanto um direito individual do trabalhador, como também um direito coletivo dos trabalhadores e um dever do Estado e dos empregadores. Tanto é que, por exemplo, no artigo 196 é afirmado, expressamente, o dever do Estado de criar políticas públicas de saúde objetivando a redução dos riscos de doenças e agravos; e no artigo 200, inciso II, é afirmado também, expressamente, o dever do Estado em “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador”.

Frente a este quadro normativo constitucional e diante da natureza biológica da limitação da jornada de trabalho, conclui-se que a legislação infraconstitucional deve concretizar as diretrizes e parâmetros constitucionais. Protegendo o trabalhador e jamais perdendo de vista sua saúde e segurança. Esta preocupação era observada, por exemplo, pelo Tribunal Superior do Trabalho, tanto em seus julgados quanto em sua jurisprudência sumulada¹⁵. Porém, a Reforma Trabalhista tentou alterar o sistema

14 ALMEIDA DE MORAES, Paulo Douglas. Limites jurídicos à flexibilização da jornada de trabalho. In Em defesa da Constituição: primeiras impressões do MPT sobre a “reforma trabalhista” / organizadores: Cláudia Honório e Paulo Joarês Vieira; autores: Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto ... [et al.]. — Brasília: Gráfica Movimento, 2018. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/livros/em-defesa-da-constituicao/@@display-file/arquivo_pdf Acesso em: 11/10/2020.

15 Súmula nº 437 do TST. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

constitucional de proteção do trabalhador por meio da inclusão do artigo 611-B na CLT, mais precisamente por meio do parágrafo único deste dispositivo.

III. A REFORMA TRABALHISTA E A TENTATIVA DE SEPARAÇÃO ENTRE A JORNADA DE TRABALHO E A SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO. O § ÚNICO DO ART. 611-B E SUA INCONSTITUCIONALIDADE.

Dentre as muitas novidades introduzidas no direito e no processo do trabalho brasileiro, pode-se enfatizar a intenção do legislador de dar mais autonomia negocial tanto as empresas e sindicatos quanto ao próprio trabalhador individualmente considerado. Tanto é, que no artigo 611-A da CLT é dito, expressamente, que o negociado tem prevalência sobre o legislado, quando dispuser sobre as matérias autorizadas em seus incisos. Neste artigo foram elencados os temas considerados lícitos para serem tratados em negociação.

Citando apenas os dispositivos, do artigo 611-A da CLT, que tratam direta ou indiretamente sobre jornada de trabalho, saúde e segurança do trabalho, tem-se os seguintes:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - banco de horas anual; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XII - enquadramento do grau de insalubridade;
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1o No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3o do art. 8o desta Consolidação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Importante ressaltar a redação do parágrafo primeiro do artigo 611-A da CLT, ao afirmar que no exame da norma coletiva, o juiz do trabalho estaria obrigado a observar o parágrafo terceiro do artigo 8º da CLT. Mais a frente voltar-se-á a este ponto.

O disposto no artigo 611-A da CLT afirma literalmente que é permitido que haja negociação coletiva de trabalho, prevalecendo sobre a legislação, inclusive quanto a jornada de trabalho.

Por sua vez, no artigo 611-B da CLT temos a descrição de quais seriam os objetos ilícitos da negociação coletiva de trabalho. Com o destaque do legislador para o fato de ser ilícito, exclusivamente, a supressão ou a redução dos direitos elencados no artigo 611-B da CLT, que são:

Art. 611-B. Constituem **objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo** de trabalho, **exclusivamente, a supressão ou a redução** dos seguintes direitos: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

IX - repouso semanal remunerado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XI - número de dias de férias devidas ao empregado; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Não obstante o artigo 611-B da CLT assentar que é ilícito à negociação laboral disciplinar sobre “XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho”, o seu parágrafo único tenta cindir a relação imanente entre jornada de trabalho e saúde e segurança do trabalho. Não perdendo de vista que no artigo anterior, o art. 611-A da CLT, há permissão para que se negocie sobre normas referentes a jornada de trabalho. Ou seja, no Art. 611-A da CLT o legislador afirma que é permitido à negociação coletiva discutir normas sobre jornada de trabalho e no parágrafo único do art. 611-B da CLT afirma que normas sobre jornada de trabalho não tem natureza de normas de saúde e segurança do trabalho.

Todavia, é possível sustentar que, em virtude do artigo 9º da CLT, estaria o magistrado trabalhista autorizado a anular a negociação coletiva que porventura estabeleça normas sobre a duração do trabalho e intervalos, em desacordo com a Constituição Federal e legislação infraconstitucional. O próprio artigo 611-B da CLT declara em seu inciso XVII, que constitui objeto ilícito na negociação coletiva tratar sobre normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

Entretanto, o parágrafo primeiro do artigo 611-A da CLT fixa um parâmetro de observância compulsória para o magistrado, que é cumprir o que assevera o parágrafo terceiro do art. 8 da CLT.

Art. 8 CLT. §3o No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Isto é, o magistrado estaria limitado a analisar apenas e exclusivamente os elementos essenciais do negócio jurídico, orientando-se pelo princípio da mínima intervenção na autonomia da vontade coletiva. Logo, não poderia declarar a nulidade de cláusula coletiva que disponha sobre a jornada de trabalho, pois, de acordo com o parágrafo único do artigo 611-B da CLT, este tema não é norma de saúde e segurança do trabalho, sendo então, objeto lícito de negociação coletiva, conforme art. 611-A da CLT.

Esta linha interpretativa tem por pressuposto a dissociação entre a jornada de trabalho e as normas de saúde e segurança do trabalho, como afirmado acima. Entretanto, como já se demonstrou, este pressuposto está, *data vênia*, completamente equivocado. Assim, tendo em vista a relação intrínseca entre a jornada de trabalho e a saúde e segurança do trabalho, o parágrafo único do artigo 611-B da CLT padece de inconstitucionalidade, por violar os dispositivos constitucionais enumerados no tópico anterior e, igualmente, por tentar o legislador infraconstitucional legislar em desconformidade a própria realidade fática.

Evidente que no modelo duplo¹⁶ brasileiro de controle de constitucionalidade é possível que o parágrafo único do artigo 611-B da CLT seja objeto de controle concentrado de constitucionalidade ou mesmo objeto de controle difuso de constitucionalidade. E, neste último, ainda que as partes não levantem a questão da

16 Conforme a doutrina: A Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988 aperfeiçoou o sistema judicial de controle de constitucionalidade, mantendo a combinação dos métodos difuso-incidental e concentrado-principal. Pelo método difuso-incidental, todo e qualquer juiz ou tribunal pode exercer, por ocasião de uma demanda judicial concreta, o controle da constitucionalidade dos atos e das omissões do poder público... [...] Pelo método concentrado-principal, por sua vez, só o Supremo Tribunal Federal pode exercer, em sede de ação direta, e em abstrato, o controle da constitucionalidade dos atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal e somente os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal podem exercer, também diante de uma ação direta, o controle da constitucionalidade dos atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.(CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional.13º Ed. Salvador: JusPodivm, 2018, P. 273-4.)

constitucionalidade do referido parágrafo único, o magistrado tem o dever de proceder com o controle de constitucionalidade, ainda que de ofício.

O juiz não é mais a boca da lei, como queria MONTESQUIEU, mas o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais.¹⁷

Em conclusão, com base na natureza principalmente biológica da limitação à jornada de trabalho, e diante dos inúmeros dispositivos constitucionais que tem por finalidade a tutela da saúde e segurança do trabalho, é inconstitucional o parágrafo único do artigo 611-B da CLT, e tal inconstitucionalidade deve ser arguida principalmente no controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista sua ampla legitimação. Por certo, o magistrado deve observar, em concreto, se as normas coletivas sobre a jornada de trabalho não são mais benéficas ao empregado, pois, neste caso, incidiria a regra de aplicação da norma mais favorável, e não haveria necessidade de declaração de nulidade da norma coletiva. O exame da constitucionalidade e mesmo da legalidade de uma norma coletiva deve ser feito sempre observando as peculiaridades do caso concreto. Possibilitando que a decisão seja proferida com mais justeza e em sintonia com a realidade fática das partes em juízo.

REFERENCIAS

ALMEIDA DE MORAES, Paulo Douglas. **Limites jurídicos à flexibilização da jornada de trabalho**. In Em defesa da Constituição: primeiras impressões do MPT sobre a “reforma trabalhista” / organizadores: Cláudia Honório e Paulo Joarês Vieira; autores: Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto ... [et al.]. — Brasília: Gráfica Movimento, 2018. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/livros/em-defesa-da-constituicao/@@display-file/arquivo_pdf Acesso em: 11/10/2020.

BRANDÃO, Claudio Mascarenhas. **Jornada de trabalho e Acidente de trabalho: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no**
17 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: Teoria do processo Civil. Vol I, 4ªed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, página 93.

trabalho. In: Revista do TST, Brasília, vol. 75, n. 2, abr/jun, 2009. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/13497/003_brandao.pdf?sequence=5&isAllowed=y Acesso em 18/10/2019.

CAMPOS, Vitor Ferreira de. **Da jornada de trabalho exaustiva – dano existencial – repercussões jurídicas de decisões dos Tribunais pelo Brasil**. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255063,61044-Da+jornada+de+trabalho+exaustiva+dano+existencial+repercussoes>; Acesso em: 11/01/2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13º Ed. Salvador: JusPodivm, 2018

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16º Ed. São Paulo: LTr, 2017.a

_____; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.b

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

GASPAR, Danilo Gonçalves. A (im)possibilidade do trabalho por mais de dois dias por semana do trabalhador Intermitente. In: Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia / Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. Escola Judicial. Ano VIII, n.11, Salvador, Jun/2019. Disponível em:

https://escolajudicial.trt5.jus.br/sites/default/files/escolajudicial/revista_eletronica_11_edicao_pdfa.pdf Acesso em: 14/01/2020

LIMA, José Amaro Barcelos. **A sobrejornada e os acidentes de trabalho**. Trabalho apresentado no VII Congresso Nacional de Excelência em Gestão. ISSN 1984-9354.

Disponível em: http://www.inovarse.org/sites/default/files/T11_0366_1870_1.pdf
[Acesso em 11/01/2020.](#)

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil: **Teoria do processo Civil**. Vol I, 4ºed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

SCALÉRCIOS, Marcos; MINTO, Tulio Martinez. **Normas da OIT organizadas por temas**. 2ºed. São Paulo: LTr, 2017.

_____; _____. **CLT: comparada conforme a reforma trabalhista**. 3º Ed. São Paulo: LTr, 2018.

BREVE ESTUDO COMPARADO SOBRE O TELETRABALHO NA FRANÇA E NO BRASIL

Rosane Gauriau¹

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é o de propor um breve estudo comparado sobre o teletrabalho, no setor privado, a partir da exegese da legislação trabalhista francesa e brasileira.

