

The background of the entire page is a dark blue gradient with a complex network of thin, light blue lines connecting various sized black circular nodes. The nodes are scattered across the frame, creating a sense of interconnectedness and digital structure.

Revista do
Tribunal
Regional do
Trabalho da
12^a Região



“Quando os ventos de mudança sopram,
umas pessoas levantam barreiras, outras
constroem moinhos de vento.”

Érico Veríssimo



ESCOLA JUDICIAL DO TRT DA 12ª REGIÃO

DIREÇÃO

Dr. ROBERTO BASILONE LEITE
Desembargador do Trabalho-Diretor

Ma. MARIA BEATRIZ VIEIRA DA SILVA GUBERT
Juíza Titular de Vara do Trabalho-Vice-Diretora

COORDENAÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA (atualização – setembro/2018)

TERESA REGINA COTOSKY
Desembargadora do Trabalho

Me. WANDERLEY GODOY JUNIOR
Desembargador do Trabalho

REINALDO BRANCO DE MORAES
Juiz Titular de Vara do Trabalho-Coordenador Pedagógico

Me. NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI
Juiz Titular de Vara do Trabalho

Ma. DESIRRÉ DORNELLES DE ÁVILA BOLLMANN
Juíza Titular de Vara do Trabalho

Me. ALESSANDRO DA SILVA
Juiz do Trabalho Substituto

LUIS FERNANDO SILVA DE CARVALHO
Juiz do Trabalho Substituto

CONSELHO PEDAGÓGICO (atualização – setembro/2018)

Ma. LÍLIA LEONOR ABREU
Desembargadora do Trabalho

Me. AMARILDO CARLOS DE LIMA
Desembargador do Trabalho

Me. ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO
Desembargador do Trabalho

Me. DANIEL NATIVIDADE RODRIGUES DE OLIVEIRA
Juiz Representante da 1ª Região Socioeconômica

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

RICARDO JAHN
Juiz Representante da 3ª Região Socioeconômica

VALQUIRIA LAZZARI DE LIMA BASTOS
Juíza Representante da 4ª Região Socioeconômica

MARCOS HENRIQUE BEZERRA CABRAL
Juiz Representante da 5ª Região Socioeconômica

Ma. NELZELI MOREIRA DA SILVA LOPES
Juíza Representante da 6ª Região Socioeconômica

KAREM MIRIAN DIDONÉ
Juíza Representante da 7ª Região Socioeconômica

CARLOS FREDERICO FIORINO CARNEIRO
Juiz Representante da 8ª Região Socioeconômica

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

Juiz Representante do Programa Trabalho Seguro

Juiz Representante do Programa Trabalho Infantil

Juiz Auxiliar Gestor de Metas do TRT da 12ª Região

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

Magistrado Gestor Regional da Execução

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

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

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

CONSELHO EDITORIAL

Dr. RODRIGO GOLDSCHMIDT
Juiz Titular de Vara do Trabalho

Me. OSCAR KROST
Juiz do Trabalho Substituto

Me. DANIEL LISBÔA
Juiz do Trabalho Substituto

CONSELHO DA REVISTA

Dr. ALEXANDRE LUIZ RAMOS
Ministro do TST

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

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

Dra. DANIELA MURADAS REIS
Professora da UFMG

Dra. FLÁVIA PIOVESAN
Professora da PUC/SP

Dr. GIOVANNI OLSSON
Juiz Titular de Vara do Trabalho

Dra. GISELE GUIMARÃES CITTADINO
Professora da PUC/RJ

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

Dr. JOSÉ RICARDO FERREIRA CUNHA
Professor da UERJ

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

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

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

Dr. VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI
Professor da UFMT

AVALIADORES

ADRIANA CUSTÓDIO XAVIER DE CAMARGO

Me. ALESSANDRO DA SILVA
Juiz do Trabalho Substituto

Me. AMARILDO CARLOS DE LIMA
Desembargador do Trabalho

Ma. ANDREA MARIA LIMONGI PASOLD
Juíza Substituta

JANICE BASTOS
Juíza Substituta

LUIS FERNANDO SILVA DE CARVALHO
Juiz do Trabalho Substituto

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

Me. NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI
Juiz Titular de Vara do Trabalho

REINALDO BRANCO DE MORAES
Juiz Titular de Vara do Trabalho

VALQUIRIA LAZZARI DE LIMA BASTOS
Juíza Titular de Vara do Trabalho

Me. WANDERLEY GODOY JUNIOR
Desembargador do Trabalho

SECRETARIA EXECUTIVA

Cyntia de Oliveira e Silva

Norberto Dornelles Villar

Rosangela Gervini Alves Pereira

Sandra Yara Tubino Laitano

Soraya Oliveira de Assis

Vera Regina Ribeiro Vieira



PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO

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

v.21 n. 30 2018 – Florianópolis/SC

ISSN 1984-3658

R. do Trib. Reg. Trab. 12ª R.	Florianópolis	v. 21	n. 30	p. 1-512	2018
-------------------------------	---------------	-------	-------	----------	------

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL
DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

Projeto Gráfico e Diagramação
Nuovo Design Ltda.

Revisão de Texto
Rosângela Gervini Alves Pereira
Vera Regina Ribeiro Vieira

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

Impressão
Coan Indústria Gráfica Ltda.

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

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

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

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

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

**Composição
do TRT da
12^a Região**

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO

Administração – 2017/2019

MARI ELEDA MIGLIORINI
Desembargadora-Presidente

ROBERTO BASILONE LEITE
Desembargador-Vice-Presidente

JOSÉ ERNESTO MANZI
Desembargador-Corregedor Regional

TRIBUNAL PLENO

Desembargadora do Trabalho MARI ELEDA MIGLIORINI - Presidente
Desembargador do Trabalho ROBERTO BASILONE LEITE - Vice-
Presidente
Desembargador do Trabalho JOSÉ ERNESTO MANZI - Corregedor

Desembargadora do Trabalho LÍLIA LEONOR ABREU
Desembargadora do Trabalho LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVÊA
Desembargador do Trabalho MARCOS VINICIO ZANCHETTA
Desembargadora do Trabalho GISELE PEREIRA ALEXANDRINO
Desembargador do Trabalho GILMAR CAVALIERI
Desembargador do Trabalho GARIBALDI TADEU PEREIRA FERREIRA
Desembargador do Trabalho GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE
Desembargadora do Trabalho MARIA DE LOURDES LEIRIA
Desembargador do Trabalho AMARILDO CARLOS DE LIMA
Desembargadora do Trabalho TERESA REGINA COTOSKY
Desembargador do Trabalho ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO
Desembargador do Trabalho WANDERLEY GODOY JUNIOR
Desembargador do Trabalho HÉLIO BASTIDA LOPES
Desembargadora do Trabalho MIRNA ULIANO BERTOLDI

SEÇÃO ESPECIALIZADA 1

Desembargadora do Trabalho MARI ELEDA MIGLIORINI - Presidente
Desembargador do Trabalho ROBERTO BASILONE LEITE - Vice-

Presidente

Desembargador do Trabalho AMARILDO CARLOS DE LIMA
Desembargadora do Trabalho TERESA REGINA COTOSKY
Desembargador do Trabalho ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO
Desembargador do Trabalho WANDERLEY GODOY JUNIOR
Desembargador do Trabalho HÉLIO BASTIDA LOPES
Desembargadora do Trabalho MIRNA ULIANO BERTOLDI

SEÇÃO ESPECIALIZADA 2

Desembargadora do Trabalho MARI ELEDA MIGLIORINI - Presidente
Desembargador do Trabalho ROBERTO BASILONE LEITE - Vice-

Presidente

Desembargadora do Trabalho LÍLIA LEONOR ABREU
Desembargadora do Trabalho LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVÊA
Desembargador do Trabalho MARCOS VINICIO ZANCHETTA
Desembargadora do Trabalho GISELE PEREIRA ALEXANDRINO
Desembargador do Trabalho GILMAR CAVALIERI
Desembargador do Trabalho GARIBALDI TADEU PEREIRA FERREIRA
Desembargador do Trabalho GRACIO RICARDO BARBOZA PETRONE
Desembargadora do Trabalho MARIA DE LOURDES LEIRIA

16

PRIMEIRA TURMA

Primeira Câmara

Desembargador Wanderley Godoy Junior - Presidente
Desembargador Hélio Bastida Lopes

SEGUNDA TURMA

Terceira Câmara

Desembargador Amarildo Carlos de Lima - Presidente da 2ª Turma
Desembargador Gilmar Cavalieri
Desembargador Roberto Luiz Guglielmetto

Quarta Câmara

Desembargador Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira
Desembargador do Trabalho Gracio Ricardo Barboza Petrone
Desembargador Marcos Vinicio Zanchetta

TERCEIRA TURMA

Quinta Câmara

Desembargadora Ligia Maria Teixeira Gouvêa - Presidente da 3ª Turma e 5ª Câmara

Desembargadora Gisele Pereira Alexandrino

Desembargadora Maria de Lourdes Leiria

Sexta Câmara

Desembargadora Lília Leonor Abreu - Presidente da 6ª Câmara

Desembargadora Teresa Regina Cotosky

Desembargadora Mirna Uliano Bertoldi

VARAS DO TRABALHO – SANTA CATARINA

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

VARAS DO TRABALHO – SANTA CATARINA

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

VARAS DO TRABALHO – SANTA CATARINA

Juiz Titular	Vara do Trabalho
Rosana Basilone Leite	5ª VT de Florianópolis
Rosilaine Barbosa Ishimura Sousa	1ª VT de Criciúma
Sandra Silva dos Santos	1ª VT de Itajaí
Silvio Ricardo Barchechen	4ª VT de Blumenau
Tatiana Sampaio Russi	2ª VT de Joinville
Ubiratan Alberto Pereira	2ª VT de Itajaí
Valquiria Lazzari de Lima Bastos	VT de Navegantes
Válter Túlio Amado Ribeiro	2ª VT de Florianópolis
Vera Marisa Vieira Ramos	3ª VT de Chapecó

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

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

SUMÁRIO

Apresentação	25
SEÇÃO DE ARTIGOS	
TELETRABALHO: O TRABALHO A DISTÂNCIA E O DISTANCIAMENTO DO DIREITO DO TRABALHO <i>Almiro Eduardo de Almeida / Oscar Krost</i>	29
O ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO COM ÊNFASE NA REFORMA TRABALHISTA <i>André Pizzi Pinheiro</i>	49
POSSIBILIDADE DA CONDENAÇÃO DAS PARTES AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NO PROCESSO DO TRABALHO EM DEMANDAS AJUIZADAS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 (LEI DA REFORMA TRABALHISTA): ANÁLISE PAUTADA NO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA <i>Bruna Cristina Poffo de Azevedo</i>	71
RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO: EVOLUÇÃO, ESPECIFICIDADES E O DANO EXTRAPATRIMONIAL <i>Cristian Luis Hruschka</i>	93
A “REFORMA TRABALHISTA” E A OBSTACULARIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA: NOVAS REGRAS IMPLEMENTADAS NO PROCESSO DO TRABALHO COMO AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E TRABALHISTAS <i>Daniel Rogério Ullrich</i>	129
A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE: UMA ABORDAGEM CRÍTICA AO ART. 461, § 3º, DA CLT <i>Fernanda Barata Silva Brasil</i>	159
A APLICAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO TEMPO: O DIREITO INTERTEMPORAL E AS REGRAS DE DIREITO MATERIAL DA LEI N. 13.467/2017 <i>Flávia Budal Guenther</i>	191
OS JUÍZES DO TRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA: PRIMEIROS HORIZONTES DE CONSENSO <i>Guilherme Guimarães Feliciano / Ney Maranhão</i>	209

CONSIDERAÇÕES SOBRE O NOVO PRAZO DO ART. 477, §6º, DA CLT <i>Gustavo Luiz Poli / Ricardo Córdova Diniz</i>	231
O PRINCÍPIO TRABALHISTA DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO <i>Josias Bruno Rüediger / Janaina Silveira Soares Madeira</i>	253
OS CONTORNOS DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA NO ÂMBITO DA REFORMA TRABALHISTA – UMA ANÁLISE À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL <i>Juliana Mattoso</i>	269
CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CPC E REFORMA TRABALHISTA: IMPLICAÇÕES NA CAUSA DE PEDIR <i>Leonardo Enrich Sá R. da Costa</i>	303
TELETRABALHO – A (DES)REGULAMENTAÇÃO DADA PELA REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467/17) <i>Lucas Barbieri Lourenço / Luciana Carneiro da Rosa Aranalde</i>	335
O CAOS NORMATIVO: DIREITO INTERTEMPORAL DO DIREITO MATERIAL TRABALHISTA - CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI N. 13.467/2017 E A MEDIDA PROVISÓRIA N. 808 SOB UM OLHAR CONSTITUCIONAL <i>Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert / Arthur da Silva Simon</i>	377
A FALTA DE DIÁLOGO SOCIAL E O ATAQUE AO DIREITO DO TRABALHO COM A REFORMA TRABALHISTA <i>Nahyra Ferreira dos Santos / Maykon Fagundes Machado</i>	397
DIGNIDADE DA PESSOA, DANO EXISTENCIAL E JORNADAS EXTENUANTES: INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA JORNADA 12X36 INTRODUZIDA PELA LEI N. 13.467/2017? <i>Paulo Cobre / Desirré Dorneles de Ávila Bollmann</i>	417
A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR EM CASOS DE ACIDENTE OU DOENÇAS NO TELETRABALHO APÓS A REFORMA TRABALHISTA <i>Rodrigo Bulcão Vianna Domingues</i>	447
O TELETRABALHO E AS (DES)VANTAGENS INSTITUÍDAS PELA REFORMA TRABALHISTA – LEI N. 13.467/2017 <i>Rodrigo Goldschmidt / Vivian Maria Caxambu Graminho</i>	469
ACESSO À JUSTIÇA E CIDADANIA EM TEMPOS DE DESMANCHE <i>Valdete Souto Severo</i>	491

APRESENTAÇÃO

Dando continuidade à proposta das edições anteriores da Revista do TRT12, de nortear os artigos nela veiculados pelo mesmo eixo temático definido como prioridade de estudos da Escola Judicial do TRT12, para 2018, foi definido como mote a **“Reforma trabalhista e os 30 anos da Constituição de 1988: desafios para a Justiça do Trabalho”**.

Para tanto, oportunizou-se aos integrantes da comunidade jurídica, não apenas catarinense, mas de todo o Brasil, a apresentação de trabalhos científicos, criteriosa e objetivamente selecionados por juízes e desembargadores do TRT12, almejando franquear uma compreensão plural, democrática e crítica dos conteúdos que mais instigam o panorama constitucional-trabalhista contemporâneo.

Os textos versam sobre temas que vão desde as mudanças promovidas pela Lei n. 13.467/17, complementada pela Medida Provisória n. 808/17, de curta existência, no Direito Individual do Trabalho, como também na esfera coletiva, processual e até mesmo na Teoria Geral do Direito, mais especificamente a questões afeitas a conflitos de leis no tempo e à hermenêutica jurídica.

Mais do que o direito de apresentar esse belo projeto coletivo e multifacetado, a oportunidade que ora nos é dada nos impõe, ainda, o dever de parabenizar e agradecer a todos nele engajados, direta ou indiretamente, pela generosidade e desprendimento em desafiar-nos com suas contribuições.

Recordamos e endossamos, pela pertinência e atualidade, com a devida vênua, as poéticas e inspiradoras palavras de Pablo Neruda, para quem “*puedes cortar todas las flores, pero no puedes detener la primavera*”.

A todos e a todas, desejamos proveitosas reflexões!

DIREÇÃO

Dr. Roberto Basilone Leite

Desembargador do Trabalho Vice-Presidente do TRT12

Diretor da Escola Judicial do TRT12

Ma. Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert

Juíza Titular de Vara do Trabalho

Vice-Diretora da Escola Judicial do TRT12

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Dr. Rodrigo Goldschmidt

Juiz Titular de Vara do Trabalho

Me. Daniel Lisbôa

Juiz do Trabalho Substituto

Me. Oscar Krost

Juiz do Trabalho Substituto

ARTIGOS



TELETRABALHO: O TRABALHO A DISTÂNCIA E O DISTANCIAMENTO DO DIREITO DO TRABALHO

“Sabemos cada vez menos o que é um ser humano”.

José Saramago

Almiro Eduardo de Almeida¹

Oscar Krost²

Resumo: O avanço da tecnologia nas últimas décadas provocou mudanças nos mais diversos campos da vida, interferindo, diretamente, na forma com que as relações sociais se desenvolvem. O trabalho humano, como atividade produtiva, base do sistema capitalista de produção, não ficou imune a esse fenômeno, a ponto de parte da doutrina entender estar-se diante de uma nova figura jurídica, o teletrabalho, carente de regulamentação. No ordenamento brasileiro, a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17), buscou disciplinar a matéria, assim o fazendo sem uma observância fiel dos parâmetros estabelecidos na Constituição.

29

Palavras-chave: Teletrabalho. Reforma Trabalhista. Constituição Federal.

1 Juiz do Trabalho vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Professor de Graduação no Centro Universitário Metodista – IPA. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidad de la República Oriental del Uruguay. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – USP. Coordenador do Grupo de Pesquisa sobre Direito do Trabalho do Centro Universitário Metodista – IPA.

2 Juiz do Trabalho vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, Professor dos Cursos de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Associação dos Magistrados do Trabalho em convênio com a Universidade Regional de Blumenau (AMATRA/FURB), do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC) e da Fundação Educacional de Brusque (UNIFEBE). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA) e do Laboratório de Estudos Contemporâneos (LEC/FURB). oscar.krost@trt12.jus.br.