Segundo o relatório da Organização Internacional do Trabalho (ILO), “*Working anytime, anywhere: the effects on the world of work*”, o teletrabalho, também denominado *home office, remote work ou telework*, trabalho remoto ou trabalho à distância, favorece a redução do tempo de transporte, oferece maior autonomia e flexibilidade em termos de organização do tempo de trabalho, maior produtividade e melhor equilíbrio entre trabalho e vida privada. Efetuado de modo permanente, alternado ou ocasional, no domicílio do empregado ou em outro local, o teletrabalho traduz a ideia de organização do trabalho flexível e sem fronteiras (RAY, 2018).

No Brasil, a Lei nº 13.467/2017, denominada de “Reforma Trabalhista”, promoveu diversas modificações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), dentre elas, regulamentou o teletrabalho por meio dos artigos 75-A a 75-E.

Na verdade, o legislador consolidou uma prática adotada por várias empresas e profissionais, com fundamento na Lei nº 12.551/2011, que alterou o artigo 6º da CLT e introduziu o trabalho realizado à distância no ordenamento jurídico brasileiro. O dispositivo não fez distinção entre o trabalho realizado nas dependências da empresa e aquele executado no domicílio do empregado, desde que presentes os pressupostos da relação de emprego (BASSO, 2018). Embora o referido artigo não fizesse expressa menção ao teletrabalho, ele era utilizado para tal fim até o advento da Lei nº 13.467/2017.

Na Europa, o teletrabalho foi inicialmente tratado pelos atores sociais e regulamentado pelo Acordo-Europeu de 16 de julho de 2002, o qual proclama que o teletrabalho só pode ser implementado de forma voluntária. Dispõe, ainda, sobre as condições de trabalho do teletrabalhador (igualdade de direitos em relação ao trabalho presencial²), respeito à vida privada, equipamento necessário para o exercício do teletrabalho, proteção da saúde ocupacional, organização do tempo de trabalho, treinamento/formação dos teletrabalhadores e direitos coletivos dos teletrabalhadores.

Na França³, sob a influência do referido Acordo-Europeu de 2002, o teletrabalho foi incorporado ao direito interno francês, no setor privado, inicialmente, pelo Acordo Nacional Interprofissional (ANI) de 19/07/2005⁴ e pela Lei nº 2012-387 de 22/03/2012 («*Loi Warsman*»⁵), que introduziu os artigos L1222-9 à L1222-11 no Código do Trabalho francês.

¹ Jurista. Pesquisadora. Doutora em Direito pela *Université Paris I- Sorbonne*. Membre associée do Centre Jean Bodin, Université d’Angers, França. Participante do *Institut de Psychodynamique du travail*, Paris, França. Membro do *Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne*, Paris, França.

² Sobre as noções de empregado/trabalhador presencial e teletrabalhador, v. infra.

³ Toda a legislação francesa mencionada está disponível no site: <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

⁴ *Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005*(ANI). Esse acordo, inspirado do Acordo-Europeu de 2002 é fruto do diálogo social entre confederações sindicais dos empregados (CFDT, CFE-CGC, CFCT, CGT e CGT-FO) e empregadores (le MEDEF, la CGPME et l’UPA). Foi o primeiro acordo a regulamentar o teletrabalho no território francês, a nível nacional e interprofissional.

⁵ *Loi du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l’allègement des démarches administratives, loi dite « Warsman »*.

Posteriormente, em 22/09/2017, um outro texto modificou o artigo L1222-9 (“*Ordonnance relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail*”). Diversos acordos coletivos (“*accords de branche ou d’entreprise*”) sobre teletrabalho foram celebrados com base nesses dispositivos.

No setor público, o teletrabalho foi disciplinado pela Lei nº 2012-347 de 12/03/2012 («*Loi Sauvadet*»⁶).

No Brasil e na França, o teletrabalho é uma forma de organização do trabalho a distância (fora da estrutura de produção) e traduz a ideia de trabalho do futuro, sem fronteiras, em razão do uso de tecnologias da informação e comunicação (RAY, 2018).

De fato, o teletrabalho apresenta muitas vantagens. Para a empresa, menos custos (energia, água, aquecimento, refeição, mobiliário, telefone, computador, dentre outros) e maior produtividade. Para o trabalhador, menos tempo de transporte e, portanto, menos poluição, maior autonomia e, conseqüentemente, melhor qualidade de vida.

Todavia, se o trabalho a distância é o trabalho do futuro, ele é confrontado a diversos problemas como, o aumento do risco de informalidade; tratamento diferenciado entre trabalhador presencial e trabalhador remoto; demanda crescente do aumento de produtividade e redução de custos; dificuldade de prevenção e eliminação dos riscos físicos e psicossociais; trabalho contínuo e direito à desconexão (LAFARGUE, 2013); equilíbrio entre a vida profissional e vida familiar, dentre outros (PROBST, 2018).

Feitas estas considerações, passa-se ao estudo dos requisitos essenciais para a implementação do teletrabalho, confrontando os pontos em comum e de divergência, assim como as particularidades da legislação francesa e brasileira, a partir do exame das noções para a implementação do teletrabalho (I), bem como do regime aplicável (II):

I. Noções

1. Teletrabalho. Da leitura dos artigos L1222-9 a L1222-11 do Código do Trabalho francês, conclui-se que o teletrabalho é uma forma de organização do trabalho, que pode ser realizado pelo empregado dentro ou fora das dependências do empregador, usando tecnologias de informação e comunicação. O voluntariado é o elemento essencial do teletrabalho, tanto para o empregado quanto para o empregador.

A definição é suficientemente ampla para abranger diferentes formas e locais de trabalho, a saber:

- Teletrabalho sedentário: o empregado trabalha exclusivamente em seu domicílio, usando o equipamento disponibilizado pelo empregador;
- Teletrabalho alternado: o empregado alterna períodos de trabalho em seu domicílio e na empresa;
- Teletrabalho móvel: o empregado ocupa um espaço físico no local de trabalho, mas também pode trabalhar em qualquer outro lugar, utilizando tecnologia da informação e comunicação.

A frequência do teletrabalho também pode variar. Pode ser regular ou ocasional, conforme as necessidades do empregador ou em circunstâncias especiais (cf. infra).

No Brasil, segundo o artigo 75-B da CLT, o teletrabalho é a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação. A natureza do serviço prestado não deve configurar o trabalho externo.

Assim, o teletrabalho caracteriza-se quando presentes os seguintes requisitos: atividade laboral realizada preponderantemente fora das dependências do empregador;

⁶ Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

utilização de meios de informação e de comunicação; não configuração de trabalho externo (LOPES, 2012), (PORTO, 2017).

Ressalte-se que o teletrabalhador poderá comparecer nas dependências do seu empregador para a realização de atividades específicas, sem que isso descaracterize o regime de trabalho.

Aliás, o contato do teletrabalhador com os demais empregados, ainda que eventual, é recomendável a fim de evitar o isolamento, estimular o convívio entre colegas e o sentimento de pertencimento à equipe de trabalho (DEJOURS, 1994), (DEJOURS, 2012).

2. Teletrabalhador: Para fins deste artigo e conforme o direito francês e brasileiro, considera-se teletrabalhador, o empregado que desempenha suas atividades fora das dependências (estrutura de produção) do empregador, mediante a utilização de meios telemáticos, em seu domicílio ou em outro local.

3. Empregado/trabalhador presencial: Empregado que trabalha fisicamente nas dependências (local, estrutura de produção) do empregador.

II. Regime

Neste tópico, serão analisados, primeiramente, o conteúdo e as formalidades indispensáveis para a implementação- início- do teletrabalho (A) e, em seguida, o término- fim- do regime de teletrabalho (B):

A/ Conteúdo e formalidades

Para tanto, examina-se, inicialmente, o instrumento para a implementação do teletrabalho: norma coletiva, documento elaborado pelo empregador, contrato de trabalho ou qualquer outro meio (1); as cláusulas essenciais (2) e, enfim, os direitos do teletrabalhador e deveres do empregador (3):

(1) Instrumento: norma coletiva, documento elaborado pelo empregador, contrato de trabalho ou por qualquer meio:

Segundo o artigo L1222-9, I do Código do Trabalho francês, o teletrabalho pode ser implementado por meio de acordo coletivo⁷ ou, na sua falta, por documento elaborado pelo empregador após consulta ao Comitê Econômico e Social⁸, se existir. Na ausência desses, o teletrabalho pode ser formalizado por qualquer meio, como por exemplo, o contrato individual de trabalho⁹.

Na França, diversos acordos coletivos tratam da questão do teletrabalho. Sob a influência da ANI 2005, os acordos ressaltam que o teletrabalho é um ato voluntário do empregado, cujo objetivo é o de favorecer uma melhor gestão de sua vida privada e profissional, melhor qualidade de vida, bem como maior produtividade, competitividade e a redução de custos empresariais. Diversas cláusulas são previstas nesses acordos, como por exemplo, definição de teletrabalho, partes, organização do trabalho, horários de trabalho, equipamento, indenizações diversas, dias de presença, mobilidade, formação e treinamento profissional, etc.¹⁰.

Tal como ocorre no direito francês, no Brasil, a prestação de serviços na modalidade de teletrabalho pode estar prevista em convenção coletiva ou acordo coletivo, e/ou contrato individual de trabalho.

Deverá haver expressa menção ao regime de teletrabalho, quando ele for ajustado no contrato individual de trabalho, bem como a especificação das atividades que serão realizadas pelo empregado (artigos 75-C e 611-A da CLT).

⁷ *Accord collectif de branche, entreprise, établissement, groupe*

⁸ Instância representativa do pessoal: não possui equivalência no Brasil.

⁹ Assim sendo, é possível que o teletrabalho seja pactuado durante o processo de recrutamento e seleção do empregado.

¹⁰ Cf. : *Accord Air France du 13 juill. 2010; Accord Axa France du 19 févr. 2013; Accord Canal+ du 12 sept. 2012; Accord Capgemini du 20 juill. 2011; Accord Dassault systèmes du 27 avr. 2007; Accord Dell du 19 juill. 2012; Accord France Télécom-Orange du 17 mai 2013; Accord Hewlett-Packard du 6 juillet 2010; Accord Michelin du 12 mai 2009 ; etc.*

Na França, a alteração do contrato de trabalho presencial para a modalidade de teletrabalho, ou vice-versa, ocorre por meio de aditivo contratual escrito. Trata-se de um ato voluntário e consensual (artigo L1222-9, I do Código do Trabalho).

No Brasil, conclui-se da leitura dos artigos 75-C da CLT e parágrafos e 75-E da CLT que não há impedimento para a alteração do regime de trabalho presencial para o regime de teletrabalho, desde que haja mútuo acordo entre as partes e que seja registrado em aditivo contratual. O empregador pode alterar o regime de teletrabalho para o regime presencial, garantido o prazo de transição mínimo de 15 dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Na França, no tema, a lei não fez menção a um prazo mínimo de transição.