1 INTRODUÇÃO

Dentre as inúmeras mudanças decorrentes da Lei nº 13.467/2017, conhecida popularmente como “Reforma Trabalhista”, algumas delas importaram verdadeiras ressignificações no mundo do trabalho. Dessas últimas, destaca-se o potencial do que se convencionou chamar de teletrabalho. Essa “nova” modalidade de trabalho se adapta perfeitamente à contemporaneidade, em que as distâncias se encurtam e as relações humanas se distanciam. Ao mesmo tempo em que permitirá a exploração da força de trabalho praticamente sem limites, o teletrabalho poderá ser responsável por afastar cada vez mais os trabalhadores entre si. A divisa política *divide et impera*, já utilizada pelos antigos romanos, é reiteradamente adotada pelos empregadores para manterem e ampliarem seu domínio nas relações de trabalho. Somando-se a outras formas de fragmentação das categorias profissionais, como a terceirização, por exemplo, o teletrabalho é mais um mecanismo que serve para enfraquecer aquilo que Marx chamava de “cooperação dos trabalhadores”, permitida e estimulada pela atuação conjunta nas antigas fábricas, fazendo com que aqueles identificassem seus interesses comuns.

Além de enfraquecer o espírito de cooperação e, assim, a formação de uma identidade de classes, o teletrabalho (e isso por simples opção do legislador) acaba retirando do trabalhador os mais básicos direitos trabalhistas como, por exemplo, o direito à limitação da jornada de trabalho, ao gozo de intervalos e ao pagamento dos adicionais de remuneração para atividades noturnas e trabalho extraordinário.

Tratando desse tema, no presente artigo tentaremos enfrentar basicamente duas questões: a identificação do que seja, efetivamente, o teletrabalho, para além de uma simples definição legal, e a finalidade de sua regulamentação pelo legislador reformista. Para isso, mostra-se necessário, entretanto, voltar ao antigo debate acerca da importância da limitação da jornada de trabalho. Começemos, pois, pela questão fundamental.

2 QUAL A IMPORTÂNCIA DA LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO?

O direito ao cumprimento de uma jornada que permitisse ao trabalhador, além de desempenhar seu mister, desfrutar de lazer e de descanso, foi um dos pontos de maior embate entre empregados e empregadores nos séculos XIX e XX.

Evidenciando a importância da limitação da jornada de trabalho em âmbito internacional, já a primeira Convenção da OIT, editada em 1919, visou garantir uma jornada máxima de oito horas de trabalho nos estabelecimentos industriais (OIT, 2018). No mesmo sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu art. 24, garante que “todo ser humano tem direito a repouso e educação, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas” (UNESCO, 1948).

No plano nacional, alinhada a estes valores, a Constituição (1988) estabelece, em seu art. 7º, *caput* e inciso XIII, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, a “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”.

Importa destacar que, o referido dispositivo estabelece norma de direito fundamental não apenas por encontrar-se no Título II da Constituição Federal, que trata “Dos direitos e garantias fundamentais” (fundamentalidade tópica ou formal), mas sobretudo por dizer respeito a um dos fundamentos do modelo de sociedade capitalista adotado pelo Brasil. A limitação da jornada de trabalho e, portanto, da exploração da força de trabalho, é uma das características essenciais do modelo capitalista de produção, um dos elementos que o diferencia, por exemplo, do trabalho escravo, limitado tão-somente pelas forças físicas do trabalhador. Trata-se, assim, do que os constitucionalistas costumam chamar de direito materialmente ou substancialmente fundamental.

Para melhor compreender do que trata essa fundamentalidade material, remetemos o leitor à sua etimologia e sugerimos um pequeno exercício de imaginação. Etimologicamente, fundamental vem de

fundamento, que pode ser entendido como o conjunto de normas básicas a partir das quais se pode fundar (dar início, assentar as fundações de) um sistema. É, pois, a base, o alicerce desse sistema. Descrita a origem da palavra, a sua etimologia, que pode facilmente ser encontrada em qualquer dicionário, vamos ao exercício. Pedimos ao leitor que imagine o sistema jurídico de cada nação como um prédio em que as normas fundamentais são, justamente, a sua base, o seu início, as fundações onde ele se assenta, ou seja, o seu fundamento (esse exercício de imaginação não deve soar tão estranho a quem já tenha ouvido falar de Kelsen). Não é preciso estudar engenharia para saber que, retirando-se a fundação, o prédio cairá; enfraquecendo-a, ele correrá o risco de rachar. O mesmo pode ser dito quanto aos direitos fundamentais: se “retirarmos” esses direitos, seja por revogação ou por qualquer outra forma jurídica, ou se simplesmente não os observarmos, a própria sociedade sob a qual eles se encontram como verdadeiros alicerces ruirá.

32

O exercício proposto, que trata dos direitos fundamentais (algo tão abstrato) como a fundação de um prédio (algo tão concreto), serve para demonstrar *concretamente* a natureza falaciosa do argumento de que a “flexibilização” dos direitos trabalhistas vem para melhorar a economia permitindo, inclusive, o aumento do número de empregos. O que resta desse argumento é, que tipo de emprego? É como se, voltando ao nosso exemplo do prédio, retirássemos o concreto e os ferros da fundação para acrescentar andares. A pergunta que fica é, quem se arriscaria a morar nesse prédio?

Pois bem, a limitação da jornada de trabalho é, sem dúvida, um dos alicerces que sustentam essa construção chamada sociedade capitalista. Como se infere da literalidade do texto da Lei Maior, não há margem a uma interpretação desfavorável ao empregado no tocante à majoração dos módulos diário de 08 horas e semanal de 44 horas. As exceções, taxativamente permitidas, dizem respeito, apenas, à compensação e à redução do tempo de trabalho, sempre pela via coletiva, o que demonstra consideração ao estado de hipossuficiência do trabalhador no curso do contrato.

É por isso que a regra do art. 62 da CLT, ao afastar alguns trabalhadores do campo de aplicação das disposições do Capítulo II da CLT,

intitulado “Da duração do trabalho”, viola o atual marco constitucional. Tal dispositivo não foi recepcionado pela Carta de 1988, sendo suas alterações posteriores e, por consequência, inconstitucionais. Diversamente, a Constituição de 1967 previa expressamente a possibilidade de exceção à regra geral de oito horas de jornada, inclusive por lei. O inciso VI do art. 158 assegurava o direito à “duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, *salvo casos especialmente previstos*” (destacamos). Esse era inclusive o argumento utilizado por muitos autores para justificar regras como a do art. 62 da CLT. Tal possibilidade, porém, não foi reproduzida na ordem constitucional vigente. Parece-nos clara a opção do constituinte em 1988, de garantir a jornada de oito horas, evitando, inclusive, eventual atuação erosiva do legislador infraconstitucional e, com isso, deixando de recepcionar regras como a do já citado art. 62 da CLT. Dito de outra forma, desde 1988, alterou-se o fundamento da sociedade brasileira no que diz respeito à limitação da jornada de trabalho.³

Análise em contrário, não leva em conta a natureza de ordem pública das normas sobre limitação de jornada, atinentes à saúde e à medicina do trabalho. Para além do simples pagamento de adicionais de remuneração, incrementando os ganhos mensais dos trabalhadores, encontra-se em jogo sua higidez física e mental, dando margem a situações de esgotamento e de aumento do risco de acidentes e doenças do trabalho. Acaba prejudicando o que se entende por direito ao não-trabalho ou à “desconexão” (ALMEIDA, 2016).

Demonstrada a importância fundamental da limitação da jornada de trabalho, já podemos partir para o teletrabalho propriamente dito.

3 O QUE É, AFINAL, O TELETRABALHO?

O teletrabalho, também conhecido como trabalho por telecomunicação ou remoto, do alemão *Telearbeitsplätze* ou *fernarbeit*, vem sendo concebido como uma modalidade relativamente nova de atuação.

³ Esse não foi, entretanto, o entendimento prevalecente no Judiciário Trabalhista, tanto que não apenas a própria norma, mas também as alterações posteriores feitas pelas Leis n. 7.313/85 e 8.966/94, foram consideradas constitucionais.

Argumentos favoráveis a sua utilização apontam que, para além de questões tecnológicas e financeiras, mostram-se imensuráveis os ganhos sociais trazidos pela modalidade ao permitir uma maior inserção no mercado formal de pessoas Portadoras de Necessidades Especiais (PNE) e ao tornar desnecessário o deslocamento diário da residência à sede do empregador (BUBLITZ, 2014, 127p). Por outro lado, tais trabalhadores, como consequência da distância física, acabam por não se integrar, ao menos não de modo presencial, à coletividade de empregados, correndo elevados riscos de isolamento ou até mesmo de experimentarem um senso de exclusão, o que pode repercutir em matéria relacionada à sindicalização e conscientização de seus direitos.

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena sustenta não haver grande desafio conceitual para entender o teletrabalho, possuindo antecedentes não muito distantes no trabalho em domicílio e nos serviços de vendedores externos ou praticistas (VILHENA, 2005, pp. 585-588).

34

A ausência de tipicidade não impediu sua adoção e desenvolvimento, tendo por elementos essenciais a atuação do trabalhador fora do ambiente empresarial, mesmo que desempenhando atividades que poderia nele realizar, e o emprego de meios tecnológicos de comunicação. Não há, assim, relativização de nenhum dos elementos característicos da relação de emprego, previstos no art. 3º da CLT,⁴ formando-se o vínculo com o empregador, cuja definição se encontra no art. 2º, *caput*, também da CLT.⁵

O art. 75-B da CLT, incluído pela “Reforma Trabalhista”, define o teletrabalho como “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.” O parágrafo único do mesmo dispositivo legal esclarece que “o comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no

4 Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

5 Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

A regra admite, quanto ao local do labor, o critério misto, ou seja, tanto fora, quanto dentro da sede da empresa, bastando que prepondera a primeira hipótese, não se confundindo, “por sua natureza”, com o trabalho externo. A primeira dúvida que surge ao se fazer a leitura do texto normativo é quanto ao conteúdo da expressão “preponderante”, no que diz respeito ao critério a ser adotado na definição de determinado serviço como teletrabalho. Adotar-se-á o tempo? Em caso de resposta positiva, a preponderância será mensurada em horas por dia, horas ou dias por semana, horas, dias ou semanas por mês? A mensuração ocorrerá pelo resultado objetivo dos serviços contratados? Ou, ainda, ocorrerá pela quantificação do valor atribuído monetariamente a cada uma das atividades?

Considerando estar o “teletrabalhador”, em tese, pela dicção do art. 62, inciso III, da CLT, fora do alcance das disposições do capítulo “Da duração do trabalho”, ao menos pela intenção do legislador reformista, não haveria como controlar sua jornada, pelo que está rejeitada a resposta pelo critério temporal. As demais possibilidades concorrem em igualdade de condições, ficando a cargo dos contratantes e da jurisprudência sua definição final, devendo se atentar aos valores que inspiram o Direito do Trabalho, sobretudo o Princípio da Proteção, especialmente na sua vertente que determina se adote a interpretação mais favorável ao trabalhador – *in dubio pro operario*. De qualquer sorte, a ausência de preponderância acarretará a desconfiguração de determinado pacto como de teletrabalho, afastando as disposições do “Capítulo II-A Do Teletrabalho”.

Merece destaque, ainda, que a inserção do teletrabalho na hipótese de exceção do art. 62 da CLT infringe o Princípio da Proibição do Retrocesso Social e promove distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos, violando diretamente o conteúdo do art. 7º, *caput*, e inciso XXXII, da Constituição. Desconsidera, ainda, a eficácia negativa dos direitos fundamentais, dos quais os direitos sociais trabalhistas são espécie, pela vedação de práticas, mesmo no plano normativo, que os limitem ou cerceiem.⁶ Afronta, ainda, o disposto no art. 6º, também da

6 Segundo MOLINA (2013, p. 128), a referida eficácia negativa “preservará uma pauta constitucional mínima, criando moldura à atuação legislativa, mas possibilitará ao legislador

CLT, com a atual redação, dada pela Lei nº 12.511/11.

No Direito Comparado, poucos são os países que regulamentaram em minúcias o teletrabalho, havendo projetos de lei em tramitação nos Parlamentos da Argentina, Uruguai, Paraguai e Chile há vários anos. Um exemplo de disposição semelhante à trazida pela Reforma, porém mais objetiva e específica, encontra-se no art. 165 do Código do Trabalho de Portugal, que do seguinte modo conceitua o teletrabalho:

Artigo 165 Noção de teletrabalho

Considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação. (PORTUGAL, Lei nº 7/2009)

No lugar de “preponderantemente”, adotou o legislador lusitano o termo “habitualmente”, o que reduz a margem de dúvida sobre a natureza de serviço à distância, mesmo quando o empregado frequenta a sede do empregador.

36

A segunda questão apresentada recai sobre o dimensionamento da expressão “por sua natureza não constitua trabalho externo”. A atividade realizada fora da empresa e que exija o uso de tecnologia é bastante simples, o que, contudo, não se dá com a questão de sua própria natureza, de modo que não se confunda com atividade externa.

Na atualidade, motoristas, entregadores, *motoboys* e vendedores são alguns exemplos de profissionais que atuam fora da sede do empregador e que se servem de meios de comunicação e telemáticos, como *smartphones*, GPSs, *notebooks* e *tablets* para desempenhar suas funções. Todos, sem exceção, costumam ir em algum momento da jornada à sede da empresa, seja para buscar ou levar informações, seja para retirar e devolver produtos.

Inegável desenvolverem atividades externas, bem como utilizarem tecnologia. Mas seriam teletrabalhadores? Em uma leitura inicial, a resposta seria negativa, pois a tecnologia não é essencial ao desenvolvimento do serviço, apenas o auxiliando.

Rosenfield e Alves (*apud* CARELLI, 2017, p. 329) entendem por

teletrabalho “[...] toda a atividade remota realizada por meio de tecnologias de informação e comunicação (TICs), permitindo a obtenção de resultados num lugar diferente daquele ocupado pela pessoa que os realiza”. De acordo com essa definição, não haveria como o teletrabalhador realizar seu mister sem o uso da tecnologia. Aqui estaria a distinção entre a atividade externa e o teletrabalho: a condição mediata (remota) do local em que realizado o trabalho, porém imediata (próxima) quanto a seu resultado do serviço, elemento possibilitado pelos meios tecnológicos de informação e comunicação.

Para Carelli (2017, p. 331), a Reforma Trabalhista, no tocante ao teletrabalho foi “[...] descuidada, irrealista e ultrapassada, regulamentando-o como se estivéssemos em meados do Século XX ou no Século XIX, talvez”. A crítica pauta-se, fundamentalmente, na inobservância, pelo Legislador, das preocupações contidas em recente relatório elaborado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), intitulado *“Eurofound and International Labour Office”*, pelo qual foi constatado que os teletrabalhadores “estão expostos a perigos a sua saúde e bem-estar, relacionando-o com fatores de risco psicossocial relacionados com a intensidade do trabalho e longas horas extraordinárias” (CARELLI, 2017, p. 330). É sugerida no documento em questão, ainda, a observância do direito à desconexão francês, e indicada como exemplos a adoção de políticas restritivas de empresas, adotadas na Alemanha, Estados Unidos e na própria França.

De nossa parte, sustentamos que, na verdade, o teletrabalho não existe. Não há nenhuma modalidade de trabalho que, “por sua natureza”, não constitua trabalho externo, mas tenha de ser realizado, preponderantemente, fora da empresa. Visto sob os dois polos que formam a relação de emprego, o que se convencionou chamar de teletrabalho mostra-se, na realidade, como uma opção e uma impossibilidade: uma opção para o empregador, que simplesmente decide afastar o trabalhador da empresa, conseguindo, com isso, inúmeros ganhos secundários, como ainda se verá; uma impossibilidade para o empregado no sentido de que ele nunca poderá se afastar de seu trabalho. Tratando-se de realização da sua força de trabalho, o trabalho desempenhado pelo trabalhador nunca se afasta de sua pessoa. Como esclarece Engels (MARX, 2010, p. 26), falamos aqui de uma potencialidade incorporada e indissolúvelmente ligada à pessoa

do trabalhador.

Ademais, mostra-se questionável a própria existência de um regime especial que dê ensejo ao enquadramento de um trabalhador como “tele”, na medida em que não há diferença entre seus préstimos e aqueles prestados por empregados alocados dentro da empresa-empregadora. A diferença está apenas no local em que os serviços se realizam, pois seu resultado imediato é sempre disponibilizado à contratante, o que se torna possível por conta da contribuição dos meios telemáticos. Ou seja, o trabalhador segue sendo uma pessoa física, porém os frutos de seu agir, em proveito e sob orientação do patrão, podem se deslocar de qualquer lugar até o destinatário.⁷

De qualquer sorte, o art. 75-C da CLT exige que, nessa modalidade, o contrato de trabalho seja escrito e que dele conste expressamente a condição de teletrabalho, bem como que especifique as atividades desenvolvidas pelo trabalhador. Caso inobservados os requisitos formais ou verificada a incompatibilidade entre os serviços descritos e aqueles considerados teletrabalho, o negócio passa a ser regido como contrato comum, afastando-se a incidência das regras dos arts. 75-A a 75-E da CLT.

38

Respeitados entendimentos em contrário, pelo disposto no art. 7º, inciso XXXII, da atual Constituição, a aplicação ao trabalhador remoto (ou teletrabalhador) de todas as regras protetivas ao trabalho subordinado deveria ocorrer por mera observância à vedação à distinção discriminatória. Eventuais e pontuais particularidades demandariam especial atenção do Legislador, sempre sem descuidar da tutela da dignidade da pessoa humana, tal qual procedeu o exemplo lusitano.

Quanto à alteração do regime de presencial para o de teletrabalho, mesmo que dependa de mútuo consentimento,⁸ sabe-se, pelo menos

7 Para Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Colho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto, “o teletrabalho se configura quando as tarefas são realizadas à distância, mas por opção dos contratantes, sendo que poderiam, perfeitamente, ser realizadas nas dependências do empregador.” (SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto *et al.*

Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei no 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017 – 2ª ed – São Paulo: Editora Rideel, 2018, p. 106, grifo da transcrição)

8 A expressão “mútuo acordo”, com todo o respeito, se trata de uma redundância, pois se há acordo é porque configurada convergência entre as partes contratantes. Mostra-se mais adequado o emprego da expressão “mútuo consentimento”, utilizada, inclusive, no art. 468 da CLT.

desde 1966⁹, que, na imensa maioria das vezes, o trabalhador não tem efetivamente a possibilidade de negociar individualmente com o seu empregador, mormente no cenário de crise econômica e de escassez de empregos, como o presente, que a “Reforma Trabalhista” vem, segundo seus defensores, justamente para tentar superar. Impõem-se, portanto, uma aplicação conjunta do parágrafo primeiro do art. 75-B da CLT e do art. 468 do mesmo diploma, de modo que a alteração contratual, mesmo que conte com o consentimento do trabalhador, não poderá lhe causar prejuízo, sob pena de nulidade.