(2) Cláusulas essenciais:

Segundo o Código do Trabalho francês, além das cláusulas essenciais à formação do todo o contrato de trabalho¹¹, o acordo coletivo ou o documento elaborado pelo empregador a fim de organizar o teletrabalho, deve prever:

- As condições para passagem da modalidade de trabalho presencial para o teletrabalho, no caso de um episódio de poluição mencionado no artigo L223-1 do Código do Meio Ambiente, bem como as condições para o retorno ao trabalho presencial;
- As formas de aceitação, pelo empregado, das condições para a implementação do teletrabalho;
- Os métodos de controle da jornada de trabalho ou de regulação da carga de trabalho;
- A determinação dos períodos durante a jornada de trabalho nos quais o empregador pode entrar em contato com o empregado;
- As modalidades para o acesso de trabalhadores com deficiência ao regime de teletrabalho.

Na prática, a convenção coletiva ou o documento elaborado pelo empregador, se existir, estabelecem, em princípio, os critérios de seleção objetivos para o teletrabalho, como por exemplo: prioridade ao empregado que tem uma certa antiguidade/tempo de serviço na empresa, excluindo-se os estagiários, aprendizes, trabalhador em contrato a prazo determinado; trabalhador em missão; ao empregado que possui acomodações compatíveis com o trabalho a ser realizado; que tem filhos menores de idade; que cuida de pessoa idosa ou deficiente na família.

No Brasil, como na França, além das cláusulas essenciais à formação do todo o contrato, extrai-se dos artigos 75-C, 75-D e 75-E da CLT, que o contrato de trabalho deverá especificar as atividades que serão realizadas pelo empregado; a possibilidade de alteração entre o regime de trabalho presencial e de teletrabalho e vice-versa; as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado; e, enfim, instruções expressas a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

(3) Direitos do teletrabalhador e deveres do empregador:

Direitos do teletrabalhador

Na França, o teletrabalhador possui os mesmos direitos individuais e coletivos do empregado presencial. Isso significa que o empregado em regime de teletrabalho tem direito ao mesmo tratamento – **igualdade de tratamento** – que os demais trabalhadores presenciais.

No Brasil, embora o legislador não o tenha afirmado expressamente, uma interpretação sistêmica, sobretudo tendo em vista os artigos 7 e 8 da Constituição Federal, permite inferir que teletrabalhador possui, em regra, os mesmos direitos individuais e coletivos do empregado presencial.

¹¹ Partes, objeto, prazo, jornada de trabalho, remuneração, deveres, obrigações, direitos, penalidades, dentre outros.

Embora a igualdade seja assegurada ao teletrabalhador, regras específicas são previstas no Código do Trabalho francês (artigos L1222-9 a L1222-10), dentre elas, destaque-se:

- **Recusa motivada da demanda de teletrabalho.** O empregador pode recusar a demanda de teletrabalho do empregado que preenche os requisitos previstos no acordo coletivo ou, na falta deste, no documento da empresa. Deverá, porém, fundamentar junto ao empregado as razões de sua recusa.

Ressalte-se que a ausência de acordo coletivo ou de documento da empresa, autoriza o empregador, em teoria, a recusar o pedido de alteração em teletrabalho sem ter que justificar sua recusa.

A recusa do empregado em aceitar proposta de teletrabalho não é motivo para rescisão do contrato de trabalho.

No Brasil, não há previsão legal no mesmo sentido. O tema poderá ser objeto de negociação coletiva ou expressa previsão no contrato de trabalho.

- **Jornada de trabalho, controle da jornada de trabalho, disponibilidade e regulação da carga de trabalho.** O Código do Trabalho francês afirma que os períodos, durante a jornada de trabalho, nos quais o teletrabalhador pode ser contatado, devem ser fixados em acordo coletivo ou, na falta deste, no documento da empresa. Assevera, ainda, que o teletrabalhador tem o direito ao controle do tempo de trabalho ou da regulação de sua carga de trabalho.

Importante ressaltar que na França, contrariamente ao Brasil, a jornada de trabalho do teletrabalhador é controlada. Cuida-se de uma obrigação do empregador e um direito do trabalhador. Como o teletrabalhador é regido pela legislação trabalhista e, em particular, pelas regras aplicáveis à jornada de trabalho, o empregador deve respeitar a jornada de trabalho e os intervalos de descanso (inter e entre jornadas) como o faz para o trabalhador presencial.

A esse respeito, a convenção coletiva que trata do teletrabalho ou, na sua falta, o documento redigido pelo empregador deverá definir:

- As modalidades de controle do tempo de trabalho do teletrabalhador. Se o empregado estiver sujeito a um horário de trabalho, deverá existir um meio que permita a contagem das horas trabalhadas. Como por exemplo, uma declaração do empregado ou o registro do tempo de trabalho no computador (“*login/log off*”), etc.;

- Os métodos de verificação da carga de trabalho do empregado (artigo L1222-9);

- Os períodos durante a jornada de trabalho nos quais o empregador pode entrar em contato com o teletrabalhador (artigo L1222-9).

No Brasil, o artigo 62, III da CLT excluiu expressamente o teletrabalhador do controle da jornada de trabalho. Se não há o controle da jornada de trabalho, não há controle e possibilidade de pagamento de horas extras¹². Certamente, a legalidade do dispositivo será objeto de exame pela Instância competente.

Deveres do empregador

- **Dever de informação.** Nesse tema, o Código do Trabalho francês assevera que o empregador, além das obrigações previstas em lei, deve informar o teletrabalhador acerca das restrições quanto ao uso de equipamentos, ferramentas de computador, serviços de comunicação eletrônica e as sanções, em caso de não cumprimento de tais restrições. Afirma, ainda, ser assegurado ao teletrabalhador a prioridade para ocupar ou retornar ao posto de trabalho na modalidade presencial, que corresponda às suas qualificações e habilidades profissionais. Enfim, explicita que o empregador deve organizar, anualmente, uma entrevista sobre suas condições de trabalho do empregado e carga de trabalho.

¹² Tal questão extrapola o tema aqui proposto, razão pela qual não irei, a presente, aprofundar sobre a questão.

Regras sobre a regulamentação da carga de trabalho podem ser previstas no acordo coletivo que trata do teletrabalho ou no documento redigido pelo empregador sobre o teletrabalho.

No Brasil, não há previsão legal no mesmo sentido. Negociação coletiva ou expressa previsão no contrato de trabalho poderá suprir a lacuna, se as partes considerarem necessário.

- **Entrevista anual.** Nos termos, do artigo L1222-10 do Código do Trabalho francês, o empregador tem a obrigação de organizar, anualmente, uma entrevista, para tratar de assuntos diversos, mas principalmente sobre as condições laborais e a carga de trabalho do teletrabalhador.

A entrevista anual é feita para avaliar as condições de trabalho do teletrabalhador. Trata-se de uma oportunidade para abordar as possíveis dificuldades encontradas na organização do tempo de trabalho, para avaliar as medidas de prevenção de riscos profissionais, físicos e mentais, os métodos de gestão do trabalho, ou, ainda, questões diversas como o respeito à vida privada do teletrabalhador, a necessidade de treinamento/formação específica, etc.

Neste tema, como no precedente, não há previsão legal.

- **Saúde ocupacional e meio ambiente do trabalho.** Na França e no Brasil, o empregador deve garantir a proteção da saúde e segurança, bem como um meio ambiente saudável e seguro a todo trabalhador.

Na França, essa obrigação, “*obligation de sécurité de résultat*” (GAURIAU, 2017), de proteger a segurança e a saúde física e mental do trabalhador exige que empregador envie todo esforço necessário para proteger a saúde física e mental do trabalhador (e do teletrabalhador), garantir a segurança dos locais e equipamentos de trabalho, prevenir os riscos (físicos e psicossociais) associados à atividade profissional, bem como garantir-lhe condições de trabalho respeitadas das normas de higiene, saúde e segurança (DEVERNAY, 2017).

No Brasil, é direito do teletrabalhador a instrução expressa e ostensiva sobre precauções a tomar, a fim de evitar doenças profissionais e acidentes de trabalho. O empregado deverá assinar o termo de responsabilidade e se comprometer a observar as instruções fornecidas pelo empregador (artigo 75-E).

Embora o dispositivo não detalhe quais “precauções” devem ser tomadas, pode-se concluir que ao teletrabalhador se aplicam todas as normas de proteção e segurança previstas na CLT, principalmente, os artigos 154 a 201, bem como a proteção de direitos fundamentais da pessoa humana inscritos no artigo 5º da Constituição Federal (CF) (tais como direito à vida, segurança, saúde, integridade), sem olvidar o disposto no inciso XXII, do artigo 7º da CF que assegura o direito social de todo trabalhador rural ou urbano (inclusive ao teletrabalhador), a redução de riscos inerentes ao trabalho, por meio das normas de saúde, higiene e segurança.

- **Proteção em caso de acidente de trabalho.** Relativamente ao acidente de trabalho, na França (artigo L1222-9, III), presume-se que o acidente ocorrido durante o período de teletrabalho é um acidente de trabalho, na forma do artigo L411-1 do Código de Seguridade Social e será tratado como um acidente de trabalho ocorrido nas dependências da empresa.

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho é omissa, no tema. Negociação coletiva ou expressa previsão no contrato de trabalho seria recomendável para suprir a lacuna.

Questão interessante diz respeito à **responsabilidade pelos custos, material e equipamento.** O Código do Trabalho francês não prevê quem deve arcar com os custos decorrentes do teletrabalho. Na prática, porém, o acordo coletivo, o documento redigido pelo empregador ou o contrato de trabalho prevêm quem deve arcar com os custos.

A jurisprudência da *Cour de Cassation*¹³ francesa, no tema, afirma que o empregador não está isento do reembolso dos custos associados ao teletrabalho, quando se tratar de despesas profissionais (*Cass. soc., 19 sept. 2013, nº 12-15.137*). Assim, por exemplo, se o empregado concordar, a pedido do empregador, em trabalhar em seu domicílio e ali instalar arquivos e ferramentas de trabalho, ele deverá ser indenizado dos custos incorridos pela ocupação de seu domicílio para fins profissionais (*Cass. soc., 7 avr. 2010, nº 08-44.865*). Isso ocorrerá, mesmo se o empregado for beneficiário de uma cláusula contratual de compensação financeira, a título de despesas profissionais (*Cass. soc., 27 mars 2019, nº 17-21.014*). *A contrario*, quando tais instalações são disponibilizadas a pedido do teletrabalhador, no seu domicílio, ele não pode reivindicar nenhuma forma de indenização (*Cass. soc., 4 déc. 2013, nº 12-19.667*).

No Brasil, conforme o artigo 75-D da CLT, as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária à prestação do trabalho remoto, assim como o reembolso de despesas arcadas pelo empregado, são previstas em contrato escrito.