De acordo com o § 2º do art. 75-B, a alteração inversa, do regime de teletrabalho para o presencial, poderá ocorrer por determinação unilateral do empregador, respeitado apenas o prazo mínimo de 15 dias de transição. Respeitada posição contrária, entendemos que, sendo decorrência da assunção dos riscos do negócio e do poder diretivo do empregador, o “*jus variandi*”¹⁰ não alcança tamanha amplitude. Com efeito, os limites do *jus variandi* podem ser depreendidos logicamente da própria legislação trabalhista. Compreendido o Direito do Trabalho como um sistema que tem de manter uma certa coerência interna, não há como admitir que o empregador possa, de modo unilateral, impor modificação de tal monta sem a concordância do empregado, por, pelo menos, dois fundamentos. O primeiro, pela quebra da simetria quanto ao parágrafo anterior: ora, se a alteração do regime presencial para o de teletrabalho exige o mútuo consentimento, não há nenhuma razão para que o contrário não o exija, a menos que admitamos que o teletrabalho é efetivamente prejudicial ao trabalhador, rejeitando todo um conjunto de argumentos que visam defender a sua aplicação e, em última análise, a própria alteração legislativa

39

9 Em 1966 foi editada a Lei n. 5.107/66 que criou o sistema do FGTS em substituição à estabilidade decenal prevista no artigo 492 da CLT. Muito embora a lei assegurasse ao trabalhador o direito de optar pelos regimes, a realidade mostrou que, a partir de então, a “opção” pelo FGTS passou a ser uma condição para a sua contratação. Tanto que, em 1988 a Constituição tratou de acabar com a falaciosa possibilidade de opção.

10 Segundo Camino (1999, p. 108), o “*jus variandi*” pode ser entendido como uma das projeções do poder de comando do empregador, aplicável quando necessária a adequação da prestação de trabalho às necessidades do negócio, “*traduzida no direito de alterar as condições estabelecidas, expressa ou tacitamente, na relação de emprego, desde que, pela natureza de tais condições, assim se faça possível.*”.

diante do reconhecimento de sua inconstitucionalidade. O segundo, recai sobre a exclusão da “cláusula de barreira”, melhor dizendo, deixar de considerar a ausência de prejuízo ao trabalhador como requisito essencial, tal qual previsto no art. 468 da CLT.

Tem-se, portanto, por conta do princípio da proteção, pela projeção da aplicação da regra mais favorável, e do disposto no art. 468 da CLT no tocante a modificações em ambos os sentidos na relação envolvendo o teletrabalho, por essencial a exigência em qualquer caso do mútuo consentimento e da ausência de prejuízo ao trabalhador na troca de regime. Análise em contrário validaria a prática do legislador reformista de desconsiderar a eficácia negativa dos Direitos Fundamentais, dos quais os Direitos Sociais Trabalhistas são espécie, e que vedam práticas, mesmo no plano normativo. Aliás, o próprio Texto Celetista pode levar a essa conclusão se considerarmos que, nas duas hipóteses de alteração contratual, a lei exige aditivo contratual. Ora, em um contrato bilateral, como é o contrato de trabalho, qualquer aditivo contratual sempre dependerá do mútuo consentimento das partes.

40

4 QUAL A FINALIDADE DA REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO?

Na seção anterior, sustentamos que o teletrabalho não existe. Se não há nenhuma diferença essencial entre as atribuições de um “trabalhador” e um “teletrabalhador”, qual seria, então, a finalidade de sua criação e, sobretudo, de sua regulamentação legislativa?

Em um primeiro momento, pode parecer merecedora de reconhecimento a iniciativa do legislador em regulamentar esta modalidade de serviço no que diz respeito a suas particularidades e distinções. Com isso, a lei estaria a garantir maior segurança jurídica aos contratantes quanto aos respectivos direitos e deveres. Afinal, ainda que se trate de liame de emprego comum, alguns pontos de distinção dos contratos-padrão poderiam dar margem a controvérsias. A questão que se coloca, pois, é: para que, efetivamente, serve essa regulamentação?

Para Lima e Lima (2017, p. 45), antes mesmo do advento da Lei nº

13.467/17, houve, pela Lei no 12.511/11, a previsão legal do teletrabalho no Direito brasileiro, que modificou o teor do art. 6º da CLT¹¹. Ocorre que, ao incluir o inciso III no art. 62 da CLT, dispondo que os empregados sujeitos a regime de teletrabalho não são abrangidos pelo Capítulo II do Título II da CLT, que dispõe da duração do trabalho, buscou o legislador eximir os empregadores de controlar a jornada dos teletrabalhadores e, por consequência, de pagar-lhes horas extras e adicional noturno, além de pactuar regime de compensação horária, conceder repouso semanal e até mesmo intervalos entre e intrajornada. Da mesma forma, afastou a possibilidade de contratar esta modalidade de serviço sob o regime de tempo parcial, por se encontrar o art. 58-A, que a prevê e regulamenta, também localizado no referido capítulo celetista.

Ao importar a exclusão de direitos trabalhistas atinentes à duração do trabalho, a inserção do teletrabalho na hipótese de exceção do art. 62 da CLT infringe o princípio da proibição do retrocesso social e vai de encontro à literalidade do quanto previsto no *caput* do art. 7º da Constituição. Desconsidera, enfim, a eficácia negativa dos Direitos Fundamentais, dos quais os Direitos Sociais Trabalhistas são espécie, pela vedação de práticas, mesmo no plano normativo, que os limitem ou cerceiem.

Em primeiro lugar, é preciso destacar que a garantia da limitação de jornada não está vinculada à vontade da empresa de controlar a jornada dos trabalhadores que lhe prestam serviço. Parafraseando Hesse (1991, p. 19), apenas a falta de “vontade de constituição”, ou seja, a falta de vontade de respeitar o direito fundamental à limitação da jornada de trabalho, é que fazia com que muitos lessem “controle de horário de trabalho” em que, na verdade, está escrito “fixação de horário de trabalho” (art. 62, inciso I, da CLT). Diante da literalidade do artigo celetista, pergunta-se, qual atividade, nos dias de hoje, é incompatível com a fixação de horário, ainda que variável? Pois bem, mesmo que nossa falta de vontade de constituição nos faça ler o que não está escrito, para suprimir o direito que está expresso, ainda caberia a pergunta: qual atividade é incompatível de controle? Uma alteração legislativa ocorrida no ano de 2012 pode ajudar a expor nosso

11 Roesler (2017, pp. 62-65) compartilha do entendimento de que a regulação do teletrabalho no Direito do Trabalho brasileiro era feita pelo art. 6º da CLT, antes do advento da reforma.

argumento. Até aquele ano, os motoristas de caminhão não tinham direito à limitação da jornada porque se entendia que sua atividade não era passível de controle (muito embora a carga pudesse ser controlada por tacógrafo, por exemplo – veja-se a Orientação Jurisprudencial n. 332 da SDI-I do TST). Pois bem, no ano de 2012, a Lei n. 12.619 passou a estabelecer o direito de limitação da jornada de trabalho dos motoristas, “criando de uma penada”, como se costuma dizer, a mais inovadora tecnologia de controle de jornada: a papeleta, onde o motorista poderia anotar “de forma idônea” as horas em que estivesse trabalhando. Parece piada, mas é verdade. No atual estágio evolutivo da tecnologia, não há trabalho cuja duração não possa ser fixada e, se se quiser, controlada; no atual estágio evolutivo da civilização e, pelo menos há quase um século, não há trabalho cuja duração deva ultrapassar oito horas.

Se o fato de o empregado não atuar dentro da sede da empresa não tem o condão de tornar a atividade impossível de ser fixada (e controlada), com o teletrabalho, a fixação e o controle podem se dar com ainda maior facilidade. Segundo o teor do art. 75-B da CLT, igualmente acrescido pela Reforma Trabalhista, para a caracterização do teletrabalho é essencial que os serviços ocorram “fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”. Verifica-se, pelo teor do texto transcrito, estabelecer-se uma conexão entre patrão e empregado, ainda que não presencial, possibilitando não apenas a efetiva aferição em tempo real de trabalho, mas também do seu ritmo e a plena ciência da localização do trabalhador.

Sobre o tema, pertinentes as palavras de Carelli (2017, p. 334), mencionando o tratamento da matéria dispensado no plano internacional:

Conforme a OIT recomenda, deve-se atentar para os tipos de teletrabalho e eliminar suas consequências danosas, para que somente os efeitos positivos do trabalho à distância permaneçam. O teletrabalho não pode ser somente um meio eficaz de apropriação da vida privada do ser humano que trabalha; ele deve ser olhado sob o viés do futuro promissor de uma vida melhor e com o trabalho mais digno, não pelo olhar de um passado meramente exploratório.

Assim, o direito à limitação de jornada, bem como à remuneração

do trabalho noturno em valor superior ao diurno e ao repouso semanal remunerado, além da redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, encontram amparo no art. 7º, incisos IX, XIII, XV e XXII, da Constituição, sem qualquer exceção, aplicando-se integralmente à modalidade do teletrabalho. Neste particular, ao excluir da proteção quanto à limitação da duração do trabalho, a Reforma Trabalhista incorreu em flagrante inconstitucionalidade.

No Direito Comparado, o Código do Trabalho Português (PORTUGAL, Lei nº 7/2009) serve de exemplo de orientação diversa, favorável ao empregado, não só determinando a fixação de horário de trabalho, como permitindo a pactuação desta espécie de modalidade por regime de tempo parcial.

Na França, recentemente, foi proibido o uso de qualquer ferramenta de comunicação à distância após o término do expediente, a fim de preservar a carga horária de trabalho semanal de 35 horas, bem como para que os trabalhadores pudessem, efetivamente, fruir do descanso entre jornadas. A medida justificou-se na prática adotada por diversos empregadores de exigir a checagem de *e-mails* e de outras ferramentas semelhantes e respostas imediatas do empregado, o qual ficava em estado permanente à disposição, configurando “tempo de trabalho digital”.¹²

Destaque-se, ainda, o entendimento majoritário dos participantes da II Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela Anamatra, entre os dias 09 e 10 de outubro de 2017, pela aprovação do Enunciado nº 71, com a seguinte redação:

São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. Interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República. O art. 7º, “E”, “G” E “H” Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), promulgado pelo Decreto 3.321, de

12 A matéria, dada sua relevância, foi pauta na imprensa brasileira, conforme veiculado em <<http://epocanegocios.globo.com/Informacao/Acao/noticia/2014/04/franca-proibe-emails-do-trabalho-apos-18h.html>> e <<http://meiobit.com/344965/franca-lei-proibem-e-mail-trabalho-fora-horario-expediente/>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

30 de dezembro de 1999, e a Recomendação 116 DA OIT.¹³

Note-se que a inclusão do teletrabalho na regra do art. 62 da CLT afronta, ainda, o disposto no art. 6º, também da CLT, com a redação recentemente dada pela Lei n. 12.511/11, uma vez que importa discriminação entre empregados que trabalhem dentro e fora do estabelecimento da empresa.

A propósito, segundo a jurisprudência pacificada do TST, o uso de tecnologia de informação e a atuação do trabalhador a distância, por si só, não inviabiliza o controle, pelo empregador, do tempo de serviço ou à disposição, como se infere do teor do item II da Súmula nº 428 daquela Corte. Na mesma linha, o entendimento do TRT da 12ª Região, nos termos do seguinte precedente:

Ementa: SOBREAVISO. CARACTERIZAÇÃO. NOVA REDAÇÃO DO ITEM II DA SÚMULA Nº 428 DO TST.

Durante anos prevaleceu o entendimento de que a caracterização do sobreaviso dependia da exigência imposta pelo empregador ao seu empregado para que, mesmo fora do seu horário normal de trabalho, permanecesse em casa aguardando eventual chamado. Assim, entendia-se que a restrição à liberdade de locomoção gerava ao empregado o direito a uma remuneração. No entanto, em face do avanço tecnológico e do desenvolvimento de ferramentas que viabilizam o trabalho à distância e o deslocamento sem prejuízo da possibilidade de contato, atenuou-se, para fins de configuração do sobreaviso, a necessidade de permanência em casa e passou-se também a considerar a existência de regime de plantão e de controle patronal por algum meio telemático ou informatizado, consoante entendimento firmado por intermédio da Súmula nº 428 do TST. (TRT12, RO 0003414-45.2014.5.12.0005, Rel. Desembargadora Maria de Lourdes Leiria, 29/10/2015)

Além disso, conforme se evidencia de vários julgados e, apenas a título ilustrativo, a ementa que segue, sempre que for possível a fixação e o controle da jornada realizada pelo trabalhador, este fará jus a todos os direitos inerentes à duração do trabalho.

EMENTA: HORAS EXTRAS. EMPREGADO QUE EXERCE ATIVIDADE EXTERNA. POSSIBILIDADE DE CONTROLE

13 A íntegra dos enunciados aprovados encontra-se disponível em <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

DE HORÁRIO. NÃO SUJEIÇÃO DO TRABALHADOR À EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 62, I, DA CLT. Sendo a atividade externa realizada pelo empregado compatível com a fixação e controle de jornada, não há falar na exceção prevista no art. 62, I, da CLT, sendo devidas ao trabalhador as horas extras laboradas. (TRT4 RO 0020292-31.2016.5.04.0641, Rel. Desembargador Joao Paulo Lucena, 19/06/2017)

A pergunta que cabe aqui é, diante do atual estágio tecnológico, qual tipo de atividade não estaria sujeita à fixação e controle quanto ao tempo de trabalho? Certamente não aquela em que o trabalhador se encontra conectado ao seu empregador pelos mais modernos instrumentos tecnológicos de comunicação. Reconhecer os direitos fundamentais relacionados à duração do trabalho aos empregados que exercem atividades à distância resume-se, pois, a uma questão de vontade, e não de possibilidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como demonstram os enunciados e julgados que encerram a seção anterior, é possível reconhecer aos trabalhadores que exercem sua atividade a distância os direitos fundamentais relacionados à duração do trabalho, mormente quando tais trabalhadores exercem seu mister conectados ao empregador mediante meios tecnológicos de comunicação, em constante avanço.

45

O que os operadores do Direito do Trabalho precisam é admitir, de uma vez por todas, que as normas fundamentais sobre a limitação da jornada constantes do Texto Constitucional constituem um patamar civilizatório mínimo, que não pode ser afastado por normas infraconstitucionais, conforme sopram os ventos impulsionados pelos interesses do capital. É preciso, enfim, aceitar as regras constitucionais e os direitos acerca da limitação da jornada de trabalho como um ponto de partida irreversível, um mínimo sobre o qual se deve avançar e jamais retroceder. Somente assim poderemos conservar o que há de humano nessa relação tão desumana – e justamente por isso conflituosa – entre capital e trabalho.

Se a tecnologia que criamos para nos servir não tiver outra finalidade que aplacar nossa ânsia por riqueza econômica, à custa de tornar venal todo o nosso tempo de vida na Terra, o “teletrabalho” não significará

apenas trabalho a distância, mas também um distanciamento dos próprios direitos fundamentais do trabalhador e, ao cabo, de sua própria dignidade na condição de ser humano. Nesse momento, a epígrafe desse texto, colhida por Saramago do Livro das Previsões, poderá tornar-se uma lamentável e irreversível realidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de.; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais do trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

ANAMATRA. Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. **Listagem de enunciados aprovados**. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 de outubro de 1988. Disponível em :<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

46

_____. **Decreto-Lei nº 5.452** (Consolidação das Leis do Trabalho-CLT). 1º de maio de 1943. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

BUBLITZ, Michelle Dias. **Pessoa com deficiência e teletrabalho**: reflexões à luz do valor social do trabalho (*inclusão social e fraternidade*). 2014. 127 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em:<<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/5794?mode=full>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

CAMINO, Carmen. **Direito Individual do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 1999, 2003.

CARELLI, Rodrigo. O teletrabalho In SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SEVERO, Valdete Souto (Coordenadores). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017, pp. 327-334.

FÓRUM NACIONAL DE PROCESSO DO TRABALHO. **Listagem de enunciados aprovados**. Disponível em: <<http://fnptrabalho.com.br/enunciados-antiores/>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

LIMA, Francisco Meton Marques de. LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista**: entenda ponto por ponto. São Paulo, LTr, 2017.

MARX, Karl. **Trabalho assalariado e capital & salário, preço e lucro**. S/t. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

MOLINA, André Araújo. **Teoria dos Princípios Trabalhistas**: a aplicação do modelo metodológico pós-positivista ao Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/conv_1.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2018.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1978.

PORTUGAL. **Lei nº 7/2009** (Código do Trabalho de Portugal). Disponível em: <http://www.unl.pt/sites/default/files/codigo_do_trabalho.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2018.

ROESLER, Átila da Rold. Teletrabalho, mais uma maldade da “Reforma Trabalhista” ou Karl Marx e o Teletrabalho In SEVERO, Valdete Souto. *Et al* (coordenadores).

Comentários à Lei 13.467/17: contribuições para um enfrentamento crítico. Porto Alegre: HS Editora, 2017, pp. 62-65.

ROSENFELD, Cinara L.; ALVES, Daniela A. de. Teletrabalho In: CATTANI, Antonio David; HOZMANN, Lorena (orgs.). Dicionário de Trabalho e Tecnologia. Porto Alegre: Zouk, 2011, p. 415, *apud* CARELLI, Rodrigo. O teletrabalho In SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. SEVERO, Valdete Souto (Coordenadores). **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017, pp. 327-334.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto *et al*. **Reforma Trabalhista**: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017 e da Med. Prov. nº 808/2017 – 2. ed – São Paulo: Editora Rideel, 2018.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2017.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: Estrutura Legal e Supostos. São Paulo: LTr, 2005.



O ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO COM ÊNFASE NA REFORMA TRABALHISTA

André Pizzi Pinheiro¹

Resumo: A Justiça do Trabalho, ainda fortemente influenciada pelos preceitos históricos de 1943 – Decreto-Lei nº 5.452/43, que confere o surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho -, atribui às partes a faculdade de acesso ao Poder Judiciário em lides trabalhistas independentemente da presença de advogado. Esse fato, atrelado ao caráter cada vez mais complexo das relações processuais, especificamente com a necessidade de domínio de técnicas acuradas na postulação, acarreta a precarização da atuação das partes, não raro a culminar na perda de um direito subjetivo notório. O objetivo deste trabalho é analisar, por meio de obras doutrinárias e pesquisas bibliográficas, as características do princípio do *jus postulandi* na seara trabalhista diante da Reforma Trabalhista implementada por meio da Lei nº 13.467/17.

49

Palavras-chave: *Jus Postulandi*. Direito do Trabalho. Lei nº 13.467/2017.

1 INTRODUÇÃO

A Justiça do Trabalho é um ramo especializado do Poder Judiciário, instituído formalmente em 1941 com o objetivo de assegurar aos cidadãos os direitos subjetivos existentes nas relações entre empregado e empregador. Nasceu e se desenvolveu com extrema simplicidade, além de ser caracterizada pela celeridade, informalidade e gratuidade, princípios que corroboraram com uma necessária mudança social brasileira, até então fortemente marcada por resquícios de escravidão até o início do séc. XX.

Alguns autores, como José Cairo Júnior (2016, p. 48 - 49), consideram que a Justiça do Trabalho teve seu início em 1932, com a criação das Juntas de Conciliação de Julgamento, que eram órgãos colegiados, mas de natureza administrativa, formados por juízes classistas (um representante

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Oeste de Santa Catarina. Técnico Judiciário. Assessor de Juiz na Vara do Trabalho de Xanxerê. andre.pinheiro@trt12.jus.br.

dos empregados e outro dos empregadores, além de outro juiz-presidente). Esses órgãos possuíam a competência de solucionar conflitos entre empregados e empregadores sindicalizados, exclusivamente, ou seja, não atuavam na órbita dos conflitos coletivos. Dessa forma, surgiram outros órgãos responsáveis por administrar essa esfera de conflito, chamados de Comissões Mistas de Conciliação.

Tanto as Juntas de Conciliação e Julgamento como as Comissões Mistas de Conciliação não gozavam de poder de decisão judicial, visto que os membros que as formavam eram considerados funcionários públicos de caráter *ad nutum* (livre nomeação e exoneração), de análise direta do Ministro do Trabalho, ou seja, de autoridade do Poder Executivo.

Nessa órbita, o respeitado Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Mauricio Godinho Delgado, juntamente com a professora Gabriela Neves Delgado (2011, p. 01), introduzem o tema sobre a história da Justiça Trabalhista da seguinte forma:

A Justiça do Trabalho [...] passou por três grandes momentos em sua história. O primeiro, de sua própria estruturação e inauguração, no ano de 1941, em que surgia como parte de uma série de políticas públicas de transformação da sociedade e do Estado brasileiros, cujo destino mais remoto sequer poderia ser imaginado. O segundo momento, de sua afirmação e consolidação nas décadas seguintes à democratização do país em 1945 [...]. O terceiro momento em sua história desponta no processo de democratização do Brasil desde 1985, culminando com o projeto constitucional aprovado em 1988, que descortina papel e relevo inimagináveis para a Justiça do Trabalho na sociedade e no Estado brasileiros.

Passada a fase de institucionalização da Justiça do Trabalho, logo em seguida, em 1943, reforçando ainda mais a existência dessa nova seara da Justiça, foi sancionado pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas, o Decreto-Lei nº 5.452, que regulamenta as normas e diretrizes do trabalho (Consolidação das Leis do Trabalho) num conglomerado de leis até então existentes e desconexas no País.

Sobre isso, Neto (2007, p. 26/27), salienta que “em 1º de maio de 1943, via Decreto-Lei nº 5.452/43, promulgou-se a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, unificando a legislação trabalhista preexistente, acrescidas de algumas novas, as quais são aplicáveis às relações individuais

e coletivas de trabalho subordinado”. Esse compilado normativo busca assegurar garantias individuais e regulamentar as relações de cunho até então empregatício, na intenção de diminuir as desigualdades sociais que acometiam a sociedade da época.

Ainda sobre a regulamentação e institucionalização da Justiça do Trabalho, observa-se na história que somente em 1946 é que esse ramo jurisdicional teve sua inserção completa como ramo do Judiciário, isso porque até então se encontrava inserida no âmbito do Executivo, limitando, assim, a autonomia e normatização necessárias para a efetiva administração desse ramo tão importante do Direito brasileiro.

A princípio, a Justiça do Trabalho fora criada para resolução de conflitos estritamente empregatícios, deixando de lado todas as demais formas de relações de trabalho existentes (trabalho temporário, domésticos, avulsos, eventuais, autônomos, etc).

A facilitação do acesso à justiça trabalhista em seus primórdios cria o ideal de um sistema descomplicado e capaz de solucionar lides até então irresolvíveis (anotação da Carteira de Trabalho, indenização por despedida injusta ou sem justa causa, férias, horas extras e outros direitos que não exigiam maiores complicações jurídicas para serem concedidos).

Com efeito, novas demandas passaram a ser questionadas com a evolução social e inseriram-se no mundo jurídico a fim de conquistarem um posicionamento direto por parte do Judiciário. A respeito do estudo sobre a possibilidade de postulação no judiciário, Silva (2007, p. 16) retrata que:

Na Grécia antiga havia vários tribunais, dos quais se destacam os tribunais populares denominados de *Heliae*, onde qualquer cidadão poderia fazer uso da prerrogativa de ingressar com ações envolvendo interesses individuais familiares ou interesses da sociedade como um todo, sendo que tal prerrogativa era exercida por meio dos próprios interessados, sem quaisquer ressalvas, a não ser aquelas decorrentes das sanções oriundas de litigância temerária.

Ao falar em evolução social, há de se mencionar a ampliação que a Emenda Constitucional 45/2004 proporcionou ao Poder Judiciário, conferindo um aumento na gama de apreciação das causas materiais analisadas pela Justiça do Trabalho. Com ela, as competências da esfera juslaboral foram expandidas e o Poder Judiciário Trabalhista passou a ser

competente pelas causas envolvendo todas as formas de relação do trabalho (gênero) onde está contida a relação de emprego.

Com isso, a complexidade das manifestações processuais passou a exigir ainda mais uma atuação concatenada em ritualísticas, ordens, despachos, decisões interlocutórias, intimações, execuções, ou seja, formalidades a serem cumpridas que, pessoas de conhecimento ordinário distante do Direito, não possuíam por completo.

O princípio do *jus postulandi*, nesse contexto, atribuiu aos indivíduos a faculdade de ingressar na Justiça do Trabalho, recorrendo a sua tutela, independentemente de representação postulatória técnica de advogado. Por si só, esse é um princípio que, à época do surgimento da Justiça Trabalhista, combatia as limitações estatais fortemente difundidas na Era Vargas, possibilitando que o empregado reclamasse um direito de forma célere e descomplicada, em decorrência dos maus tratos e péssimas condições de trabalho. De acordo com Leite (2008, p. 401) o “*Jus Postulandi* é a capacidade de postular em juízo, por isso chama-se também de capacidade postulatória que é a capacidade reconhecida pelo ordenamento jurídico para a pessoa praticar pessoalmente e diretamente os atos processuais”.

52

Frise-se, o *jus postulandi*, conforme preceitua José Cairo Júnior (2016, pg. 245) nada mais é do que a capacidade que uma pessoa tem de postular em juízo sem precisar do auxílio do advogado.

Deixando o contexto doutrinário e passando para a esfera da positivação, encontra-se o princípio em estudo explicitado nos arts. 791 e 839 da CLT, *in verbis*:

Art. 791: Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final. Art. 839: A reclamação poderá ser apresentada: a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por seus representantes, e pelos sindicatos de classe; b) por intermédio das Procuradorias Regionais da Justiça do Trabalho.

A expectativa deste artigo é possibilitar a discussão referente à aplicação do *jus postulandi* na esfera trabalhista, bem como salientar que os anseios e necessidades sociais da época de criação da legislação trabalhista (CLT) não mais se identificam com os da sociedade atual, refutando, assim,

a tese de que para se conseguir demandar com celeridade e eficácia, basta que se faça de forma pessoal. Ao contrário do que possa parecer, o art. 791 da CLT é uma verdadeira “arma” se utilizada de forma displicente e dissociada de conhecimento técnico-jurídico, já que pode acarretar lesões irreparáveis no momento de reivindicações de direito. Por isso, na busca de uma pretensão jurídica, é razoável que se faça por meio de advogado constituído, capaz de acompanhar todos os desdobramentos processuais a respeito da demanda, assegurando os direitos e garantias constitucionais, por ora, existentes.

O objetivo desse artigo, portanto, é destacar a importância do acesso à justiça trabalhista e demonstrar as peculiaridades deste princípio em enfrentamento às novas exigências processuais trazidas com a Lei 13.467/2017.

2 ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO COM ÊNFASE NA LEI Nº 13.467/2017

A formação semântica *Ius Postulandi* deriva de uma locução latina que indica o direito de falar em nome das partes, no processo. A questão do *jus postulandi* e sua aplicação na Justiça do Trabalho sempre foi um tema extremamente delicado (desde sua instituição em 1943) e que gera diversas discussões doutrinárias nos dias atuais, especialmente com a implementação da denominada Reforma Trabalhista por meio da Lei nº 13.467/2017.

Aqueles que o defendem, reforçam a tese de que estaria o princípio assegurando e viabilizando o livre acesso do trabalhador ao Judiciário, especialmente aquele que não pode arcar com os honorários advocatícios, outro instituto, de fato, aplicável nos ditames processuais contemporâneos, inclusive na Justiça do Trabalho (artigo 791-A da CLT). Aqueles que defendem a extinção do princípio revelam que, diante da complexidade do Direito Material do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho, não mais seria possível a parte postular sem advogado, havendo claramente uma falsa impressão de acesso à justiça quando ocorre o deferimento à parte da capacidade postulatória (SCHIAVI, 2016, p. 332).

Com amparo nos dizeres acima, reforça-se a tese, cada vez mais contemporânea, de que a aplicação do *jus postulandi* não deve prevalecer na

esfera trabalhista. A partir da implementação da Emenda Constitucional nº 45/2004, as demandas na Justiça do Trabalho ganharam elevada complexidade, em vista do deslocamento de ações alheias à relação de emprego (até então mais simplórias), exigindo do processo do trabalho um aprimoramento na condução dessas demandas. A posição favorável à aplicação do *jus postulandi* vem estampada na lição de José Roberto Freire Pimenta (2005, p. 270-271):

É preciso observar, no entanto, que a possibilidade de atuar em Juízo pessoalmente tem sido tradicionalmente considerada como uma das mais importantes medidas de ampliação do acesso à justiça para os jurisdicionados em geral e uma das novas características positivas da própria Justiça Laboral, sendo no mínimo paradoxal que as pequenas causas de valor até 20 (vinte) salários mínimos, que nos Juizados Especiais Cíveis também não contam com o patrocínio obrigatório de advogados (art. 9º da Lei 9.099/95), passem a exigí-lo apenas porque passaram para a competência material da Justiça do Trabalho. Ademais, não se pode ignorar que até antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, em todas as causas não decorrentes da relação de emprego que já tramitavam na Justiça do Trabalho por força de norma legal expressa, sempre foram pacificamente tidos por aplicáveis tanto o disposto no *caput* do art. 791 quanto o referido entendimento jurisprudencial sobre os honorários advocatícios, sendo de se questionar se haveria motivos suficientes para tão significativa alteração.

Em que pese ao respeitável entendimento exposto, acredita-se, por toda a vasta pesquisa bibliográfica realizada no presente, que a parte assistida de advogado tem maiores possibilidades de alcançar êxito no processo, resguardando a aplicabilidade do princípio constitucional do livre acesso real à Justiça do Trabalho, bem como uma ordem jurídica justa e eficaz.

A legalidade da aplicação do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho constitui medida de excepcionalidade no Direito. Partes desassistidas no processo é fato excepcional e que deve ser visto com receio pelos demais juristas. No cotidiano da Justiça do Trabalho, identificar processos sem assistência de profissional do Direito é medida de raríssima exceção e que, quando em análise adequada, revela uma dificuldade demasiada na tramitação de tais processos, tanto para a parte sem procurador como para o representante e tomador dos serviços: a Justiça. Corroborando o anteriormente exposto, a lição de Francisco Antônio de Oliveira (2005, p.

667) reflete que:

Não se pode relegar ao oblívio que o processo do trabalho no seu estágio atual recebe sopro benfazejo dos ventos atualizantes para que possa cumprir a sua finalidade em consonância com uma nova realidade. E desconhecer essa realidade em constante efervescência é calcar-se no vazio e quedar-se em isolamento franciscano. A capacidade postulatória das partes na Justiça do Trabalho é ranço pernicioso originário da fase administrativa e que ainda hoje persiste em total discrepância com a realidade atual. O Direito do Trabalho constitui hoje, seguramente, um dos mais, senão o mais dinâmico ramo do direito e a presença de advogado especializado já se faz necessária. Exigir-se de leigos que penetrem nos meandros do processo, que peticionem, que narrem fatos sem transformar a lide em desabafo pessoal, que cumpram prazos, que recorram corretamente, são exigências que não mais se afinam com a complexidade processual, onde o próprio especialista, por vezes, tem dúvidas quanto à medida cabível em determinados momentos. E é a esse mesmo leigo formular perguntas em audiência, fazer sustentação oral de seus recursos perante tribunais.

O entendimento narrado retrata fielmente, com linguagem apurada e bastante técnica, a ideia deste trabalho. O professor relata que a fase atual do processo do trabalho não pode ser deixada ao esquecimento e relegada a ponto de ser negligenciada e mantida distante dos compassos da atualização processual, sendo esse fato, aliás, um ultraje frente às normas procedimentais e jurídicas do ordenamento pátrio.

Diante da celeridade – marcada pelos princípios da informalidade, oralidade e proteção – o Direito do Trabalho ganha destaque ímpar quando comparado a outras esferas judiciais e esse cenário reflete a necessidade de atuação vinculada de profissional do Direito (advogado) em representação às partes. Importante destacar, ainda, que, por vezes, o próprio causídico encontra óbice em determinados atos e ritos processuais referentes às lides trabalhistas, incorrendo no fato de que, para as partes, a produção desses atos, certamente, se tornaria um empecilho demasiadamente oneroso, culminando na falência do ato a ser praticado e, até mesmo, na perda do direito pleiteado.

O atual Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), após anos de estudos e avaliações para sua implementação, trouxe em seu bojo o art. 103, o qual dispõe que “a parte será representada em juízo por advogado

regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil”. Tal disposição, como se percebe, retrata que no processo civil as partes deverão estar assistidas por advogado legalmente constituído, sem que se faça menção a eventuais exceções, ainda que sabidas existentes.

No Processo do Trabalho, entretanto, esse dispositivo legal não se aplica em sua plenitude. A Instrução Normativa 39/2016, confeccionada pelo Tribunal Superior do Trabalho, tem a legítima função de identificar e dispor sobre os institutos do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis, inaplicáveis, ou aplicáveis com adaptações na Justiça do Trabalho. Especificamente em relação ao art. 103 do CPC, a Instrução Normativa em comento não se manifestou sobre sua aplicabilidade e não o fez em face do disposto no art. 791 da CLT, de modo que vigora o *jus postulandi* das partes.

Com o manifesto propósito de facilitar a prestação jurisdicional ao trabalhador, adotou o legislador critério diverso, acolhendo o chamado *jus postulandi* – direito de postular independentemente de advogado –, como expressamente estatui o art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho². De acordo com Almeida (2008, p. 67):

Embora o propósito do legislador tenha sido o de facilitar o acesso do trabalhador, economicamente sempre mais fraco que o empregador, ao juízo, o *jus postulandi* estende-se também a este último, que pode responder às ações que contra si sejam movidas ou propor as que lhe sejam próprias sem a necessidade da outorga de mandato a advogado.

Gize-se, nesse ponto, a corrente favorável capitaneada pelo mencionado doutrinador, no sentido de prevalecer o princípio do *jus postulandi* nas causas trabalhistas e de trazer benefícios aos litigantes. Outra questão relevante, e que se assemelha com a maioria dos doutrinadores que defendem a aplicabilidade do princípio, é a de que haveria uma facilitação do acesso à justiça por parte do trabalhador, parte hipossuficiente quando em comparação ao outro polo da demanda (empregador).

De fato, como já mencionado no presente trabalho, o acesso à justiça não se torna mitigado quando se sugere a extinção do *jus postulandi* nas demandas trabalhistas, visto que o acesso desmedido, solitário e

2 Art. 791 Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

impreciso das partes, sem advogados, não se torna medida de livre acesso, mas de acesso inócuo e obscuro.

Ainda, segundo Almeida (2008, p. 67), o princípio em estudo, apesar do argumento favorável apresentado pelo autor (livre acesso à justiça), não alcança, porém, litigantes ou interessados (terceiros) alheios ao processo, ou que tenham de alguma forma que intervir em defesa a direitos relacionados à turbação ou esbulho na posse de bens por qualquer espécie de ato de apreensão, constrição ou venda judicial decorrente dos instrumentos executórios do processo trabalhista, tais como: penhora, arresto, sequestro, alienação judicial, leilão, etc, e que, conseqüentemente, necessitarão da interposição de medidas judiciais próprias para a relativização e resguardo dessas propriedades.