Finalmente, vale salientar uma hipótese interessante contida no Código do Trabalho francês e cuja reflexão seria aconselhável, no Brasil: em algumas **situações excepcionais**, o teletrabalho é considerado necessário ou recomendável como um modo de organização de trabalho que permite a continuidade da atividade empresarial e garante a proteção da saúde e segurança do empregado.

O legislador francês enumerou algumas hipóteses (não se trata de *numerus clausus*), como por exemplo, ameaça de epidemia ou em caso de força maior (artigo L1222-11 do Código do Trabalho), episódio de poluição (nos termos do artigo L223-1 do Código do Meio Ambiente; artigo L1222-9 do Código do Trabalho). Outras hipóteses podem ser concebidas, eg, greve no transporte público, gripe H1N, ameaça de ataque terrorista ou uma degradação significativa das condições climáticas.

Nesses casos, ao que parece, o trabalhador não pode exercer seu direito de recusa.

Na prática, porém, cabe ao juiz francês determinar, dependendo das circunstâncias, se a situação justifica ou não a transição para o teletrabalho sem que o trabalhador possa exercer seu direito de recusa.

B/ Término: fim do teletrabalho

Nos dois países, tanto o acordo coletivo, documento elaborado pelo empregador, quanto o contrato de trabalho ou o termo aditivo ao contrato de trabalho, devem especificar as condições para o retorno do teletrabalho ao trabalho presencial, nas dependências da empresa.

O Código do Trabalho francês assevera que as condições para o retorno ao trabalho presencial devem estar previstas no acordo coletivo ou no documento elaborado pelo empregador. Afirma ainda que, quando o teletrabalhador solicita o retorno ao trabalho nas dependências da empresa, o empregador deve dar prioridade a que ele volte a ocupar seu (antigo) cargo (antes do teletrabalho), ou um outro que corresponda à sua qualificação e habilidades atuais (artigos L1222-9 e L1222-10).

No Brasil, a alteração do regime de teletrabalho, por determinação do empregador, para o regime presencial deverá constar no contrato de trabalho ou no termo aditivo ao contrato de trabalho, sendo garantido ao teletrabalhador o prazo de transição mínimo de 15 dias (artigo 75-C, § 2º da CLT).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na França e no Brasil, o teletrabalho é considerado uma evolução positiva, no que diz respeito à redução de custos para as empresas, redução do tempo de transporte para o trabalhador e, conseqüentemente, da poluição, “*aumento da criação de trabalho em áreas de*

¹³ Instância extraordinária cuja missão é unificar a jurisprudência francesa. A *Cour de Cassation* não é uma terceira instância.

difícil acesso, maior mobilidade de empregado permitindo a inserção no mercado de trabalho aos deficientes físicos e mulher” (BASSO, 2018), enfim, melhor qualidade de vida para os empregados.

Nos dois países, a legislação sobre o teletrabalho apresenta as mesmas lacunas sobre o direito à desconexão; o justo equilíbrio entre carga de trabalho e produtividade; o isolamento social, a importância do coletivo e da cooperação no trabalho; ingerência/ limites e conciliação entre vida profissional e vida privada.

Eis aqui, o que parece ser a principal contribuição deste estudo comparado, estimular a reflexão entre os atores sociais, juristas e magistrados sobre o teletrabalho, a fim de preservar o respeito à vida privada e profissional do teletrabalhador, o direito à desconexão, a questão da carga de trabalho e meios para evitar o isolamento.

Manter vínculos e reforçar o sentimento de pertencimento à equipe é indispensável à saúde do empregado. A preservação do vínculo social é um elemento-chave do bem-estar no trabalho e na prevenção de riscos psicossociais (DEJOURS,1994), (DEJOURS, 2012).

Regras específicas podem ser negociadas em instrumento coletivo, como por exemplo, a impossibilidade de acesso à rede da empresa a partir de determinado horário, nos fins de semana, e nos períodos de repouso inter e entre jornadas; a impossibilidade de envio de e-mails corporativos e/ou ligações noturnas em fins de semana no celular profissional; um dia fixo de trabalho presencial; rituais de comunicação remota, como reuniões telefônicas semanais, grupo de *chat*, reuniões em videoconferência, participação nas atividades sociais da empresa etc.

O desafio do teletrabalho reside na capacidade da organização do trabalho de encontrar o justo equilíbrio entre a flexibilidade do trabalho, a segurança e saúde dos teletrabalhadores, o gerenciamento dos riscos e o trabalho em equipe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Acordo-Europeu de 16 de julho de 2002. *Teleworking*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:c10131&from=FR>. Acesso em: 09 set. 2019.

ALMEIDA, Daniela Favilla Vaz de. COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. O teletrabalho, o direito à desconexão do ambiente de trabalho e os possíveis meios de inibição da prática. **Revista de Direito do Trabalho**, v. 42, n. 169, p. 113-126, maio/jun. 2016.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. Sociedade da informação e as novas configurações no meio ambiente do trabalho. **Revista Brasileira de Direito Ambiental**. v. 27, p. 251-262, 2011.

BASSO, Danielle de Mello. JUNIOR, Irineu Francisco Barreto. O teletrabalho e a supressão de seus direitos na reforma trabalhista. **Rev. do Dir. do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**. Salvador, v. 4, n. 1, p. 59-76, jan/jun. 2018.

CARDOSO, Raira. Geração smartphone. **Proteção : Revista Mensal de Saúde e Segurança do Trabalho**, v. 30, n. 307, p. 41-58, jul. 2017.

CARVALHO, Patrícia Oliveira Cipriano de. Direitos da personalidade na relação de trabalho: meios eletrônicos no ambiente de trabalho: monitoramento de e-mails e instrumentos visuais no ambiente de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 41, n. 165, p. 35-61, set./out. 2015.

DEJOURS, Christophe. MOLINIER, Pascale. *Le travail comme énigme. In: Sociologie du travail*, 36^e année, Hors-série, 1994, Les énigmes du travail. p. 35-44. Disponível em: www.persee.fr/doc/sotra_0038-0296_1994_hos_36_1_2147. Acesso em: 09 set. 2019.

DEJOURS, Christophe. GERNET Isabelle. *Travail, subjectivité et confiance. Nouvelle revue de psychosociologie*, n^o 13, p. 75-91, 2012/1. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-nouvelle-revue-de-psychosociologie-2012-1-page-75.htm>. Acesso em: 15 set.2019.

DEVERNAY, Nathalie. MOURIQUAND, Caroline. *La flexibilité de l'organisation du travail Tour d'horizon des pratiques innovantes, en France et ailleurs . SSL* 2017, 1175.

DI SALVO, Ana Lidia. GALIA, Rodrigo Wasem. O direito à intimidade e à privacidade do empregado frente ao poder diretivo do empregador : a (in)violabilidade do correio eletrônico. **Justiça do Trabalho**, Porto Alegre, v. 33, n. 387, p. 38-58, mar. 2016.

DUMAS, Marc. RUIILLER, Caroline. *Le Télétravail : Les Risques d'un outil de gestion des frontières entre vie personnelle et vie professionnelle ? Management Prospective Ed. Management & Avenir.*, n^o 74, p. 71-95, 2014/8. Disponível em: <https://www.cairn.inforevue-management-et-avenir-2014-8-page-71.htm>. Acesso em: 08 set.2019.

FILHO, José Carlos de Araújo Almeida. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico: a informatização judicial no Brasil**. 5ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAURIAU, Rosane. Contribuição ao estudo do assédio moral: estudo comparado franco-brasileiro. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 2, p. 223-258, abr./jun. 2017.

GÓIS, Luiz Marcelo. Adicional de desconexão: o tempo à disposição do empregador à luz das novas fronteiras da empresa. **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior**, v. 39, p.59-78, 2015.

International Labour Organization and the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (Eurofound). 2017. Disponível em: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf. Acesso em 07 set. 2019.

LAFARGUE , Yves .VERKINDT Pierre-Yves. *Loi sur le télétravail : une avancée ? RDT* 2013. 9

LANGNER, Ariane. Processo Judicial Eletrônico. **A tecnologia da informação e comunicação diante do constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2017.

LEAL JUNIOR, Cândido Alfredo Silva. As mudanças no trabalho judiciário e a saúde dos usuários: efeitos da virtualização dos processos judiciários. **Revista CEI**, Brasília, n. 61, p.122-132, set./dez.2013

LOPES, Mônica Sette. O tempo e o art. 62 da CLT: impressões do cotidiano. **Revista Ltr: legislação do trabalho**, São Paulo, v. 76, n. 1, p. 72-79, jan. 2012.

MELO, Geraldo Magela. **O teletrabalho na nova CLT**. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>. Acesso em: 08 set. 2019.

MELO, Sandro Nahmias. Teletrabalho, controle de jornada e direito à desconexão. **Revista LTr: legislação do trabalho**, v. 81, n. 9, p. 1094-1099, set.2017.

PINTO E SILVA, Otavio. PJe-JT : desafios para a Justiça do trabalho. **Revista do Advogado**, v. 33, n. 120, p. 68-74, ago. 2013

PROBST, Audrey. *Télétravail : ultimes modifications par la loi du 29 mars 2018*. **Dr. soc.** 2018, 516.

PORTO, Noemia. Duração do trabalho e a Lei n. 13.467/2017: desafios reais da sociedade do presente na contramão da "reforma trabalhista". **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 4, p. 287-315, out./dez. 2017.

RAY, Jean-Emmanuel. *De la question sociale du XXIe siècle au télétravail*. **Dr. Soc.** 2018, 52.

SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar. Desconexão do trabalho. **CIPA : Caderno Informativo de Prevenção de Acidentes**, v. 39, n. 450, p. 78-79, mar. 2017.

VAYRE, Émilie. *Les incidences du télétravail sur le travailleur dans les domaines professionnel, familial et social*. **Presses Universitaires de France. Le travail humain**. vol. 82, p. 1-39, 2019/1. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-le-travail-humain-2019-1-page-1.htm>. Acesso em: 08 set. 2019.

ESTADO DE EXCEÇÃO, POLÍTICA DA AUSTERIDADE E DIREITOS SOCIAIS

Vanessa do Espírito Santo dos Santos¹
Prof. Me. Vander Luiz Pereira Costa Junior²

RESUMO:

Neste artigo propomos analisar a conjuntura política/jurídica brasileira imersa num Estado de exceção que viola a Constituição e seu pacto social enquanto mantém o aspecto formal de Democracia. Mediante exposição das fases do capitalismo, o Brasil a partir da década de 90, será objeto de estudo para estruturar a regência do neoliberalismo que promoveu verdadeiro arrocho nas políticas públicas ao longo dos anos, dos diferentes partidos e governantes. A reforma trabalhista terá enfoque preponderante para demonstrar as contradições das justificativas atribuídas a adoção de medidas de austeridade. E na perspectiva dessas contradições, que se buscará estimular o diálogo nas instituições para impedir novos retrocessos sociais.

Palavras-chave: Estado de exceção. Política de austeridade. Direitos sociais.

ABSTRACT: in this article we propose analysing the legal/policy environment brazilian immersed in a State of exception that violates the Constitution and your social pact while maintaining the formal aspect of Democracy. Through exposition of the stages of capitalism, the Brazil from the Decade of 90, will be object of study to structure the Regency of neoliberalism that promoted real crunch in public policies over the years, the various parties and rulers. The labor reform will have major focus to demonstrate the contradictions of the reasons attributed to the adoption of austerity measures. And, these contradictions which perspective will seek to stimulate the dialogue in the institutions to prevent new setbacks.

Keywords: State of exception. The austerity policy. Social rights.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 METAMORFOSES DO CAPITALISMO 2 ESTADO DE EXCEÇÃO E DIREITO DA AUSTERIDADE 3 REFORMA TRABALHISTA E A POLÍTICA DA AUSTERIDADE 4 AFASTAMENTO DO TRABALHADOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Será apresentada no presente trabalho, uma tese a respeito do atual cenário

¹Graduanda no Curso de Direito da Universidade Católica do Salvador, Campus: Federação. (2019.1).

²Graduação em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa (2008), Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador (2016), Especialização em Direito do Estado pelo Juspodivm (2012), Especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia (2011). Orientador.

político/jurídico brasileiro. Através da hipótese de que permeia um Estado de exceção, será objeto de abordagem as fases mais importantes do capitalismo para se chegar ao atual cenário. Assim, o fordismo, toyotismo e por fim o neoliberalismo serão contextualizados em suas repercussões a nível de Brasil, numa análise breve dos aspectos excepcionais dos governos Collor, FHC, Lula e Dilma.

As políticas públicas serão objeto de abordagem que como se constatará sofrem influência mais do que direta do capital financeiro que para sua acumulação financeira, invocam políticas de austeridade que causam desproteção dos direitos sociais, aumento de taxas e omissão do Estado e privatizações.

O direito, como ciência social aplicada, será objeto de estudo uma vez que é empregado como instrumento para a perpetuação e legalização das medidas de exceção no seio da Democracia. As diversas alterações políticas desde a década de 90, demonstram como os agentes estatais têm alterado as normas de natureza infraconstitucional e constitucional, também. E o judiciário, quando invocado para pronunciar-se a respeito, pressionado de todas as formas, adota medidas ao avesso de toda lógica do ordenamento jurídico e da Constituição cidadã de 1988.

Posto isto, reforma trabalhista de 2017, cheia de controvérsias desde o contexto em que se insere numa perspectiva política, até o seu conteúdo material, apresenta o ponto chave para uma mudança há muito requisitada pelo capital que não se conformava com a “rigidez” dos direitos trabalhistas que através da CLT, inibia diversas modalidades de precarização do trabalho. A reforma por outro lado, legalizou uma série de contratos precarizantes, alterou normas de saúde laboral e normas que afastam o trabalhador da justiça. A Emenda Constitucional 95 de 2016 também representa outra medida de austeridade que causará prejuízos e atrasos sociais.

O acesso à justiça, pelo impacto que representa e da forma como foi objeto de alteração na reforma trabalhista, terá capítulo próprio para abordagem, com base nos livros de Souto Maior e Valdete Severo bem como Maurício e Gabriela Godinho. Por meio dessas referências, será explicitado como a Lei 13467/2017 fere frontalmente o acesso à justiça gratuita de forma integral. Do mesmo modo, como tais alterações também visam a uma possível extinção da Justiça do Trabalho.

O Estado de exceção verifica-se nessa perspectiva, como um modelo de doutrinação do Estado no qual as políticas públicas, as agendas legislativas seguem ao rumo contrário do

que propõe o compromisso político firmado na Constituição, passando a cumprir os postulados exigidos no mercado financeiro.

1 METAMORFOSES DO CAPITALISMO

Os ciclos do capitalismo, com crises, expansão e recuo, traduzem o marco histórico sobre a queda do Estado de bem-estar social e conciliação com o capital para ascensão do neoliberalismo com a política de austeridade.

Numa delimitação necessária para fins do presente trabalho, o objeto de estudo das crises será a partir dos modelos fordista, toyotista, com advento neoliberal e, mais precisamente no Brasil os impactos dessas mudanças a partir da década de 90 (ANTUNES, 2015).

Assim, o fordismo como marco inicial desse capítulo, pode ser caracterizado como modo de produção capitalista vigente entre o início do século XX até a década de 70, o qual representou um modelo de produção de massa no qual havia possibilidade de planejamento em longo prazo e a inserção de um grande número populacional nos postos de trabalho, com uma mínima estabilidade.

O “compromisso fordista” por meio de acordo entre os setores laborais com a regulação do Estado permitiu a acumulação do capital coexistindo com os direitos sociais. Não se trata aqui de partir em defesa do modelo fordista, mas de ressaltar um contraponto ao modelo toyotista, veja-se o que diz a professora Druck (2011):

No ambiente socioeconômico dos países que fizeram a experiência dos Estados de Bem-estar ou de políticas públicas de pleno emprego, em resposta à crise de 1929, o fordismo representou uma sociedade em que o progresso econômico e social atingiu amplos segmentos e onde era possível planejar o futuro das novas gerações, pois as condições de trabalho e emprego permitiam algum tipo de vínculo de longo prazo.

O modelo fordista caracterizava-se também, pela inauguração um período de produção em larga escala no qual o trabalhador realizava um trabalho mecânico e sem qualquer identificação com a produção. O filme tempos modernos de Charles Chaplin, retrata impecavelmente a rotina do trabalhador que vivia numa alienação constante, com trabalho repetitivo em uma determinada fase da produção para aceleração e confecção de bens

padronizados, algo que foi fundamental para crescimento do consumo de massa.

Como dito, ocorre que a era fordista para manter a harmonia entre a acumulação do capital e patamar mínimo de direitos sociais, contou com o apoio preciso do Estado numa intervenção sintetizada por Harvey (1990):

Na medida em que a produção de massa, que envolvia pesados investimentos em capital fixo, requeria condições de demanda relativamente estáveis para ser lucrativa, o Estado se esforçava por controlar ciclos econômicos com uma combinação apropriada de políticas fiscais e monetárias no período pós-guerra. Essas políticas eram dirigidas para as áreas de investimento público- em setores como o transporte, os equipamentos públicos etc.-vitais para o crescimento da produção e do consumo de massa e que também garantiam um emprego relativamente pleno. Os governos também buscavam fornecer um forte complemento ao salário social com gastos de seguridade social, assistência médica, educação habitação etc.

Sucedeu-se que essa atuação conciliatória foi abalada como é previsível pelas crises do capital. O rigor do acordo fordista já não estava mais rendendo tanto financeiramente, havia um excedente de produção. Nesse sentido, Harvey, (1990), pontua como foi decisivo a decisão da OPEP de aumentar os preços do petróleo e a decisão árabe de embargar as exportações de petróleo para o Ocidente durante a guerra árabe-israelense de 1973.

Por conseguinte, o mercado teve que se reajustar ao declínio do petróleo, começar a investir em novas formas de energia. Por isso, começaram as pressões para flexibilização do acordo fordista, os direitos sociais estavam ficando caro demais e o Estado não dava conta de suprir aos anseios.

A partir daí, dá-se início a um novo período na fase do capital, no qual as empresas se reorganizavam para manter a acumulação e nessa linha, a política e a vida social também foram objetos de ajuste. E assim, surge o que Harvey (1990, p. 140) identifica como acumulação flexível:

Ela se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo.

[...] envolve rápidas mudanças dos padrões do desenvolvimento desigual, tanto entre setores como entre regiões geográficas [...].

É nesse contexto que ascende o toyotismo japonês, com um modelo do trabalhador multitarefa. Com fim de minimizar o contexto de crise, esse modelo de produção, surge com novidades que escoam a produção, essas medidas se voltam para atender aos anseios do consumidor e com isso, flexibiliza toda a produtividade.

Por conseguinte, as relações de trabalho ganharam plasticidade, muitos trabalhadores demitidos, que aceitavam variadas formas de subcontratação e aliado a isso, os sindicatos perderam poder de barganha. As circunstâncias apontavam para isso; pois o cenário era de queda do Estado de bem-estar social e competição estratégica das empresas com fins a manutenção das margens de lucros.

Isso culmina no ressurgimento das ideias liberais como corrente política, o que pode ser caracterizado pelas eleições de Margareth Thatcher no reino Unido e Rolnald Reagen nos Estados Unidos; que defendiam posições favoráveis a redução vertiginosa de gastos públicos, auto regulação do mercado e venda de estatais.

O consenso de Washington, firmado em 1989, acabou por reunir a ideologia neoliberal, por meio dele, os países centrais juntamente com o grande capital apresentaram uma série de medidas a serem adotadas pelos países da América Latina para redução do protecionismo alfandegário e a não intervenção estatal³.

Sendo assim, o Brasil que saía de uma ditadura militar (1964, 1984) e ainda se situava na redemocratização, já na eleição do governo Collor (1990-1992), teve implementado a ideologia neoliberal. Através do Plano Collor I, foram anunciadas medidas radicais para privatização de estatais, enfretamento a inflação para manutenção dos lucros empresariais reorganização da força administrativa do Estado e logo, medidas de austeridade sobre os direitos sociais, mais precisamente direitos trabalhistas.

Conhecemos a que fim levou a inexperiente e desastrosa passagem de Fernando Color pela presidência. Com confisco de poupanças, tentativas infrutíferas de conter a inflação, as alianças do então presidente se enfraqueceram e sem mais o apoio da mídia hegemônica, Collor, sem anuência popular estava fadado ao fracasso que foi selado com o impeachment e a perda dos direitos políticos.

Dando continuidade ao projeto neoliberal, com uma nova roupagem, Fernando Henrique Cardoso, através do Plano Real, alcançou a tão almejada estabilização da economia. Nesse sentido, todas as camadas sociais acabaram se beneficiando com a estabilidade de preços.

Ocorre que FHC conseguiu implantar de fato a agenda neoliberal iniciada por Collor interrompida por incompetência. Assim, reformas estruturais como a da previdência, administrativa se realizaram. Havia também, uma proposta de reforma trabalhista tão

³ Disponível em: <https://www.politize.com.br/neoliberalismo-o-que-e/>.

profunda quanto a recente aprovada por Temer que, diga-se de passagem, votou contra à época. A proposta versava sobre a organização sindical e flexibilização dos direitos constitucionais trabalhistas do art. 7º da Constituição Federal com a prevalência dos acordos entre patrões e empregados (NEGRÃO, [201-]).

Com o lema da modernização das relações de trabalho e liberdade sindical, as forças neoliberais avançavam para precarização do trabalhador. Mas, sem aprovação desse projeto, FHC consagrou a reforma da previdência que extinguiu o tempo de serviço e implementou o tempo de contribuição e a limitação do valor das aposentadorias.