Tais medidas, como por exemplo a propositura de embargos de terceiro, dependem de advogado constituído e refletem a necessidade, de antemão, de a ação já se iniciar regularmente constituída pelo profissional jurídico. Em suporte ao relatado, destaca-se entendimento de Schiavi (2016, p. 333):

Note-se, contudo, que a faculdade legal é restrita a empregados e empregadores, o que equivale a dizer que terceiros que ingressem no processo (terceiro embargante, o perito, o litisconsorte e outros que tenham legítimo interesse), que não sejam empregados e empregadores, não têm capacidade postulatória.

A definição do *jus postulandi*, conforme se explicitará no decorrer deste trabalho, depende do entendimento prévio de alguns conceitos entabulados na relação processual trabalhista. Conceitos estes que se demonstram pertinentes para análise global do princípio em estudo. Dentre eles, o de maior relevância para compreensão do princípio do *jus postulandi*, é o conceito de processo.

Sem maiores discussões doutrinárias, adota-se, para fins de análise dessa temática, o conceito de processo trazido pela doutrina de Dinamarco (2008, p. 131), segundo a qual estabelece que se trata de uma entidade complexa, sendo definido como o procedimento em contraditório, animado pela relação jurídica processual. Com isso, entre os sujeitos determinados do processo surgem relações diretas e vínculos capazes de gerar deveres, faculdades, poderes, ônus e sujeições destinadas ao deslinde da demanda e

à possibilidade de uma prestação jurisdicional efetiva (MIESSA, 2016, p. 949).

O *jus postulandi*, nesse contexto, é o princípio que visa garantir às partes o direito de postular em juízo e, em regra, é utilizado na justiça comum estadual e federal (juizados especiais) e na justiça do trabalho, independentemente da presença de advogado.

Ressalta-se que na Justiça do Trabalho, ao contrário do que se observa nos Juizados Especiais, o valor atribuído às causas não é critério de definição de competência, nem de limitador à utilização do *jus postulandi* – mas somente àquelas exceções trazidas pela Súmula nº 425³ do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, que trata da ação cautelar, ação rescisória, mandado de segurança e recursos de competência do próprio TST – isso porque independentemente do valor a ser discutido na esfera juslaboral, o trabalhador ou o empregador poderão pleitear seus direitos, mesmo se estiverem desacompanhados de procurador constituído. A questão referente à presença do advogado na Justiça do Trabalho é assim tratada por Carlos Henrique Bezerra Leite (2011, p. 411):

Vale dizer, se os sujeitos da lide não forem empregado ou empregador, não poderão, em linha de princípio, exercer o *jus postulandi*. Logo, para as ações trabalhistas não oriundas da relação de emprego a representação das partes por advogado, passará a ser obrigatória. Parece-nos que esse é o entendimento do TST, como se infere dos arts. 3º, § 3º⁴, e 5º⁵ da IN n. 27/2005, que dispõe sobre o procedimento a ser observado nos processos instaurados após a EC n. 45/2004.

Percebe-se do exposto que, para fins de pagamento de custas e honorários advocatícios nas ações que envolvam relação de trabalho (gênero), é aplicável o princípio da sucumbência recíproca, amplamente difundido no processo civil, demonstrando que a presença de advogado em tais demandas

3 Súmula 425 do TST: O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

4 Art. 3º, § 3º da IN 27/2005: Salvo nas lides decorrentes da relação de emprego, é aplicável o princípio da sucumbência recíproca, relativamente às custas.

5 Art. 5º da IN 27/2005: Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.

se torna obrigatória, já que a obrigação pelo pagamento de honorários pela “mera sucumbência”, como dispõe o art. 5º da IN 27/2005, pressupõe a existência de advogado constituído no processo.

Além disso, outra questão fundamental para que o *jus postulandi* continue a ser aplicado na Justiça do Trabalho diz respeito à edição da Súmula nº 329⁶ do Tribunal Superior do Trabalho. Esse dispositivo sumular trata da manutenção e aplicação do princípio em estudo mesmo após a promulgação e vigência da Carta Magna de 1988, não afrontando, em conclusão, o Texto Maior, a postulação das partes desvinculada de advogado.

Na mesma toada, o Supremo Tribunal Federal, em julgado de 2010 sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade⁷, decidiu que a capacidade postulatória, como regra destinada a advogado, não é obrigatória da esfera juslaboral, possibilitando, dessa maneira, que a obrigatoriedade de postulação por advogado – prevista no art.133 da Constituição Federal – não se aplicasse às lides trabalhistas.

Apesar da incontestável possibilidade de aplicação deste instituto jurídico, quando se analisa a sua efetividade aos casos concretos, nota-se a contradição que o princípio pode conferir ao possibilitar a simplicidade de acesso à justiça sem a presença de advogado. Sobre o mesmo princípio, há de se destacar que ele também confere uma imensa diferença de “armas” utilizadas no processo, ou seja, o autor (normalmente o empregado) busca um direito no Judiciário estando desprovido de conhecimento técnico, enquanto o réu (em regra, o empregador) é acionado à demanda devidamente representado e com advogado capaz de argumentar e debilitar os ataques do autor. Sobre o princípio, Carlos Henrique Bezerra Leite (2008, p. 401) salienta que

o *Jus Postulandi* nada mais é do que a capacidade de postular em juízo, também conhecida como capacidade postulatória, que é a capacidade reconhecida pelo ordenamento jurídico para a pessoa praticar pessoalmente, diretamente, atos processuais. Diferentemente do Processo Civil, em que a regra é a capacidade postulatória deferida monopolisticamente aos advogados, tratando-se de um pressuposto

6 Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

7 STF – ADI nº 1.127. Relatoria do Ministro Marco Aurélio. DJ 11.06.2010.

processual referente às partes que devem estar representadas por advogados, no Processo do Trabalho, o legislador permitiu que as partes de próprio punho postulassem em juízo, tornando-se desnecessário, no âmbito laboral, que estejam acompanhadas de advogado, conforme se infere do art. 791 da CLT, *in verbis*: Art. 791 Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

O *jus postulandi* conferiu uma grande evolução jurídica no que se refere ao acesso dos hipossuficientes ao Judiciário, fato extremamente importante e relevante para o momento em que a sociedade se encontrava, quando da implementação da Justiça do Trabalho. Sem embargo, diante das exigências processuais cada vez mais complexas na prática forense, mencionado princípio não pode continuar, segundo corrente doutrinária majoritária encampada por Maurício Godinho Delgado, sendo balizador das expectativas obreiras. Sobre o tema, Homero Batista Mateus da Silva (2010, p. 127) constata que:

A simplicidade do art. 791 não revela, nem mesmo após várias leituras, o maremoto que ele está a esconder faz mais de sessenta anos: ao afirmar que os empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente e acompanhar os processos até o final, eis que o dispositivo contemplou as partes com o exercício da capacidade postulatória, bem ao contrário do que sucede no âmbito do processo civil, em que a parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado (art. 103 do CPC/2015). Acreditava-se, inicialmente, que o artigo 791 não fosse apresentar força suficiente para sobreviver a tantas alterações legislativas e de comportamento, mas eis que está em vigor, com redação original de 1943, mesmo depois dos Estatutos da OAB de 1963 e 1994, do Código de Processo Civil de 1973 e de 2015 e da Constituição Federal de 1988. Sua morte foi anunciada várias vezes e teve de ser desmentida. A capacidade postulatória vive.

O autor constata a temeridade que o art. 791 da CLT carrega consigo ao possibilitar a atuação das partes desvinculada de profissionais habilitados. Remete ao fato de que, mesmo após diversas alterações legislativas – Estatuto da OAB de 1963 e 1994, bem como a implementação dos Códigos de Processo Civil de 1973 e 2015, além, é claro, do Instrumento Maior do ordenamento jurídico pátrio e da confecção da Lei nº 13.467/2017, o princípio regulamentado em 1943 com a Consolidação das Leis do Trabalho

de 1º de Maio, ainda está em vigor e plenamente aplicável às demandas trabalhistas, ainda que isso decorra em atuação extremamente temerária e preocupante quando em análise de aquisição dos direitos subjetivos das partes realmente lesadas.

Outro apontamento salutar a ser feito diz respeito à importância da observação dos princípios constitucionais quando invocados na justiça trabalhista. Essa relação, por certo, não é pacífica e move diversas discussões doutrinárias sobre a impossibilidade de revogação do princípio do *jus postulandi* em razão da possível obstrução do acesso à justiça, ou da obrigatoriedade de se ter um advogado constituído nas demandas para que se possa pleitear em juízo, mitigando assim o instituto do *jus postulandi*.

Reforça-se, aqueles que defendem a aplicação do *jus postulandi*, ainda vinculados a uma ideia retrógrada da época de institucionalização da Consolidação das Leis do Trabalho, remetem ao fato de que se estaria resguardando o direito constitucional ao livre acesso da justiça ao permitir que as partes postulassem de forma autônoma. Por outro lado, os que defendem a extinção do princípio, remetem ao fato de que a presença do advogado é condição essencial à administração da justiça e medida de segurança destinada a dar regular fruição aos andamentos processuais. Amauri Mascaro Nascimento (2010, p. 521/522) produz excelente reflexão sobre o exposto:

Há fundamentos que autorizam a continuidade da vigência do art. 791 da CLT, segundo o qual os empregados e os empregadores podem pessoalmente reclamar perante a Justiça do Trabalho e acompanhar até o final as suas reclamações. A inafastabilidade do acesso ao Judiciário, prevista pela Constituição Federal, art. 5º XXXIV, permite a todos o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa dos direitos. [...] Assim, enquanto e onde não está devidamente aparelhada a Defensoria Pública para prestar assistência judiciária gratuita, ficariam afetados esses direitos fundamentais com a extinção do *jus postulandi*, uma vez que o trabalhador não teria meios para reclamar em juízo. Há questões trabalhistas de valor econômico ínfimos, exemplificando-se com as ações de anulação de suspensão disciplinar e de advertência, não comportando honorários de advogados compatíveis com aquele que o profissional deve receber pelo seu trabalho. [...] Por outro lado, há diversos argumentos que favorecem a tese da obrigatoriedade da presença do advogado nos processos trabalhistas. Torna a comunicação com o

juiz mais fácil, uma vez que a sua capacidade técnica de traduzir o litígio em padrões jurídicos promove a adequada composição da lide e, conseqüentemente, a melhor solução segundo o ordenamento jurídico.

A relevância, portanto, de princípios constitucionais a serem observados no momento da propositura de uma ação faz com que as relações jurídicas entre operadores do direito, profissionais devidamente qualificados e instruídos fundamentalmente para realizarem os trabalhos perante a Justiça, se tornem mais constantes e homogêneas, fato que não se pode observar quando pessoas de conhecimento ordinário das leis adentram no universo jurídico-processual a pleitear direitos que, nem ao certo, sabem se possuem. O Texto Constitucional, sobre isso, procurou se manifestar em 1988 ao dispor no art. 133 que: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Ora, se referido princípio constitucional menciona que todas as esferas da justiça contarão com a presença de advogado, não seria salutar manter a Justiça do Trabalho distante do que preceitua o Texto Maior.

62

Dessarte, consoante o princípio do livre acesso à justiça, o princípio da indispensabilidade do advogado atribui às demandas um caráter extremamente formal e detalhista, mesmo que o ordenamento legal ainda confira traços de simplicidade ao processo do trabalho (em consonância aos princípios da oralidade, celeridade e informalismo), dignas de serem manipuladas por representantes devidamente qualificados e aptos ao bom exercício do direito. Nesse sentido, a implementação da Lei da Reforma procurou trazer melhoramentos, em tese, processuais, apesar da notória dificuldade e encargos onerosos atribuídos aos postulantes, a exemplo dos honorários de sucumbência aplicáveis a partir da vigência da mencionada Lei.

Não é porque prevalecem os princípios citados que os andamentos processuais acarretam o surgimento de demandas simplistas. Ao contrário, o processo trabalhista está cada vez mais complexo, em consonância às alterações legislativas atuais (especialmente com o CPC de 2015 e a Lei nº 13.467/17) e em obediência ao princípio da subsidiariedade amplamente difundido nos casos de omissão da CLT e desde que a norma a ser subsidiariamente aplicada não contrarie os alicerces e postulados maiores

previstos nos Instrumentos Trabalhistas (art. 769 da CLT)⁸.

Em verdadeiro contrassenso, o próprio Tribunal Superior do Trabalho, em reiteradas decisões, passou a não aplicar o *jus postulandi* nas ações de rito especial que tramitavam na Justiça do Trabalho, sob o argumento de que tais ações deveriam seguir o rito do processo civil. A exemplo, cita-se a ação rescisória em que a CLT, em seu artigo 836, é expressa em remeter ao procedimento do processo civil para seu deslinde (MIESSA, 2016, p. 950).

Como não bastasse a restrição estabelecida sobre o princípio, o TST também restringiu a aplicação do *jus postulandi* às causas nas Varas do Trabalho e nos Tribunais Regionais do Trabalho, como leciona a Súmula nº 425 em estudo. Isso quer dizer que a postulação recursal, em sede de Tribunal Superior do Trabalho, não pode ser exercida sem a presença de advogado, mitigando ainda mais, frise-se, a aplicação do art. 791 da CLT. O fundamento para tal posição do TST é de que às partes é possibilitado o acesso à justiça sem o advogado, nada mais (MIESSA, 2016, p. 950).

Recentemente, com a aprovação da Lei nº 13.467/2017, que altera substancialmente o Decreto-Lei nº 5.452/1943, houve uma grande especulação sobre a vigência do *jus postulandi* e sua real efetividade nas lides trabalhistas, muito se questionando se ainda vigoraria a aplicação desse princípio na esfera laboral. Ocorre que, mesmo após significativa alteração do texto da Consolidação das Leis do Trabalho, nada se mencionou a respeito do *jus postulandi*, fato que demonstra que ele ainda continuará sendo aplicado, mesmo depois de demonstrado o prejuízo que tal princípio reflete, especialmente ao trabalhador, parte hipossuficiente nas demandas nesse ramo do Direito.

Destaca-se que, segundo José Cairo Júnior (2016, pg. 245), a capacidade postulatória no processo do trabalho prejudica o trabalhador, visto que não possibilita o alcance dos principais objetivos que o processo se propõe a desvencilhar, que é devolver ao titular do direito tudo aquilo que tinha antes de ter sofrido uma lesão de natureza patrimonial, ou seja, o processo deve promover a restituição ou restauração integral do direito ou interesse que foi lesado.

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

O último ponto que merece destaque dentro do tópico do *jus postulandi* é aquele que se refere à implementação e vigência a partir de 11/11/2017 (ao fim do prazo de *vacatio legis*) da denominada “Reforma Trabalhista”. A Lei nº 13.467, de 14 de julho de 2017, alterou significativamente mais de 100 pontos da Consolidação das Leis do Trabalho, dentre eles inúmeros relacionados ao direito material do trabalho e ao direito processual do trabalho.

Entretanto, em análise prévia à implementação da Reforma, muitos doutrinadores, dentre eles Schiavi, acreditavam que essa seria a oportunidade perfeita para a extinção do princípio do *jus postulandi* e aplicação imediata da exigência de advogados nas causas trabalhistas, até mesmo porque as alterações propostas no Texto Trabalhista partiram de uma classe bem específica do Legislativo, influenciada por juristas, professores e juízes considerados de um setor elitista do Brasil, ou seja, detentores de capital.

64

O fato é que, mesmo com a implementação da Reforma por meio dessa classe privilegiada de pessoas – dentre elas o Juiz Marlos Augusto Melek (empresário, empreendedor, Juiz, aristocrata brasileiro) – o princípio do *jus postulandi* não teve afetação, nem sequer fora lembrado pela Reforma e continuará a vigor. Como o processo da transformação da legislação trabalhista ainda é muito recente, não há obras que tratam especificamente do ponto deste trabalho e, portanto, a matéria ainda é abordada de maneira singela pelos doutrinadores, limitando-se a pequenas manchetes e entrevistas vinculadas a instrumentos midiáticos de cunho jurídico.

Destaca-se, por fim, que a manutenção do *jus postulandi*, mesmo após a implementação da Reforma Trabalhista, não foi ao acaso. Esse princípio, como amplamente abordado, é que permite às partes pleitearem direitos desassistidas de advogado. Ora, evidente que para o grupo de interessados na criação dos pontos da reforma a manutenção do *jus postulandi* concedido ao trabalhador é mais vantajosa, processualmente falando, em razão de que, quanto mais ações desprovidas de assistência técnica existirem, maiores são as chances de o empresariado lograr êxito ao final do processo. Certamente, ao que se observa, o *jus postulandi* continuará em plena aplicação nas lides trabalhistas, embora seja instituto extremamente defasado e antiquado aos

moldes processuais que vigoram no Direito Brasileiro, em pleno século XXI.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Instituir uma Justiça Trabalhista com qualidade e eficácia é função básica dos futuros juristas e legisladores da nação, no entanto, esse papel deve ser exercido por todos os acadêmicos e estudiosos do direito, desde o início da formação acadêmica, já que em algum momento da carreira haverão de se depararem com a esfera juslaboral. Para que isso efetivamente ocorra, é fundamental que haja uma revisão paulatina e aprofundada sobre os conceitos e princípios que envolvem o ramo da Justiça do Trabalho, a começar pelo *jus postulandi*.

É fato notório, depois da ampla abordagem da pesquisa, que o princípio do *jus postulandi* obteve importância fundamental no início da instauração dessa esfera em estudo, possibilitando que os empregados (hipossuficientes da relação jurídica processual) pudessem adentrar ao Judiciário a fim de postular direitos violados. Pela decorrência do contexto histórico em que o princípio surgiu (Estado Novo – Era Vargas), há de se consagrar a evolução jurídica atribuída por conta da possibilidade de acesso à justiça independentemente de advogado. O Estado, extremamente opressor à época, não abria margens para demandas destinadas ao Direito do Trabalho e os trabalhadores, por consequência, permaneciam desamparados e submetidos aos mandos do empregador, que por óbvio, exigia muito, sem oferecer a devida contraprestação.