Luís Inácio Lula da Silva, sucessor de FHC, que assumiu em 2003, antes mesmo disso, teve que prestar conformidade à manutenção da acumulação capitalista. Compromisso firmado através da carta aos brasileiros, que naquele momento já demonstrava que não se podia esperar reformas estruturais no Estado brasileiro.

O metalúrgico sindicalista que vinha de um partido de esquerda fundado na fábrica, chegava ao poder e precisava conciliar as forças do capital com os anseios sociais das camadas mais precárias. Assim, Lula em contraponto ao neoliberalismo, apresenta um plano neodesenvolvimentista. A conjunção permitiu o crescimento econômico e certo desenvolvimento social (ALVES, 2013).

Ocorre que não podemos esquecer que o governo Lula e Dilma, sua sucessora, com mesmo projeto; coexistiam com uma grave crise do capital internacional. Sem reformas de base não seria possível manter a política conciliatória por muito tempo.

O que demonstra os limites do lulismo. Através de um reformismo fraco, termo criado por Singer (2017), o governo Lula e Dilma, deixaram escapar a oportunidade de implementar mudanças para um real equilíbrio entre o capital e as forças trabalho.

O objetivo não é negar as virtudes do governo petista que por meio dos programas de transferência de renda, ações afirmativas, aumento de vagas no concurso público e em universidades públicas, entre outros, concretizaram um certo desenvolvimento social. Transcorre que as políticas de inclusão social foram superficiais e de mecanismos legais de supressão muito frágeis.

Ademais, deve-se pôr em conta, as mudanças administrativas implementadas que conforme afirma Alves (2017):

Cultivou-se uma cultura burocrática ambivalente que, se por um lado admite a corrupção e tráfico de influência de interesses oligárquicos

parciais, por outro, adota procedimentos de racionalização da máquina estatal e modernização da gestão da administração pública que aprofundam a alienação do trabalhador público e dos cidadãos-usuários dos serviços públicos.

Nesse contexto, que se verifica as raízes neoliberais que não passaram os governos com fundamento nessa recorrente, manteve-se na era Lula-Dilma. O que demonstra a força hegemônica do capital que numa política de harmonização da luta de classes onde a acumulação financeira ainda existe, é permitido um certo avanço social, como vimos em grande proporção no governo Lula, mas que já se fragilizava no governo Dilma com a queda de venda das commodities (ALVES, 2014).

Diante da crise, onde o lucro do capital tende a diminuir, as forças políticas neoliberais se agrupam para forçar o Estado a flexibilizar a organização do trabalho. A partir daí surgem projetos de reforma trabalhista, da previdência e entre outros, com o fim de desproteger os trabalhadores para que o possam aceitar quaisquer condições de trabalho. As pressões para tanto, surgiram com intensidade no governo Dilma que cedeu ao capital com a política de investimento e empréstimos, mas se recusou avançar com medidas de exceção mais profundas nos direitos sociais. O que culminou com a sua fragilidade política, que aliado a isso contava com o poderio da mídia hegemônica para legitimar um certo apoio social para o impeachment que afastou a Presidente, num processo cheio de peculiaridades em 2016.

Assim o vice, Michel Temer assumiu e reorganizou a agenda política para se render aos anseios neoliberais. Por conseguinte, aprovou EC 95/2016 que limita por 20 anos, os gastos com saúde e educação, a terceirização irrestrita, a reforma trabalhista e avançou com o projeto da reforma da previdência que não se concretizou.

Esse panorama demonstra como a força hegemônica do capital é capaz de controlar o Estado e geri-lo desde um cunho organizacional até as políticas públicas. O neoliberalismo como corrente mundializada, enfraquece as forças políticas internas e subordina a seus anseios, impedindo o avanço de reformas de impacto positivo para o social.

2 ESTADO DE EXCEÇÃO E DIREITO DA AUSTERIDADE

O Estado de exceção se afina plenamente com o neoliberalismo. Se pensarmos na ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988 com bases fincadas no Estado de bem-estar social e compararmos ao poderio neoliberal, concluímos pela sentença que dá nome ao livro de Rafael Valim; Estado de Exceção, a Forma Jurídica do Neoliberalismo

(VALIM, 2017).

De antemão, cabe esclarecer que a Constituição Federal prevê o Estado de exceção em seu bojo para proteção e manutenção da ordem institucional. Através dos institutos da intervenção federal, Estado de sítio e de defesa. Toca-se, portanto aqui, num Estado de exceção legal e com fim a situações específicas e que deve atender aos princípios da temporalidade e necessidade.

O presente capítulo, em contrapartida, pretende tratar do Estado de exceção não previsto na Carta Magna, mas que afronta seus princípios e postulados em nome da acumulação do capital e prevalência de uma classe sobre a outra.

Por conseguinte, o direito será objeto de estudo, posto que é instrumento direto dessas ações que se revestem da aparência de legalidade e medida adequada nos limites constitucionais para desestruturar conquistas seculares.

Os representantes eleitos pelo povo passam a realizar sua função em nome da economia se curvando às exigências do mercado. Seus votos, projetos e políticas se subordinam ao “Deus Mercado” que ao menor sinal de recessão do lucro, pressionam a administração pública para o arrocho dos direitos sociais. Há um verdadeiro constrangimento que aniquila o direito e a política (VALIM, 2017).

Com isso, o sistema político mais avançado que a humanidade desenvolveu para organizar a vida em sociedade, termina por ruir. A democracia como um sistema de soberania popular com representantes dos cidadãos eleitos com periodicidade, se desfaz para dar lugar aos representantes do mercado financeiro.

Vejamos uma passagem de Valim (2017) que cita Ferrajoli sobre uma “silenciosa revolução institucional”. Ferrajoli (2017) aponta com clareza a crise de representação política, “não temos mais o governo público e político da economia, mas o governo privado e econômico da política”.

Governo econômico que elege, principalmente, como seu alvo constante de alterações normativas, o direito do trabalho; desfazendo toda uma teia de mínima proteção do trabalho que foi conquistada a duras penas. Fica instalada, portanto, uma insegurança jurídica que repercute no meio social, através da fragilização da essência coletiva que possui o direito do trabalho.

Por isso mesmo, os sindicatos como representantes da coletividade são

desestabilizados. E assim, o individualismo prevalece com disputas por subempregos onde o empregado senta para “negociar” com o empregador, pois o Estado chancela essa modalidade e se afasta da sua função de regulamentar as relações de trabalho. A legislação que passa a ser aplicada é a lei do mercado.

Em escala mundial, os países são constantemente vigiados através do catálogo produzido pelo Banco Mundial desde 2004, que conforme Ferreira (2012) avalia a eficiência econômica dos sistemas jurídicos nacionais no âmbito do programa Doing Business, em relação à rigidez e custos dos direitos laborais. O documento contém tabela com comparação dos sistemas jurídicos laborais para medir a dificuldade em contratar, a rigidez de horário e dificuldade em despedir.

No relatório mais recente em análise concluída em maio de 2018, o Brasil subiu 16 posições, agora ocupa a 109°. Ascensão promovida pela aprovação da reforma trabalhista que legaliza a prevalência do negociado sobre o legislado; e a Lei 13429/2017 com permissão da terceirização irrestrita.

A respeito desse último tema, vale destacar o posicionamento da Suprema Corte brasileira que mais uma vez legitimou a regência do neoliberalismo. A Lei 13.429/2017, que alterou significativamente a lei 6019/74, sobre o trabalho temporário, através da decisão do STF, referente à ADPF 324 e o RE 958252 teve declarada a constitucionalização da contratação de terceirizados para desempenho na atividade fim das empresas. Terceirização que diminui os custos dos direitos trabalhistas; assim, há uma rotatividade constante de trabalhadores, aumento da jornada, alienação do trabalhador e desidentificação com a luta sindical que se fragmenta. Portanto, essa decisão reflete o caráter politizado das decisões judiciais, tema que tem sido objeto de estudo, pois os impactos sociais têm sido cada vez mais visíveis.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal tem a função precípua de guarda da Constituição Federal, conforme próprio texto previsto no art. 102, caput. Para o exercício de tal função, quando chamado a pronunciar-se a respeito da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma lei ou ato normativo; o Supremo se reveste de um caráter político, tudo bem, até mesmo porque há previsão constitucional a respeito. O debate, por outro lado, gira em torno do abuso desse instrumento que tem legitimado medidas flagrantemente inconstitucionais.

À vista disso temos a aberrante decisão do Supremo Tribunal Federal relativa ao

habeas corpus nº 126.292, que admitiu a possibilidade de início da execução de sentença penal condenatória após confirmação em segundo grau. Decisão que desconsidera a previsão da garantia individual esculpida no art. 5º, inciso LVII da Constituição, o qual determina que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Assim, fica evidente o caráter neoliberal das decisões de amplo alcance do judiciário brasileiro. Ao desconsiderarem o caráter imperativo do ordenamento jurídico que apresenta um modelo de Estado social com princípios fundamentais de proteção ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa implementado pela Constituição de 1988, o Poder Judiciário aprofunda o Estado de exceção e sucumbe a última instância de defesa do compromisso firmado na Carta Política de 05/10/1988.

3 REFORMA TRABALHISTA E A POLÍTICA DA AUSTERIDADE

A reforma trabalhista, aprovada em 11/07/2017, representou uma das mais recentes vitórias do capital financeiro nacional, bem como internacional. As mudanças promovidas pela Lei 13467/2017 que estabelece uma franca vantagem ao empregador com aumento do seu poderio para impor as condições contratuais, torna o empregado cada vez mais prejudicado.

Num contexto em que o neoliberalismo voltava a se fixar como paradigma institucional, após a deposição da Presidente Dilma Rousseff num processo no mínimo peculiar, no qual seu vice Michel Temer apoiava sua saída explicitamente, a agenda legislativa e as pastas de governo foram de sobremaneira alteradas.

A política da austeridade, como termo adotado para definir as medidas de cortes públicos, aumentos da arrecadação tributária e o conseqüente arrocho dos direitos sociais, podem representar simbolicamente, o governo Temer. Ainda no mesmo ano em que assumiu a presidência, em 2016, Temer aprovou a Emenda Constitucional, nº 95, que ficou conhecida como a emenda do congelamento de gastos, e simboliza um atraso social de grande magnitude. A regra é redução de investimento nas áreas de saúde e educação, o que será investido nessas áreas não irá acompanhar o crescimento da renda, nem mesmo o número populacional. O que significa dizer que, podemos em pouco tempo retornar aos status de país subdesenvolvido, com a pasta social mais do que comprometida. Há uma verdadeira asfixia

de programas para beneficiar minorias, da seguridade social e no mais o que concerne a agenda de direitos humanos (BRASIL, 2018).