Da exposição da pesquisa, restou claro que o princípio constitucional do livre acesso à justiça, inafastabilidade da jurisdição ou ubiquidade não será mitigado ou sofrerá ofensas caso o *jus postulandi* das partes no processo do trabalho seja extirpado. Os resultados da pesquisa demonstraram que o livre acesso à justiça, por si só, desamparado de quaisquer outros elementos que o complementem (como a presença de advogado), não representa o seu efetivo conceito para o qual fora criado, ou seja, permitir simplesmente o livre acesso ao trabalhador, sem que este esteja amparado de representação postulatória técnica, afronta diametralmente o fim maior das premissas do Judiciário, qual seja: promover Justiça.

Da mesma forma, quando em análise ao princípio da Indispensabilidade do Advogado à administração da Justiça, foi possível perceber que a constitucionalidade do *jus postulandi* das partes na Justiça do Trabalho é, por certo, duvidosa quando em confronto com o artigo 133 da Constituição Federal. A Carta Maior é clara ao dispor que o advogado é indispensável à administração da justiça e não abre exceções em seu texto legal. As permissivas da aplicação do princípio trabalhista vieram posteriormente por meio de interpretações judiciais proferidas pelo STF e não poderiam continuar a vigorar. Tornar a presença do advogado em obrigatória frente as demandas trabalhistas é medida de salutar eficiência para que as partes sejam cada vez mais atendidas em seus direitos e possam, ao final dos processos, alcançarem por completo todos os direitos maculados no decorrer da relação contratual.

Continuar com a aplicação do *jus postulandi* das partes nas lides trabalhistas é medida que enfraquece as instruções processuais e o devido processo legal, fazendo com que as partes, ao final, deixem de resgatar direitos que, caso estivessem assistidas por profissional habilitado, seriam mais facilmente conquistados.

Em conclusão, o período histórico atual exige que novas reformas sejam feitas e assegurem, não só o pleno acesso à justiça, mas um acesso com qualidade, pautado em representação coerente, ou por parte do Estado com a implementação das Defensorias Públicas, ou por parte de advogado devidamente constituído e com habilitação profissional devidamente reconhecida pela Ordem. Só assim a Justiça do Trabalho será capaz de receber causas trabalhistas cada vez mais complexas e dinâmicas que, se designadas às partes, na maioria das vezes desprovidas de conhecimento técnico na área, certamente tenderão ao oposto do que se dispôs a assegurar: justiça.

Por fim, registre-se que a Lei 13.467/2017, responsável por inúmeras alterações no texto trabalhista, não foi capaz de apontar a defasagem dos artigos que ainda asseguram a postulação desvinculada das partes nas demandas trabalhistas, perdendo, assim, uma excelente oportunidade para assegurar o direito fundamental de representação técnica por advogado constituído e função essencial à boa implementação da justiça.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso prático de processo do trabalho**. 19. ed. revista atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 67-71.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, nota 9 da parte introdutória.
- BOMFIM, Benedito Calheiros. **O fim do jus postulandi na Justiça do Trabalho**. In: *Justiça do Trabalho: doutrina, jurisprudência, legislação, sentenças e tabelas*. Porto Alegre, v.26, n.306, p.13-16, jun. 2009.
- BOMFIM, Vólia Cassar. **Direito do Trabalho**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 50, 51, 99, 100, 129, 153, 154.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 569.
- BRASIL. **Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014**. Altera o capítulo IV da Constituição Federal – Das Funções Essenciais à Justiça. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm. Acesso em: 18 ago. 2014.
- _____. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza da Defensoria Pública da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm. Acesso em: 18 ago. 2014.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 425**. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, 30 de abril 2010. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-425> Acesso em: 18 de ago. 2014.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil** promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 18 ago. 2016.
- _____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 18 ago. 2016.
- _____. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em: 18 ago. 2016.
- _____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 18 ago. 2016.
- _____. **Projeto de Lei nº 3392/2004**. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=250056>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. **Projeto de Lei nº 6.787/2016**. (Reforma Trabalhista). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 14 maio 2017.

CAIRO JR., José. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2016.

CORREIA, Henrique. MIESSA, Élisson. **Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho comentadas e organizadas por assunto**. 6. ed. Bahia: Jus Podivm, 2016. p. 949-952.

CRUZ, Paulo Roberto da. **A impossibilidade da utilização do jus postulandi como fundamento para o indeferimento da Honorários de sucumbência nas causas trabalhistas que versem sobre a relação de emprego**. In: Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, v.34, n.132, p.124-138, out. 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **Justiça do Trabalho: 70 anos de justiça social**. In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, v.77, n. 02, abr./jun. 2011, p. 103-115.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 127-162.

68

DINAMARCO, Cândido Rangel *apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v.1, p. 131.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 462.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 65 - 66.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ius postulandi e honorários advocatícios na Justiça do Trabalho à luz da Emenda Constitucional nº 45/2004**. In: Revistas IOB Trabalhista e Previdenciária. S.l., s.e., ano 17, n. 208, out. 2006, p. 28-31.

_____. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 62, 63, p. 409-412.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 976 e 977; 1.055 a 1.179.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: 17. ed. Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 37.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Altas, 2001, p. 71.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 10.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São

Paulo: Saraiva, 2010, p. 1147.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 521-522.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Método, 2009, 3. ed. p. 362-364.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 2005, p. 667.

PEREIRA, Ana Flávia Loyola Antunes. **A inefetividade do acesso à justiça em razão do preconceito linguístico: análise crítica do *jus postulandi* no estado democrático de direito**. 2011. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 187.

PIMENTA, José Roberto Freire. **A nova competência da justiça do trabalho para lides não decorrentes da relação de emprego: aspectos processuais e procedimentais**. São Paulo: LTr, 2005, p. 270-271.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 139 e 141.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p. 36.

SAAD, Eduardo Gabriel. SAAD, José Eduardo Duarte. SAAD, Ana Maria Castello Branco. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 257.

SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. Renato Saraiva 5. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 814.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Manual de Direito Processual do Trabalho de Acordo com o Novo CPC**. 10. ed. São Paulo: LTr. 2016, p. 331 a 335.

SILVA, Fernando Antônio de Souza. **O direito de litigar sem advogado**. São Paulo: Renovar, 2007, p. 16.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso do Direito do Trabalho Aplicado - Processo do Trabalho**. 1.ed. São Paulo: Elsevier, 2010, p. 127.

THEODORO Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 540.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 142.

WATANABE, Kazuo *et al.* **Juizado especial de pequenas causas**: Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 128.

ZIMMERMANN NETO, Carlos F. **Direito do Trabalho**. 3.ed. São Paulo. Saraiva, 2007, p. 26-27.



POSSIBILIDADE DA CONDENAÇÃO DAS PARTES AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NO PROCESSO DO TRABALHO EM DEMANDAS AJUIZADAS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017 (LEI DA REFORMA TRABALHISTA): ANÁLISE PAUTADA NO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Bruna Cristina Poffo de Azevedo¹

Resumo: Este artigo buscou analisar a aplicação dos honorários sucumbenciais às demandas trabalhistas ajuizadas antes da vigência da Reforma Trabalhista, sob a ótica da boa-fé objetiva. A partir dessa premissa, abriram-se duas possibilidades: imediata submissão das partes às novas regras de sucumbência (teoria do isolamento dos atos processuais) ou aplicação do novo regramento somente para as demandas ajuizadas após a vigência da nova lei. Concluiu-se que as inovações, quanto aos honorários sucumbenciais, só podem ser aplicadas às ações propostas após a vigência da Lei nº 13.467/2017, uma vez que as partes devem ter ciência das implicações de propor ou contestar ações judiciais. Entendimento diverso resultaria em insegurança jurídica e frustração das expectativas que as partes mantêm perante os comportamentos do Poder Público.

71

Palavras-chave: Honorários sucumbenciais. Vigência da lei processual no tempo. Princípio da boa-fé objetiva. Lei nº 13.467/2017. Reforma trabalhista.

1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), aprovada em 13 de julho de 2017 pelo Congresso Nacional, entrou em vigor em 11 de novembro de 2017 com o pretexto de modernizar a Consolidação das Leis

¹ Servidora Pública Federal. Bacharela em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Pós-graduanda em direito do trabalho (AMATRA 12/FURB). bruna_cpa@hotmail.com.

do Trabalho e os contratos por ela regidos, provocando diversas alterações e inovações no direito material e processual do trabalho.

Com a vigência da nova legislação, surgiram diversas dúvidas sobre a sua aplicação. No campo processual, dos pontos que vêm provocando grande incerteza, destacam-se os honorários sucumbenciais, uma vez que, anteriormente à reforma, apenas em casos excepcionais havia a incidência de honorários nos processos que tramitavam perante a Justiça do Trabalho.

Parte das dúvidas gira em torno da aplicação das novidades às demandas que já tramitavam antes da vigência da referida legislação. Em situação semelhante, no processo civil, quando passou a vigorar o Novo Código de Processo Civil, foi aplicada a teoria do isolamento dos atos processuais.

Ocorre que nas lides trabalhistas existem peculiaridades que podem não permitir a pura e simples aplicação dessa teoria, tendo em vista que diversas das alterações promovidas causam um extraordinário ônus econômico para as partes. Igualmente, não é possível ignorar a existência de uma evidente desvantagem material do trabalhador em face do empregador.

72

Além disso, as decisões judiciais devem prezar pela segurança, previsibilidade e confiança nas relações jurídicas, sendo que a alteração da legislação processual enquanto já tramita o processo se trata de um elemento-surpresa. Recorde-se, ainda, que nos processos judiciais se faz necessária a observância do princípio da boa-fé objetiva.

Procurando contribuir para o debate, este artigo busca analisar a aplicação da referida legislação, sob a ótica do princípio da boa-fé objetiva, levando em consideração também as características específicas do processo trabalhista.

O tema mostra-se relevante, pois a aplicação ou não dos dispositivos alterados pela Reforma Trabalhista às demandas já propostas causa um excessivo ônus às partes, além de possivelmente provocar grande insegurança jurídica.

Não há como se formular, ao menos por ora, uma resposta definitiva. Entretanto, faz-se necessário avaliar as consequências da aplicação da referida legislação aos processos que já tramitam, considerando

os aspectos econômicos e processuais, sem deixar de lado os princípios que permeiam o Direito.

2 LEI PROCESSUAL NO TEMPO

O direito processual civil pode ser conceituado como “o conjunto de padrões normativos relativos ao processo civil” (LUNARDI, 2017, p. 59), abarcando tudo que compõe o sistema jurídico-processual civil, inclusive a jurisprudência, princípios, precedentes e súmulas.

No Brasil, a maior parte da legislação processual concentra-se no Código de Processo Civil (CPC), que também é aplicado supletiva e subsidiariamente aos processos eleitorais, administrativos e trabalhistas, na ausência de normas específicas (art. 15 do Código de Processo Civil).

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) também previu de maneira expressa, em seu art. 769, a aplicação subsidiária do direito processual comum, desde que compatível com os princípios e características específicas do processo do trabalho. Trata-se de uma previsão mais restritiva que a do novo CPC, exigindo, concomitantemente, ausência de norma específica e compatibilidade com o processo do trabalho.

Nesse aspecto, e adotando uma posição mais tradicional, Leite (2016, p. 40) não admite a aplicação desmedida e automática de normas do processo comum no processo do trabalho, mas sustenta um diálogo entre as normas processuais, a fim de evitar o isolamento dos microsistemas de acesso à justiça.

Recentemente, em março de 2016, entrou em vigor o novo Código de Processo Civil, que revogou o antigo Código, de 1973. Em novembro de 2017, passou a vigorar a Lei no 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), que alterou substancialmente a CLT e, conseqüentemente, o direito material e processual do trabalho.

Como ponto em comum, as duas leis foram responsáveis por implementar drásticas mudanças no ordenamento jurídico, levantando, por consequência, diversos questionamentos sobre a aplicação de suas novas disposições.

Acerca da eficácia das leis processuais, predomina o entendimento de que as normas sobre direito processual, em regra, possuem eficácia imediata, aplicando-se a todos os processos em curso e não só àqueles iniciados após a vigência da respectiva lei, vedando-se a aplicação aos atos já praticados na vigência do diploma processual revogado. Trata-se da conhecida regra de isolamento dos atos processuais.

Em relação à norma processual, a Lei no 13.105/2015 (novo CPC) previu de maneira expressa, em seu art. 14, que “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

Sobre a aplicação da lei processual trabalhista, Garcia (2017, p. 374) salienta que:

Da mesma forma, no Direito Processual do Trabalho, ao entrar em vigor as novas disposições processuais, há a sua aplicação não apenas quanto aos processos que se iniciem daí em diante, mas também aos processos trabalhistas já em andamento (pendentes), no que se refere aos atos processuais ainda não praticados.

Portanto, não há dúvidas de que a lei processual se aplica imediatamente, restando a salvo os processos e atos já consolidados sob a égide da lei anterior. Também não há dúvidas de que a nova lei se aplica integralmente aos processos iniciados a partir de sua vigência. A controvérsia reside, então, na aplicação da nova lei aos processos pendentes, principalmente quando a nova legislação modifica de forma substancial o cenário jurídico entre as partes, tal como a Lei da Reforma Trabalhista, que expôs o reclamante a grande e desproporcional risco em decorrência das novas regras processuais (GARCIA, 2017, p. 374).

Também em relação às mudanças na legislação processual enquanto o processo tramita, Silva, F. L. (2017, *online*) observa que:

Neste ponto, importante a invocação da Teoria dos Jogos em âmbito processual. Segundo esta teoria, ao se compreender o processo como um jogo, em que também são esperados comportamentos de cooperação, disputa e conflito, em que o resultado não depende somente do fator sorte, mas da performance dos jogadores em face do Estado-Juiz.

(...)

Portanto, é imprescindível que parte tenha ciência das consequências jurídicas do ajuizamento do processo ou da defesa apresentada, com a possibilidade de previsibilidade para avaliação das condutas processuais a serem adotadas.

Portanto, embora as normas processuais tenham eficácia imediata e, em regra, sejam aplicadas aos processos em trâmite, há exceções.

Tais exceções existem porque nenhum dispositivo do nosso ordenamento jurídico pode ser interpretado de modo apartado da Constituição, que reconhece a situação de desvantagem material do trabalhador em face do empregador. Em diversos dispositivos constitucionais é possível identificar que o legislador estipulou garantias ao empregado, como no inciso I do art. 6º ao prever a proteção do emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, e até mesmo no art. 170, que dispõe que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, pautando-se nos ditames da justiça social.

Os artigos acima mencionados revelam apenas alguns exemplos de como a hipossuficiência do trabalhador foi reconhecida pelo constituinte. Nesse aspecto, ante a relevância desse reconhecimento, não é possível ignorá-lo; caso contrário, corre-se o risco de interpretar a legislação infraconstitucional em desacordo com a Carta Constitucional, o que subverteria a lógica do ordenamento jurídico brasileiro, no qual se deve prezar pelo respeito à Constituição, e também pela segurança, previsibilidade e confiança nas relações jurídicas, processuais ou não.

75

3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E PROCESSO JUDICIAL

A ideia de boa-fé (*bona fides*) foi construída pelo Direito Romano, sendo tratada como “antes um conceito ético do que propriamente uma expressão jurídica da técnica” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 189).

Posteriormente, o Direito Alemão desenvolveu uma outra noção de boa-fé, traduzida “na fórmula do *Treu und Glauben* (lealdade e confiança),

regra objetiva, que deveria ser observada nas relações jurídicas em geral” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 189).

Modernamente, a doutrina nacional conceitua a boa-fé como um princípio de fundo ético, revelando-se “um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 190).

Feita essa sucinta conceituação, faz-se necessária a distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva, consistindo a primeira em uma “situação psicológica, um estado de ânimo ou espírito do agente”, enquanto a boa-fé objetiva tem natureza de princípio jurídico, tratando-se de regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 413).

Assim, “não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo)” (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 106), pois, enquanto a boa-fé subjetiva refere-se aos indivíduos e às suas intenções/vontades, a boa-fé objetiva, que é o objeto de estudo do presente artigo, impõe determinadas regras que devem ser observadas por todos, ganhando traços de norma cogente.

O princípio da boa-fé é tradicionalmente lembrado como norteador das relações privadas, sendo fundamental a sua observação nas relações contratuais, como aquelas regulamentadas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) e pelo Código Civil (CC), havendo expressa determinação para sua observância nos arts. 113 e 442 do CC. Porém, a aplicação da boa-fé não se restringe a tais relações, devendo ser adotada também nos processos judiciais.

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu expressamente a aplicação do princípio da boa-fé objetiva na relação jurídico-processual:

É imperiosa a proteção da boa-fé objetiva das partes da relação jurídico-processual, **em atenção aos princípios da segurança jurídica, do devido processo legal e seus corolários – princípios da confiança e da não surpresa** – valores muito caros ao nosso ordenamento jurídico. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2012, *online*, grifei)

Da mesma forma, o Supremo Tribunal Federal reconhece a observância do princípio da boa-fé, considerando-o corolário do devido processo legal:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que delem participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2006, *online*, grifei)

Da análise das decisões acima transcritas extrai-se que, embora o princípio da boa-fé não esteja expresso na Constituição Federal (CF), a jurisprudência o trata como corolário dos princípios constitucionais da segurança jurídica e do devido processo legal. Além disso, informa que a observância da boa-fé, da lealdade e das regras procedimentais é uma das exigências para a concretização do *fair trial*, que é uma das vertentes do devido processo legal, visando impedir que as partes abusem do direito processual, pratiquem atos contraditórios e hajam de maneira temerária.

Segundo Ludarni (2017, p. 74), o devido processo legal está previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, dividindo-se em devido processo legal formal, que é processo de acordo com a legislação processual, e o devido processo legal substancial, que equivale ao princípio da razoabilidade.

Cabe destacar que este princípio tem inspiração na Emenda n.º 5 à Constituição dos EUA, que estabelece que ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal (LUNARDI, 2017, p. 74). Para Didier Junior (2016, p. 111), nos países do *common law*, o devido processo legal (*due process of law*) é comumente utilizado como fundamento

para impedir comportamentos temerários e garantir um julgamento justo (*fair trial*).

A segurança jurídica, princípio expresso no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, também possui estreita relação com o princípio da boa-fé, pois visa primordialmente propiciar a estabilidade nas relações jurídicas, traduzindo a confiança e a legítima expectativa das partes, sendo que a sua adoção pelo ordenamento jurídico garante que “os efeitos esperados de negócios jurídicos celebrados de boa-fé entre os cidadãos possam ser produzidos e por eles usufruídos em sua inteireza” (SODRE, 2016, p.88).

O respeito à segurança jurídica é de suma importância, inclusive nas relações mantidas entre a Administração Pública e os administrados, traduzindo-se na “redução da incerteza no âmbito da conduta dos sujeitos que atuam na sociedade” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1243). Justen Filho (2016, p. 1245) defende que o particular possui a legítima expectativa que o Estado atue de acordo com a legalidade, moralidade e boa-fé, podendo confiar na atuação estatal.

78

Feitas essas considerações acerca da relação entre o princípio da boa-fé objetiva e os princípios do devido processo legal e da segurança jurídica, não se pode esquecer as observações tecidas por Theodoro Junior (2017, p. 79), que sustenta ter a boa-fé a natureza de um princípio geral, “disseminado por todo o ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito, organizado pela Carta de 1988”.

Sob tal ótica, não se pode sustentar que a aplicação da boa-fé objetiva deve ficar restrita a determinado “ramo” do direito, seja ele processual ou material, sob pena de ofensa à Constituição Federal, que fundou o Estado Democrático de Direito.

Não é demais lembrar, nessa ordem de ideias, que a divisão do direito em “ramos” é artificial e tem fins meramente didáticos. Em verdade, o direito é uno, com a pretensão de ser um sistema coerente, completo e autorreferente, mas também aberto a influências externas.

Buscando consolidar a necessidade de observância da boa-fé objetiva nas relações jurídico-processuais, recentemente passou a vigorar o novo CPC, que inovou ao determinar expressamente em seu art. 5º que

“aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Acerca de tal artigo, Didier Junior (2016, p. 106) reitera o entendimento de que se trata de boa-fé objetiva, nos seguintes termos:

Não existe princípio da boa-fé subjetiva. O art. 5º do CPC não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito processual: **trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada**, independentemente da existência de boas ou más intenções. (grifei)

Logo, a boa-fé deve ser tratada como um princípio geral do direito, não se restringindo a sua aplicação ao direito civil ou processo civil, ainda segundo Lunardi (2017, p. 87, *apud* MARTINS-COSTA, 2002, p. 199) “a boa-fé objetiva também tem grande importância como fonte de integração de normas e como vetor interpretativo”, sendo esta última vertente também consolidada pelo CPC ao prever que as decisões judiciais e os pedidos devem ser observados de acordo com o princípio da boa-fé (§2º do art. 322 e §3º do art. 489, respectivamente).

79

Como se vê, o princípio da boa-fé objetiva é uma verdadeira norma que traça padrões de comportamento a serem observados pelas partes, devendo todos aqueles que participam do processo proceder de maneira ética e leal na busca de um julgamento justo (*fair trial*) e assim, respeitar os princípios constitucionais que regem as relações processuais jurisdicionais e administrativas.

4 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (ASSISTENCIAIS, CONTRATUAIS E SUCUMBENCIAIS) NO PROCESSO DO TRABALHO

No art. 20 do CPC de 1973, que foi revogado pela a Lei no 13.105/2015 (novo CPC), havia a previsão de que a parte vencida seria condenada “a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”, embora não fosse usada a expressão “honorários sucumbenciais”.

Assim, além de ser condenada ao pagamento da obrigação principal, a parte vencida ainda era responsável por reembolsar a parte

vencedora pelas despesas que realizou em decorrência do processo, inclusive honorários, servindo os honorários advocatícios sucumbenciais para “impor que a parte perdedora reembolsasse a parte vencedora pelo valor que teve de pagar para o seu advogado” (LUNARDI, 2017, p. 564).

Lunardi (2017, p. 564) observa que, inicialmente, os honorários sucumbenciais eram destinados à parte vencedora, e não ao seu advogado, a fim de reembolsá-la pelos valores despendidos com seu procurador. Posteriormente, o Estatuto da OAB (Lei no 8.906/1994) estabeleceu que os honorários sucumbenciais fossem destinados ao advogado, consolidando o que já vinha ocorrendo na prática.

Tal imposição legal não ficou imune às críticas. Nesse sentido, Dinamarco (2003, p. 672) defende que:

Embora a responsabilidade do vencido pelos honorários do advogado do vencedor esteja inserida no sistema como autêntico *reembolso* destinado a evitar desfalques ao patrimônio daquele que tinha razão (Chiovenda), o Estatuto de Advocacia estabelece que eles *pertencem ao advogado* (art. 23) e confere a este legitimidade *ad causam* para promover execução forçada relativa a tais honorários, em nome próprio (tal é o *direito autônomo* incluído pelo art. 23).

[...]

Interpretados de modo radical e fora do sistema esses dispositivos conduziram, porém, a soluções injustas e incompatíveis com os objetivos que legitimam o próprio instituto dos *honorários da sucumbência*.

Seguindo a mesma linha do Código anterior, o art. 84 do CPC de 2015 previu que a sentença “condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”. Deixou expresso que tal verba pertence aos advogados, possuindo natureza alimentar, não sendo possível a sua compensação no caso de sucumbência recíproca, além de também ser devida aos advogados públicos.

Em contrapartida, os honorários contratuais não decorrem da lei, mas, como o próprio nome já antecipa, da própria vontade das partes. São os honorários devidos em decorrência do contrato firmado entre o advogado e o seu cliente, a fim de remunerar o trabalho do procurador.

Antes da Reforma Trabalhista, a Súmula nº 219 do TST era

responsável por disciplinar a aplicação de honorários advocatícios no processo do trabalho. Pereira (2011, p. 249) enumera as seguintes características extraídas da Súmula: 1) os honorários advocatícios não decorrem da mera sucumbência; 2) para a condenação ao pagamento de honorários advocatícios, faz-se necessária a cumulação de dois requisitos: assistência por sindicato + benefício da justiça gratuita; 3) a condenação limita-se a 15%.

Tais honorários foram instituídos pela Lei nº 5.584/1970, sendo destinados à entidade sindical que prestasse assistência judiciária a trabalhador integrante da categoria, razão pela qual foram qualificados como assistenciais, como bem esclarece Teixeira Filho (2015, p. 106).

No processo do trabalho a aplicação dos honorários sucumbenciais, até a edição da Lei nº 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista), era restrita, consequência da mera sucumbência apenas em casos excepcionais.

Também havia a previsão de incidência de honorários sucumbenciais em lides que não derivassem da relação de emprego e nas ações rescisórias, nos termos da Súmula nº 219, itens II e III. Em 2016, a referida Súmula foi alterada para adequar-se ao novo CPC, que traçou parâmetros diferenciados para a condenação da Fazenda Pública no tocante ao pagamento de honorários.

Cabe a ressalva de que, desde antes da edição da Lei nº 13.467/2017, existiam entendimentos contrários ao do TST, como o do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, que, por meio da Súmula no 61, previa que, “Atendidos os requisitos da Lei nº 1.060/50, são devidos os honorários de assistência judiciária gratuita, ainda que o advogado da parte não esteja credenciado pelo sindicato representante da categoria profissional”. Tal verbete, contudo, foi cancelado pelo Pleno do referido Tribunal em 18-9-2017 (TRT-4, 2017, *online*).

A diferença entre a incidência de honorários no processo civil e no processo do trabalho era consequência do *ius postulandi*, previsto no art. 791 da CLT, que traduz a possibilidade de as partes litigarem sem a assistência de advogado, em lides envolvendo questões relacionadas à relação de emprego. Com isso, evidencia-se que nas ações que não versam sobre relação de emprego sempre foram devidos os referidos honorários.

Reforçando essa conclusão, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que teve entre os seus objetivos a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, o TST editou a Instrução Normativa nº 27, em 16 de fevereiro de 2005, versando sobre normas procedimentais, em decorrência da ampliação da competência.

Tal Instrução Normativa (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, 2005) deixou expresso o cabimento da sucumbência recíproca relativamente às custas e aos honorários advocatícios às lides que não versem sobre relação de emprego, nos seguintes termos:

Art.3º Aplicam-se quanto às custas as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho.

[...]

§ 3º Salvo nas lides decorrentes da relação de emprego, é aplicável o princípio da sucumbência recíproca, relativamente às custas.

[...]

Art. 5º Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.

Ampliando a aplicação dos honorários sucumbenciais, a nova legislação introduziu o art. 791-A na CLT, que prevê:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Tal artigo, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, inovou ao ampliar a incidência dos honorários sucumbenciais a todas as lides submetidas à competência material da Justiça do Trabalho, passando a CLT “a ser fonte primária e indiscriminada de regência jurídica da incidência de honorários sucumbenciais na processualística laboral” (SOUZA JÚNIOR *et al.*, 2017, p. 376).

No entanto, feitos os esclarecimentos acima, verifica-se, de fato, que a Reforma Trabalhista não inovou ao prever a incidência de honorários sucumbenciais no processo trabalhista, mas apenas ampliou as hipóteses de seu cabimento, conforme entendimento de Souza Junior *et al.* (2017, p.

374):

A Lei nº 13.467/2017 não inova ao fazer incidir honorários sucumbenciais no processo do trabalho. Em verdade, as lides não decorrentes de relações jurídicas empregatícias já eram sujeitas a esse regime desde a ampliação dos horizontes competenciais da Justiça do Trabalho com o advento da EC nº 45/2004 (IN TST nº 27/2005, art. 5º, Súm. nº 219, item III, parte final, do TST). Para essas situações, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência submetia-se à inteira disciplina do CPC (Súm. nº 219;IV).

A aplicação indiscriminada de honorários sucumbenciais nas ações que tramitam na Justiça do Trabalho foi alvo de diversas críticas, consolidando-se como um dos pontos mais polêmicos produzidos pela Reforma. Muitas entenderam que tal ampliação aproximaria indevidamente o processo do trabalho e o processo civil, sendo ignorada a autonomia de tal ramo do direito, enquanto seus defensores sustentam que seria uma forma de coibir a proposição de lides temerárias, vez que tal dispositivo, juntamente com outras disposições introduzidas pela Reforma, torna o processo do trabalho mais oneroso às partes.

83

Acerca da perda da autonomia do processo trabalhista, Silva, H. B. M. (2017, p. 140) argumenta que:

A inauguração dos honorários de sucumbência no processo do trabalho é um divisor de águas, uma quebra de paradigma, um momento decisivo em sua história – e, para muitos, o início do fim do processo do trabalho como um ramo autônomo, que procurava sua afirmação dogmática. Como dissemos em outras passagens neste livro, aos poucos a identidade do processo do trabalho foi perdida. [...] Em rigor, ele não poderá desaparecer jamais porque somente ele poderia ou poderá buscar o equilíbrio entre partes sabidamente desiguais: sua razão de ser é precisamente atuar em relação assimétrica, como a relação de emprego. **Sustentar a assimilação do processo do trabalho ao processo civil equivale a sustentar a assimilação do direito do trabalho a o direito civil, recuando ao Século XIX.** (grifei)

Da leitura do trecho transcrito é possível verificar a preocupação do jurista com a perda da autonomia do processo do trabalho e seus efeitos maléficos para a sociedade, destacando a relação assimétrica existente entre aqueles que litigam na Justiça Trabalhista.

A par das pertinentes críticas existentes, a realidade é que os honorários advocatícios, a partir da Reforma, são devidos por ambas as partes, pela mera sucumbência. Resta saber, e o tempo dirá, se esse novo ônus econômico inibirá a litigância temerária e quais serão seus reais efeitos.

Um dos desdobramentos práticos que se pode antecipar diz respeito aos honorários contratuais. Com o advento dos honorários advocatícios pela mera sucumbência, a tendência é que haja uma redução dos honorários contratuais, a fim de compensar o possível ganho decorrente do êxito na ação trabalhista, o que, a princípio, pode ser benéfico para o empregado.

5 HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NO PROCESSO DO TRABALHO E LEI Nº 13.467/2017

Conforme analisado no tópico anterior, a ampla aplicação dos honorários sucumbenciais foi consolidada pela Reforma Trabalhista, havendo superação, ao menos em parte, da Súmula no219 do TST.

84

Em relação à interpretação e à aplicação dos artigos introduzidos e/ou modificados pela Reforma Trabalhista, Delgado M. G. e Delgado G. N. (2017, p. 297) sustentam que deve ser observado o método interpretativo sistemático, ou seja, deve-se compreender um conjunto normativo mais amplo que permeia o direito do trabalho, destacando a Constituição Federal, e não apenas a legislação trabalhista infraconstitucional, nos seguintes termos:

Esse conjunto normativo, de outro lado, é igualmente composto por normas jurídicas superiores, mas que também formam um universo normativo sistêmico e referencial para a regra jurídica ou o diploma normativo interpretados. Trata-se, conforme se conhece, **da Constituição da República que, em seu conjunto harmonioso, técnico, coerente e progressista, buscar instaurar um Estado Democrático de Direito no País, instituindo também princípios humanísticos e sociais fortemente conectados entre si**, além de inserir os direitos individuais e sociais trabalhistas no rol privilegiado dos direitos individuais fundamentais da pessoa humana. (grifei)

Igualmente, os referidos autores alertam que a interpretação literal do art. 791-A da CLT pode inviabilizar o direito e a garantia constitucional da justiça gratuita e do acesso à justiça, “em decorrência dos elevados riscos

econômico-financeiros que passam a envolver o processo judicial trabalhista” (DELGADO M. G.; DELGADO G. N., 2017, p. 329).

Outrossim, Abreu (2016, p. 288) esclarece que o ordenamento jurídico deve proporcionar aos cidadãos os meios necessários para que as partes litiguem de maneira igual, promovendo o equilíbrio entre as partes desiguais e viabilizando o acesso à justiça.

Contrariamente a esta ideia de ponderação proposta por diversos autores, parte da doutrina defende a utilização do sistema do isolamento dos atos processuais, tal como ocorreu quando passou a vigorar o Novo CPC. Nesse sentido, o magistério de Souza Júnior *et al.* (2017, p. 518):

O Direito brasileiro guia-se pelo sistema do isolamento dos atos processuais nas definições de direito intertemporal. **De regra, pois, as normas processuais trabalhistas estabelecidas na Lei nº 13.467/2017 aplicam-se aos processos em curso.** Tal entendimento se coaduna com o disposto no art. 14 do CPC, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho via art. 15 do mesmo diploma legal: “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”. (grifei)

85

Também em defesa da autoaplicabilidade da legislação processual, Silva, H. B. M. (2017, p. 140 - 141) sustenta que, em relação às despesas processuais e à sucumbência, determinados argumentos usados para afastar a sua aplicação imediata não são jurídicos:

[...] são autoaplicáveis no processo do trabalho:

[...]

f) o sistema de despesas processuais e de sucumbência recíproca (arts. 789, 790, 790-B, 791-A e 844, §2º); este item certamente será o mais debatido e, para muitos, o mais amargo; **embora o trabalhador possa argumentar que não teria ajuizado a ação se soubesse que a lei aumentaria o rigor das despesas processuais e se soubesse do abalo sofrido pelo princípio da gratuidade do processo do trabalho, estes argumentos não são jurídicos; a parte não dá início ao processo para ser sucumbente, de modo que o vasto campo das despesas processuais somente tangencia o direito adquirido no momento da derrota;** (grifei)

Em análise superficial, aplicar o isolamento dos atos processuais

parece uma solução adequada e reveste-se de plausibilidade. Ocorre que, ao compatibilizar-se as alterações promovidas pela nova lei com todo ordenamento jurídico e com as características específicas que norteiam o direito material e processual do trabalho, especialmente as decorrentes da Constituição Federal, tal solução não parece a mais indicada.

Da mesma forma, embora haja lógica na alegação de que muitos argumentos não são jurídicos, as lides que chegam ao Poder Judiciário vão muito além do processo, possuindo diversas repercussões na vida daqueles que litigam, inclusive econômica, não sendo possível ignorar tal fato.

A título de exemplo, pode-se mencionar como o STJ posicionou-se anteriormente em situações semelhantes:

FGTS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 29-C DA LEI 8.036/90. MEDIDA PROVISÓRIA 2.164-40/01. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O art. 29-C da Lei 8.036/90, introduzido pela Medida Provisória 2.164-40/2001 (dispensando a condenação em honorários em demandas sobre FGTS), é norma especial em relação aos arts. 20 e 21 do CPC e somente se aplica às ações ajuizadas após a sua vigência, que se deu em 27.07.2001. Precedentes da 1ª Seção e das Turmas. 2. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2011, *online*)

No caso antes mencionado, discutia-se a incidência de honorários sucumbenciais nos processos que já tramitavam antes da vigência da Medida Provisória (MP) no 2164-41 de 2001, uma vez que tal MP passou a prever de maneira expressa no art. 29-C a dispensa da condenação ao pagamento de honorários nas ações entre o órgão gestor do FGTS e os titulares de contas vinculadas.

Em decorrência da grande quantidade de ações que chegaram ao Judiciário versando sobre tal tema, foi reconhecida a repercussão geral e posteriormente foi proferida a decisão acima transcrita, que determinou que o art. 29-C da Lei no 8.036/90 é norma especial em relação aos arts. 20 e 21 do CPC de 1973, somente se aplicando às ações ajuizadas após a sua vigência, que se deu em 27-7-2001.

Nesse contexto, observa-se que se trata da mesma situação decorrente da Reforma Trabalhista, só que ao inverso, prevalecendo a tese

de que o artigo 29-C é norma especial em relação ao regramento previsto no CPC.

Pode se interpretar que o referido julgado buscou respeitar a legítima expectativa dos advogados, partes e da sociedade de uma maneira geral, uma vez que não havia qualquer restrição à condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais antes da edição da MP, aplicando-se a regra geral.