Vale ressaltar que a ONU manifestou-se a respeito das políticas adotadas por Temer. Conforme reportagem veiculada no site Estadão em 03/08/2018, sete relatores especiais assinaram uma carta ao governo brasileiro pedindo esclarecimentos e se dispuseram a manter diálogo, afirmaram ainda que as medidas de austeridade não devem ser vistas como a primeira e única solução para problemas econômicos, principalmente considerando seu impacto sobre os mais vulneráveis.

É nesse contexto irrefletido de implantação da agenda neoliberal que a reforma trabalhista foi aprovada. Com alteração de 100 dispositivos da Consolidação das leis do Trabalho, a reforma foi apresentada como a solução para o desemprego, mecanismo de encerramento da insegurança jurídica e com o manto da constitucionalidade.

Na prática, concluímos por todo o contexto em que se insere, e o conteúdo da matéria modificada, que o objetivo foi precarizar as relações de trabalho, dificultar o acesso aos direitos trabalhistas e a Justiça do Trabalho. A lei apresenta modificação em diversos dispositivos que atingem desde a saúde dos trabalhadores num nível físico como mental até as perdas salariais e impossibilita o mesmo de discuti-las em juízo. Para efeito prático irei expor os tópicos nas perspectivas do direito material individual, coletivo e processual.

Assim, no direito material, houve o aumento expressivo do banco de horas, criação do contrato de trabalho intermitente, ampliação do trabalho temporário, o teletrabalho sem parâmetros para limitação da jornada, o termo de quitação anual, e a tão famosa prevalência do negociado sobre o legislado.

Só pelos títulos já se verifica que não se pode concluir que a Lei 13467/2017, vai garantir a supremacia constitucional e gerará mais emprego. O trabalho intermitente, que consiste num contrato “inovador” está regulado nos arts. 443 e 452-A, e permite que o trabalhador exerça atividade com prazo estabelecido para tomadores de serviço, num regime em que o mesmo deve aguardar demanda de serviço e assim, pode ficar inativo e essa inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador. A perversidade de tal modalidade de contrato é que ela permite a execução em quase toda modalidade de trabalho, a lei deixa claro isso e ademais, só faz referência à exclusão dos aeronautas que têm legislação própria. Portanto, está aí contida a precarização geral, que permite que o empregado viva

nessa condição o que pode ser por toda sua vida de trabalho e sem pagamento de verbas rescisórias (SOUTO; VALDETE, 2017).

Outro absurdo que se percebe na alteração legislativa, diz respeito a regulação do afastamento da mulher grávida de atividades insalubres. O art. 394-A condiciona o afastamento sob a apresentação de relatório médico.

No direito coletivo, a Lei 13467/17 teve como propósito, a fragmentação da luta e representação sindical. Para tanto, temos o fim da contribuição sindical obrigatória, fim da ultratividade das normas coletivas e a prevalência do acordo coletivo sobre a convenção. O impacto dessas mudanças nos sindicatos representa fechamento de portas com associados passando para sindicatos que não representam necessariamente sua categoria e por fim a falta de estrutura e profissionais aptos a negociarem de forma igualitária com os empregadores. O tópico a respeito da quitação de direitos no art. 470-A, também simboliza o quanto os sindicatos têm sido afastados da sua esfera de atuação na luta pelo direito dos trabalhadores que são cada vez mais aliciados a resolução por meio de acordo e aceitação das condições impostas com a ressalva de não bater à porta do judiciário posteriormente.

A ultratividade é outra perda considerável para a luta sindical e os trabalhadores mais diretamente. Com o novo regramento, após o fim do período de vigência de convenções e acordos coletivos esta não poderá continuar a valer até que outra venha a regular a situação (SOUTO; VALDETE, 2017).

No campo processual, as mudanças vêm no sentido de dificultar o acesso à Justiça do Trabalho, ao trabalhador foram impostos novos critérios que o afasta da possibilidade de persecução do seu direito nesta especializada. Desse modo, impõe-se aplicação do código civil para julgamento logo no art. 8º, limitação da justiça gratuita, imposição de pagamentos de honorários periciais, honorários sucumbenciais recíprocos, fim da execução ex officio e exigência de pedidos certos e com valores especificados. Note-se que neste último, há um notório impedimento principalmente aos trabalhadores que postulam sem advogado, já que o art. 840, §1º da CLT, no que tange aos requisitos da reclamação trabalhista, não previa a necessidade de o pedido ser certo, determinado ou com indicação de valores.

Outro aspecto controverso, diz respeito a dicção do art. 8º, § 3º, que deixa claro a imposição aos juízes de analisarem as convenções e acordos coletivos como meros negócios jurídicos civis, passando totalmente por cima da principiologia do direito do trabalho, a lei dispõe que no exame desses instrumentos coletivos, só será analisado os elementos essenciais

do negócio jurídico. E não satisfeito, o legislador criou o princípio da intervenção mínima para sustentar a nova atuação dos juizes. Pela magnitude que representa o tema acesso à justiça, este será objeto de capítulo próprio.

À vista disso, temos assim uma agenda política em curso com fundamento neoliberal, que transforma a mão de obra em mercadoria que desconsidera a dignidade da pessoa humana, como se fosse possível afastar o caráter humano e só negociar com o objeto. O Estado de exceção, que poderia ser identificado como algo passageiro em situações emergenciais, vira rotina dentro da democracia, num Estado em que as instituições seguem funcionando sob o manto da legalidade.

Por outro lado, há mecanismos de defesa no ordenamento jurídico para afastar as medidas de retrocesso social que estão em pleno curso. Se pensarmos que as instituições ainda funcionam, poderemos arguir em defesa da supremacia constitucional e seu pacto social com a prevalência dos direitos humanos, assistencialismo e valorização do trabalho; que temos um Estado Democrático de Direito, pactos internacionais ratificados, e pensando no direito do trabalho mais precisamente, que este tem princípios protetores e uma gama de direitos que não foram vilipendiados com a reforma.

Numa leitura sistemática da reforma, interpretando as modificações incorporadas à CLT em consonância com a teoria geral do direito do trabalho, seus princípios informadores como o da proteção, primazia da realidade, norma mais favorável, continuidade da relação de emprego; podemos dar uma aplicação que segue no sentido fortalecer os direitos trabalhistas. Os desafios são grandes, haja vista que há uma resistência por parte do Estado que apresenta uma política neoliberal, num Estado de exceção, mas, em contrapartida é possível fazer resistência ao retrocesso.

Para os operadores do direito do trabalho, principalmente aqueles que assumem a responsabilidade de reconhecer a importância desse ramo que é especial, não por acaso, e afinal de contas visa prestar uma tutela jurídica efetiva e justa a trabalhadores que trazem diariamente fatos de exploração, com jornadas exaustivas, o psicológico por um fio e casos de assédio. Fatos que demonstram como a sensatez pode ser crucial para suscitar com fundamento na Constituição, tratados, na própria CLT e nos princípios normativos do direito do trabalho; uma hermenêutica com fim ao afastamento do novo regramento laboral, evitando assim, que a precarização pretendida pelos defensores da reforma se instale numa avalanche de rompimento de direitos

4 AFASTAMENTO DO TRABALHADOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Este capítulo será dedicado a versar sobre um tema muito caro ao trabalhador e que foi um dos, se não o mais incisivo na reforma trabalhista com fim ao afastamento do empregado na persecução a seus direitos, trata-se aqui, portanto, do acesso à justiça gratuita.

Souto Maior (2017) em artigo que defende o acesso à justiça gratuita de forma integral traz no início de seu texto uma brilhante definição desse instituto nas palavras de Watanabe (1988):

- a) o direito de acesso à justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa;
- b) são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características (SOUTO MAIOR, 2017).

Expressa-se aqui um sentido de acesso à justiça que contempla as diversas capacidades econômicas dos agentes sociais e que decreta uma responsabilidade aos juízes de se comprometerem com contexto social a qual estão inseridos, fator preponderante para promoção de uma tutela jurídica efetiva e justa.

O que vai na contramão dos novos postulados da reforma trabalhista que numa mudança que visa claramente afastar o trabalhador desta especializada, impôs uma série de condições para a reclamação. A redação nova dada ao art. 840, § 1º, determina que o reclamante apresente pedido certo, determinado e com indicação de seu valor. Para que não se furtem ao cumprimento desta exigência, o § 3º desse mesmo artigo, estabelece que os pedidos que não atendam a essa disposição serão julgados extintos sem resolução do mérito.

Portanto aí está um obstáculo, principalmente quando se trata de trabalhadores que utilizam do *ius postulandi*. Instituto que tem permitido uma certa democratização do acesso à justiça de trabalhadores que não possuem condições de contratar advogados e ou não podem

ser assistidos pelo sindicato; e que se vêm agora prejudicados com os novos requisitos legais da peça inaugural do processo trabalhista.

No que tange às custas, lancemos olhar ao art. 790 que “ganhou” o § 4º que prevê que a justiça gratuita só será concedida a parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. Veja que esse parágrafo está diretamente ligado ao anterior, § 3º que alterou a presunção de hipossuficiência econômico-financeira, para salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios da previdência social. Logo, acima disso, não vale mais a simples declaração prestada em juízo da hipossuficiência, mas esta deve ser comprovada.

Destaco também, a alteração do art. 844 em seu § 2º que determina que no caso de ausência do reclamante e o posterior arquivamento da reclamação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, ficará por sua conta o pagamento das custas, salvo se comprovar em quinze dias que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável. O despropósito, encontra-se no § 3º que condiciona o pagamento das custas a propositura de uma nova demanda.

O legislador não satisfeito com as mencionadas alterações de cunho patrimonial, instituiu o art. 790-B, que atribui responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais a parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. Ora, questiona-se o que seria então, a justiça gratuita. Atente ainda para o fato de que o § 4º do mesmo dispositivo ressalva o pagamento das custas pela União, somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido créditos capazes de suportar, nem mesmo em outro processo.

Por fim, vale ressaltar a regulamentação dos honorários sucumbências através do art. 791-A que serão cabíveis nas hipóteses de serem recíprocas, total ou parcial.

Merece destaque o comentário de Godinho (2018, p. 363) a esse respeito:

É que o conjunto normativo constante do art. 791-A, caput e §§ 1º até 5º, da CLT- se lido em sua literalidade-, pode inviabilizar o direito e a garantia constitucionais fundamentais constitucionais da justiça gratuita (art. 5º, XXXV, CF) e o direito, garantia e princípio constitucionais fundamentais do amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) relativamente à grande maioria das pessoas físicas dos trabalhadores do País.

Diante dos elementos aqui trazidos, fica evidente a perversidade corrosiva da reforma que pretende privar um direito fundamental da pessoa humana de acesso à justiça. Direito consagrado de forma integral e gratuita na ordem constitucional de 1988, garantido

expressamente no art. 5º, LXXIV.

Está aí o contexto necessário para o afastamento do trabalhador da Justiça do Trabalho, as alterações no campo processual são as mais nocivas e prejudiciais ao trabalhador o que culmina com a enfraquecimento da própria justiça a ponto de ser alvo de constante ameaças de extinção.

Destarte, como era de se esperar, um dos resultados alcançados pela reforma trabalhista, consiste na queda vertiginosa no número de ações. O jornal Estadão traz reportagem publicada em 03/02/2018 que anuncia a queda das ações em mais de 50%.

Os números emitidos com base no levantamento do Tribunal Superior do Trabalho atestam que eram esperadas mais de 2000 mil ações mensais nos tribunais que passaram a receber um total de 84, 2 mil. Os defensores da reforma celebram ao arguirem que isso representa os litigantes de má-fé que agora pensam duas vezes antes de ingressar com ação.

A litigância de má-fé é, sem dúvida, algo que deve ser rechaçado e aplicada sanção para tal ato, não há o que se discutir. O que se questiona na verdade, é a defesa dos novos institutos processuais trabalhista de cunho segregador e eivado de inconstitucionalidades com a justificativa de que irá resolver “os excessos de ações trabalhistas” e a “insegurança jurídica”.

Além do mais, não há qualquer inovação legal sobre o tema, pois o ordenamento jurídico, através do Código de Processo Civil, já dava conta de sanções legais a quem litigasse de má-fé. O CPC, trata a partir do art. 77 como deve ser a postura dos litigantes. Ademais, no art. 5º do mesmo dispositivo que versa sobre as normas fundamentais do processo civil, exige das partes o comportamento de acordo com a boa-fé.

O desafio, portanto, se volta mais uma vez a busca pelos operadores de uma interpretação sistemática que apresente argumentação para escancarar as contradições argumentativas que levantando o manto da busca da Justiça, defendem a aplicação de normas que passam longe de serem justas. Fica aí a reflexão: será mesmo que os mais de 50% que deixaram de ingressar na Justiça do Trabalho, foram realmente os que estavam decididos a forjar uma ficção jurídica, ou será que a maioria esmagadora ficou amedrontada com a possibilidade de ter que arcar com honorários sucumbenciais, periciais e as custas? (SOUTO MAIOR, 2017).

A consequência se estabelece na linha do que afirma Ferreira (2012, p. 103):

Não litiga quem quer mas sim quem pode, mesmo assim, os que podem litigam pouco. Estão nestes casos os trabalhadores com contratos mais estáveis, sendo que essa condição favorável é ultrapassada pelos processo de despedimento coletivo, insolvências e deslocalizações.

Os dados, mais uma vez escancaram a face contraditória e perversa da reforma trabalhista. O site g1 Economia, em artigo apresentado recente, apresenta manchete que declara que a maior parte das ações trabalhistas são para cobrar verbas rescisórias.

O Estado de exceção, por isto, estabelece um paralelo jurídico que desmonta os direitos fundamentais. Nesse aspecto, viola o pacto social assumido pela Constituição Federal de 1988, na qual o valor social do trabalho é fundamento da República (art. 1º, IV), bem como a valorização do trabalho humano é fundamento da ordem econômica (art.170, caput). “Enfim, não existe Estado democrático sem trabalho digno, sem respeito à pessoa humana e ao trabalhador” (ALVES, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como escopo principal, manter vivo o debate e de alguma forma contribuir para a discussão do cenário jurídico/político do país. Por meio da tese de um Estado de exceção paralelo ao Estado Democrático de Direito, foi exposto num recorte a partir dos anos 90, de como o neoliberalismo se instalou como paradigma político, regendo as relações do Estado, gerindo sua ideologia de governança, cuja tendência é o mínimo de intervenção, máximo de privatização e afastamento do Estado-providência.

Nessa linha, foram abordadas as diversas medidas de austeridade, adotadas pelo Estado sufocado pelo neoliberalismo. Por isso, foi necessária abordagem dos governos de Fernando Collor a Michel Temer; apresentando o panorama geral, inclusive para tratar do governo Lula-Dilma do neodesenvolvimentismo que afastou a predominância do neoliberalismo, mas conforme explanação do tema permitiu esclarecer que isso aconteceu pela reunião de fatores favoráveis que, todavia, quando não mais reunidos, o capital voltou a ser o orientador prevalente das decisões do Estado. Diga-se, dos três poderes que cada um em sua perspectiva tem adotado medidas de exceção.

Assim, num panorama geral de medidas de austeridade, a reforma trabalhista foi um ponto central para demonstrar o ápice da desproteção social. A reforma trabalhista, mais

precisamente no conteúdo que se insere, como foi possível constatar, era algo almejado a tempo pelo capital, que finalmente foi alcançado em 2017.

Quando articulamos a reforma trabalhista com o Estado de exceção foi justamente visando abordar o viés antidemocrático e austero da reforma trabalhista. A análise dos elementos objeto da reforma permitiram concluir que o discurso de que a mesma foi implementada com o manto da constitucionalidade para sanar questões de insegurança jurídica e gerar mais empregos não se sustenta. A reforma vilipendia diversos direitos trabalhistas e de forma mais incisiva, dificulta o acesso à justiça de forma integral e gratuita.

Por tudo que se coletou em artigos, livros, manifestações e fatos, confirma-se a vigência do Estado de exceção que com aparência da Democracia, estabelece medidas de austeridade, totalmente impositivas.

Nessa perspectiva, por fim, foi demonstrado e proposto, a utilização o viés do afrontamento direto, contrapondo com base na Constituição, tratados e princípios; diante da manutenção aparente das instituições estatais, pode ser apresentado diálogo para reversão do Estado de exceção e atraso social vivido pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovanni. Neodesenvolvimentismo e Estado neoliberal no Brasil. **Blog da Boitempo**, 2013. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2013/12/02/neodesenvolvimentismo-e-Estado-neoliberal-no-brasil/>. Acesso em: 11 mar. 2019.

ALVES, Giovanni. O mal-estar do neodesenvolvimentismo. **Blog da Boitempo**, 2014. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2014/11/27/o-mal-estar-do-neodesenvolvimentismo/>. Acesso em: 11 abr. 2019.

ALVES, Giovanni. Reforma trabalhista, modernização catastrófica e a miséria da República brasileira. **Blog da Boitempo**, 2017. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2017/03/27/reforma-trabalhista-modernizacao-catastrofica-e-a-miseria-da-republica-brasileira/>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. (Constituição 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 mar. 2019.

BRASIL. **Austeridade e retrocesso: impactos sociais da política fiscal no Brasil**. São Paulo: Brasil debate e fundação Friedrich Ebert, agosto de 2018 v.1. São Paulo, agosto de 2018.

Disponível em: <file:///C:/Users/nessi/Downloads/HARVEY,%20David.%20Condi%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%B3s-moderna.pdf>. Disponível em: 18 maio. 2019.
BRASIL. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 27 mar. 2019.

CHADE, Jamil (correspondente / Genebra). Relatores da onu criticam medidas de austeridade de temer e alertam para impacto social. **O Estado de S.Paulo**. 2018. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,relatores-da-onu-criticam-medidas-de-austeridade-de-temer-e-alertam-para-impacto-social,70002428654>. Disponível em: 18 maio. 2019.

DRUCK, Graça. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios? **Cad. CRH**. Salvador, v. 24, n. spe1, p. 37-57, 2011. lectronic Document Format (APA). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792011000400004&lng=en&nrm=iso. Disponível em: 18 abr. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida econômica, 2012. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/327401807_Sociedade_da_Austeridade_e_direito_d_o_trabalho_de_excecao. Acesso em: 18 maio. 2019.

GOMES, Cleto. Ações trabalhistas caem mais de 50% após reforma. **Estado de São Paulo**. 2018. Disponível em: <http://www.cletogomes.adv.br/acoes-trabalhistas-caem-mais-de-50-apos-reforma/>. Acesso em: 18 maio. 2019.

HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**. 17. ed. São Paulo: Edições Loyola. 128 2008.

MACHADO, Fabiane Konowaluk Santos; GIONGO, Carmem Regina; MENDES, Jussara Maria Rosa. Terceirização e Precarização do Trabalho: uma questão de sofrimento social. **Revista Psicologia Política**. v.16, n.36. São Paulo, maio/ago.2016. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2016000200007. Disponível em: 12 maio. 2019.

NASSIF, Lourdes. Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo, por Rafael Valim. **Jornal GGN**. 2017. Disponível em: https://jornalgggn.com.br/analise/Estado-de-excecao-a-forma-juridica-do-neoliberalismo-por-rafael-valim/#_ftn28. Disponível em: 18 maio. 2019.

NEGRÃO João José de Oliveira. **O governo FHC e o neoliberalismo**. [201-]. Disponível em: http://www4.pucsp.br/neils/downloads/v1_artigo_negrao.pdf. Disponível em: 11 abr. 2019.

O QUE É NEOLIBERALISMO? **Politize**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/neoliberalismo-o-que-e/>. Disponível em: 11 abr. 2019.
SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Manual da Reforma Trabalhista Pontos e Contrapontos**. Porto Alegre / São Paulo: Sensus, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz *et al.* O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista : ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. **JusLaboris**. ago. 2017. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/111510>. Disponível em: 11 abr. 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Assistência judiciária gratuita deve ser integral. 2018.** Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/blog/assistencia-judiciaria-gratuita-dever-integral#_edn1. Disponível em: 18 maio. 2019.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: **Participação e Processo, coordenação de Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

E se Deus fosse mulher?

E se fosse igual à Natureza, à Terra, à África,
Útero de todo o conhecimento e sabedoria?

E se fosse Negra ou Indígena ou Cigana?

E se fosse gorda. Poderia?

Será que Deusa seria estereótipo de passividade,
submissão, de prendada do lar, seria?

Hein?

E se Deusa Menstruasse, tivesse TPM,
sangrasses todos os meses?

sentisse cólicas, dores do parto, amamentasse, cuidasse da cria?

Como seria?

Se Deusa fosse Mulher, você teria respeito?

Colocaria uma imagem dela no peito?

Humm?

Faria desenho, estátua de uma Redentora no Corcovado?

Hã? O quê?

Se Deusa fosse mulher, como seriam tuas orações?

Diante dela ou da imagem ou da projeção, ajoelitaria?

Tô esperando...

Se Deusa fosse mulher, para saudá-la você se curvaria?

Se Deusa fosse mulher, favelada, analfabeta, popular, babalorixá, LGBTrans,
como seria tua reação? Na Igreja ou Terreiro dela você entraria?

Ah, e se a Filha dela fosse enviada para libertar o povo, você, mesmo assim, a crucificaria?

Não sabe responder, né? O Machismo sequer permite pensar em outra fonte de poder,
em outra fonte de inteligência, santidade, divindade que não seja branca, de olhos azuis e
masculina.

Por mais que isso choque tuas crenças e tradições, Deus é uma menina!

Valdeck Almeida de Jesus