Em suma, foram preservadas as condições existentes no momento em que a ação foi proposta, pois a sociedade espera determinados comportamentos do Poder Público, inclusive do Judiciário, que deve decidir de maneira coerente e ética, de acordo com a boa-fé objetiva.

Constatando-se que o Poder Judiciário e as partes se submetem ao “dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade”, que nada mais é que o reconhecimento do princípio da boa-fé objetiva, que encontra respaldo na Constituição Federal, irradiando-se para todo o sistema normativo (THEODORO JUNIOR, 2017, p. 80).

87

Ademais, como já mencionado no tópico 2 desse artigo, a alteração da norma processual durante o processo, segundo a Teoria dos Jogos, implica uma mudança inesperada das “regras do jogo”, o que, em um processo democrático, não pode ser admitido, pois as partes, antes mesmo de ajuizar a ação ou de apresentar defesa, têm direito de saber as possíveis consequências e desdobramentos dos seus atos.

Da mesma forma, não se pode ignorar que a sentença é mera consequência lógica do processo, ou seja, a partir da petição inicial, a parte ré apresenta defesa e, posteriormente, com base nas alegações das partes, são produzidas as provas que servirão ao convencimento motivado do juiz.

Logo, a petição inicial é o marco que fixa as regras que serão aplicadas a determinado processo, não podendo a sentença, que é apenas um reflexo das peças e do conjunto probatório construído pelas partes, aplicar regra diversa.

Por fim, poder-se-ia argumentar que, após a publicação da Lei nº 13.467/2017, em 13 de julho de 2017, e antes de sua vigência, a partir de 11 de novembro de 2017, não haveria mais o elemento-surpresa. Ocorre

que antes de a lei entrar em vigor não surte efeitos, existindo uma mera expectativa, pois a legislação poderia ser revogada antes mesmo da sua vigência, e nesse período poderia ocorrer o perecimento de direitos atingidos pela prescrição.

Não é demais recordar que antes mesmo da vigência da Reforma o Poder Executivo anunciou a edição de Medida Provisória (MP) para “ajustes” em determinados pontos da legislação aprovada, causando mais insegurança e incertezas.

De fato, a MP prometida pelo Poder Executivo foi editada em 14-11-2017 sob o nº 808. Ressalva-se que a referida Medida Provisória perdeu a eficácia em 23-04-2018, por não ter sido convertida em lei, cabendo ao Congresso Nacional disciplinar, por meio de decreto legislativo, as relações jurídicas dela decorrentes da aplicação da referida Medida Provisória e do seu cancelamento, nos termos do §3º do art. 62 da Constituição Federal. Essas circunstâncias, no entanto, não alteraram as novas regras relativas à sucumbência.

88

A incidência dos efeitos processuais decorrentes da nova legislação apenas para as ações ajuizadas a partir de 11-11-2017, de fato, traduz-se em situação peculiar, diversa do que ocorreu com o novo CPC, decorrendo da “aplicação dos princípios constitucionais da segurança e da igualdade em sentido formal e material, além do próprio conceito fundamental de justiça” (DELGADO M. G.; DELGADO G. N., 2017, p. 371-372).

Porém, essa interpretação encontra respaldo na ideia de Estado Democrático de Direito, que está difundido em toda a Constituição Federal de 1988, que preza pela defesa de direitos e garantias individuais, defesa dos direitos humanos, além de possibilitar a segurança nas relações jurídicas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 791-A da CLT, introduzido na CLT pela Reforma Trabalhista, passou a prever a incidência de honorários sucumbenciais de forma ampla a todos os processos que tramitam perante a Justiça do Trabalho. Antes da vigência da Lei nº 13.467/2017, o TST já havia editado a Instrução Normativa nº 27/2005, que versa sobre normas procedimentais,

incluindo a incidência de honorários nas lides trabalhistas após a ampliação da competência da Justiça do Trabalho por meio da Emenda Constitucional nº 45.

Uma das motivações para a aplicação de honorários sucumbenciais na Justiça do Trabalho foi a tentativa de evitar a propositura de lides temerárias, uma vez que o processo fica evidentemente mais oneroso economicamente.

O cerne da questão reside em verificar se há incidência de honorários nas lides que já tramitavam antes da vigência da nova legislação. Em decorrência do agravamento das consequências do processo às partes, tais questionamentos serão amplamente debatidos no Poder Judiciário.

Nesse contexto, sem a pretensão de esgotar a questão, esse artigo se propôs a apresentar os motivos pelos quais só devem incidir honorários sucumbenciais nas lides que versem sobre relação de emprego nas ações propostas após a vigência da Reforma Trabalhista.

Destacou-se que a alteração das regras processuais durante o trâmite do processo fere as expectativas daqueles que recorrem ao Poder Judiciário e à segurança jurídica. Ressaltando-se que as partes têm direito de saber as possíveis consequências dos seus atos antes de propor a ação ou contestá-la. Essa análise foi permeada pelo princípio da boa-fé objetiva, verdadeira norma que traça padrões de comportamento a serem observados pelas partes, estabelecendo, entre outros, deveres de lealdade e cooperação, aplicável a todo o ordenamento jurídico.

Por tais razões, sugeriu-se que a análise das alterações legislativas aos processos que já tramitavam no momento da sua vigência seja feita à luz do princípio da boa-fé objetiva.

Indo além, também não se ignorou a existência de desvantagem material do trabalhador em face do empregador e o aumento do ônus econômico imputado às partes, sendo uma das motivações para não ser aplicada a teoria do isolamento dos atos processuais, diversamente do que ocorreu quando da vigência do novo Código de Processo Civil.

Por certo não se trata de uma posição definitiva. Ainda pairam muitas incertezas sobre a aplicação da Lei nº 13.467/2017. Além disso,

as questões que versam sobre direito intertemporal e as que provocaram alterações significativas no direito material e processo material do trabalho, especialmente no campo econômico, são os pontos mais polêmicas, que certamente serão os pontos que permaneceram por mais tempo sendo debatidos pela doutrina e jurisprudência.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. **A igualdade e os negócios processuais**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios processuais. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 6 maio 2018.

_____. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 6 maio 2018.

90

_____. **Lei nº 8.906/1994, de 04 de julho de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. Acesso em: 6 maio 2018.

_____. **Lei nº 5.869/1973, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 6 de maio de 2018.

_____. **Lei nº 13.105/2015, de 13 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 6 maio 2018.

_____. **Lei nº 13.467/2017, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 6 maio 2018.

_____. **Medida Provisória nº 2.164-41, de 24 de agosto de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2164-41.htm>. Acesso em: 6 maio 2018.

_____. **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#art1>. Acesso em: 6 maio 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário. Re: 464.963/GO**. Relator: Gilmar Mendes. DJ: 30/06/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=368520>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. REsp: 2011/0227199-6**. Relator: Herman Benjamin. DJ: 11/09/2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&csequencial=1174746&num_

registro=201102271996&data=20120911&formato=PDF>. Acesso em: 11 mar. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução Normativa no 27, de 16 de fevereiro de 2005**. Disponível em: < <http://www3.tst.jus.br/DGCJ/instrnorm/27.htm> >. Acesso em: 22 abr. 2018.

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

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 18. ed. São Paulo: Editora Juspodvm, 2016.vol.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. ver. atual. E com remissões ao Código Civil de 2002. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. v. II.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 413.

_____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Delimitação conceitual do princípio da boa-fé**. In: PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Principiologia: estudos em homenagem ao centenário de Luiz de Pinho Pedreira da Silva: um jurista de princípios*. São Paulo: LTr, 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma trabalhista**. 2. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Unificação principiológica do direito processual civil e direito processual do trabalho**. In: PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.).

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de Direito Processual Civil**. 2. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Leone. **Manual de processo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **TRT-RS cancela súmula sobre honorários de assistência judiciária gratuita**, 2017. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/144606>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

SILVA, Fabrício Lima. **Aspectos processuais da Reforma Trabalhista: Direitos processuais substantivos e aplicação da Teoria dos Jogos no processo do trabalho**, 2017. Disponível em < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/aspectos-processuais-da-reforma-trabalhista-20072017> >. Acesso em: 21 fev. 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SODRÉ, Eduardo. **Lide simulada ou lide incentivada?** Uma análise à luz dos princípios

da segurança jurídica e da boa-fé. In: PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coord.). *Principiologia: estudos em homenagem ao centenário de Luiz de Pinho Pedreira da Silva: um jurista de princípios*. São Paulo: LTr, 2016.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto *et al.* **Reforma Trabalhista**: análise comparativa e crítica da Lei no 13.467/2017. São Paulo: Editora Rideel, 2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho**: (Lei nº 13.105/2016, 16 de março de 2015, alterada pela Lei n 13.256/2016, de 4 de fevereiro de 2016). São Paulo: Editora LTr, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 1.



RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO TRABALHO: EVOLUÇÃO, ESPECIFICIDADES E O DANO EXTRAPATRIMONIAL

Cristian Luis Hruschka¹

Resumo: A responsabilidade civil aplicada às relações trabalhistas sempre foi tema de grandes debates, em especial por envolver elementos como risco, culpa e dano, por vezes de difícil aferição para caracterizar a responsabilidade do agente agressor. A evolução histórica do instituto até o estabelecimento das teorias objetivas e subjetivas merece destaque, em especial quando levadas em consideração a atividade da empresa e aquela desenvolvida pelo trabalhador, ganhando contornos mais relevantes quando presente o elemento da concausa, ainda que confrontado com as excludentes de responsabilidade. A subjetividade do dano moral e sua tarifação pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) traçam novos rumos à responsabilidade civil, visto que implantado na Consolidação das Leis Trabalhistas regramento específico para análise da matéria.

93

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Teoria Objetiva. Dano Moral. Tarifação. Reforma Trabalhista. Lei nº 13467/17.

1 INTRODUÇÃO

Assunto de grande discussão na doutrina e jurisprudência, responsável por debates acalorados e emocionados no Judiciário, a responsabilidade civil sempre esteve presente na vida das pessoas.

Frequentemente nos deparamos com questões que requerem uma aguçada investigação para descobrir quem foi o causador de um dano a outrem, devendo ser esclarecido e demonstrado, ainda, se esse dano é capaz ou não de gerar uma indenização.

¹ Pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Pitágoras – Belo Horizonte (MG). Professor de Direito Processual do Trabalho na FAMEBLU/UNIASSELVI. Advogado, OAB/SC 13.604. cristian@ruediger.adv.br.

A responsabilidade civil possui raízes antigas, ganhando maior importância após a Revolução Francesa, evento ocorrido no final do século XVIII (1789 – 1799), que estabeleceu os famosos princípios da “liberdade”, visando à individualidade de cada cidadão; “igualdade”, este com escopo em um conjunto de pessoas que convivem entre si; e a “fraternidade”, elemento que pretendeu estabelecer um regramento isonômico para todos, onde as pessoas buscariam viver em harmonia com o seu semelhante, respeitando-o em toda sua essência e ideologia (SUPIONI, 2016).

Logicamente que são ambições utópicas, pois o homem, dentro da sua instabilidade e movido por emoções e paixões por vezes descontroladas, acaba por ferir o próximo, conferindo importância ao instituto da responsabilidade civil.

Hodiernamente vivemos em um mundo globalizado e vigiado. Somos reféns da tecnologia e os atos praticados produzem consequências decorrentes de nossas ações ou omissões.

94

Os conflitos raciais, étnicos, religiosos e até mesmo esportivos geram discussões e agressões que acabam por ferir a esfera subjetiva de cada cidadão, bem como, muitas vezes, sua própria condição física.

Contudo, antes de vivermos em um mundo digital e eletrônico, com consequências distintas para o instituto da responsabilidade civil, necessário saber que no início, aqui entendido o século XVIII, o objetivo maior era punir o agressor, não havendo a preocupação hoje reinante de reparar integralmente a vítima.

Havia uma visão individualista, preocupando-se cada qual apenas com o seu bem estar. A autonomia da vontade não levava em consideração a condição do lesado como consequência de um ato irresponsável praticado contra terceiro. A maior preocupação da vítima era com a punição do agressor, estando relegada a segundo plano a reparação do dano.

Dentro desse contexto, temos como imprescindível a comprovação da culpa, necessária para que o agente agressor fosse punido.

Já nas primeiras décadas do século XIX, ganha força a Revolução Industrial, fator importante para o direcionamento da responsabilidade civil à esfera trabalhista, porquanto há um aumento considerável das relações de

trabalho e uma crescente preocupação com o meio ambiente do trabalho.

Ganha importância e força o princípio da dignidade da pessoa humana, destacando que toda pessoa é merecedora de respeito, cujos reflexos de um tratamento descortês devem ser reparados, fator que gera melhora nas relações sociais e de trabalho.

Tamanha é a importância do princípio da dignidade humana que nossa Carta Magna, no inciso III, art. 1º, colocou-a como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, assim como “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (inciso IV).

Para Adriana Jardim Alexandre Supioni (2016, p.21), partindo da Revolução Industrial,

[...] as consequências mais evidentes dessa aproximação ocorreram no âmbito das relações de trabalho, atingindo diretamente a classe trabalhadora em razão do grande degrau que se formara entre ela e os dirigentes das atividades industriais. Essa verticalidade acabava por criar relações econômica e socialmente desiguais. A responsabilidade objetiva nasce nesse contexto, para preservar a dignidade da pessoa mais frágil na relação, como meio de proteger o hipossuficiente frente aos riscos produzidos pelo processo de industrialização, promovendo a correção do equilíbrio, desestabilizado pela desigualdade das partes.

95

As palavras da professora Adriana Supioni são importantes para que se denote a mudança de entendimento quanto ao instituto da responsabilidade civil após a Revolução Industrial, ocasião em que se passa a falar de responsabilidade *objetiva*, modalidade até então abominada pelos detentores do capital.

Percebe-se, a partir desse momento histórico, que a preocupação passa a se voltar para a coletividade, conferindo maior valor para a reparação do dano, e não apenas à punição do agente agressor.

Os direitos fundamentais ganham importância, preocupados com a dignidade da pessoa humana, com o melhor e pacífico convívio entre as pessoas, inclusive entre empregado e empregador.

Surge a chamada “sociedade de risco”, onde a própria civilização começa a ser uma ameaça para si mesma (SUPIONI, 2016). Nas relações de emprego, passa-se a questionar até onde o empregador, aqui envolvido

o poder diretivo de organizar e punir o trabalhador, pode subjugar seu empregado e impor-lhe condições de reduzida ou mínima possibilidade de trabalho seguro, desconsiderando a necessidade de um meio ambiente laboral íntegro e saudável? Até onde pode o empregador fazer valer sua vontade sobre a integridade física e psíquica do trabalhador?

A legislação brasileira, no entanto, com o Código Civil de 1916, capitaneado pelo jurista Clóvis Beviláqua, manteve o caráter individualista da reparação civil, ainda que a Europa já estivesse em outra linha de pensamento. Contudo, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o legislador privilegiou e tornou constitucional o princípio da dignidade humana, conforme já visto, tratando também de estabelecer direitos e garantias fundamentais.

96 O filósofo Immanuel Kant (1724-1804) disse que “o homem, e em geral todo o ser racional, existe como fim em si mesmo e não só como meio para qualquer uso desta ou daquela vontade”(KANT, 1997, p.78) enaltecendo a dignidade humana e doutrinando que o homem não deve servir como instrumento para a realização dos desejos de outro ser humano, impondo limites à ganância e à busca desesperada por lucro e poder econômico (SUPIONI, 2016).

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, privilegiou uma sociedade mais participativa, dando asas à iniciativa privada, tornando-a a maior causadora de acidentes ante o desrespeito aos direitos fundamentais tutelados pelo Texto Maior, posição esta que antes era ocupada pelo Estado.

Dentro desse contexto, ganha força o instituto da responsabilidade civil objetiva, preservando a vítima dos entes mais fortes da sociedade (empresas) e do próprio poder estatal, tudo em benefício e respeito ao princípio da dignidade humana.

A responsabilidade objetiva, por sua vez, estava baseada na atividade de risco exercida pela empresa, que responde pelos danos causados a terceiros. Surge a chamada “Teoria do Risco”, deixando-se de lado a culpa, ou seja, dispensando a análise da conduta do agente na chamada atividade de risco.

Para Fernando Noronha (*apud* André Araújo Molina), “os requisitos gerais do sistema de responsabilidade objetiva são dano e nexa

causal, dispensando prova de culpa e de ato ilícito” (2013, p.77).

Temos, com isso, que a reparação do dano alcança um patamar social, buscando equilibrar a sociedade e conceder ao hipossuficiente condições de buscar a reparação integral do dano sofrido sem que tenha de provar a culpa do agressor.

Essa preocupação social busca proporcionar uma melhor distribuição de lucro em detrimento à concentração de riqueza, visto que o trabalhador também passou a ser valorizado, ainda que a empresa tenha que assumir um fardo mais pesado quanto à prevenção de acidentes, por exemplo. Tal premissa, no entanto, é mais do que razoável, posto ser vedado ao empregador transferir para o empregado o ônus de sua atividade (art. 2º, CLT).

Surgem, assim, teorias que passam a nortear o instituto da responsabilidade civil, entre as quais se destacam:

a) Teoria do Risco Integral:

É a teoria mais severa, não comportando qualquer forma de excludente, bastando o dano vinculado a um fato qualquer que resulte em prejuízo. Não se questiona o motivo ou a razão do dano, ainda que decorrente da conduta da vítima. Colhe-se da jurisprudência o excerto abaixo demonstrando sua aplicação:

ACIDENTE DE TRABALHO - DANO MORAL - TEORIA DO RISCO INTEGRAL - O empregador que desenvolve atividade que implica, por sua natureza, perigo constante para seus empregados e terceiros fica obrigado a reparar o dano, com base em regra definidora da responsabilidade objetiva. Neste contexto, não cabe aqui discutir a culpa do empregador e, sequer, a culpa exclusiva da vítima, já que a responsabilidade no caso é objetiva, pautada na teoria do risco integral, na qual nem mesmo as causas de exclusão do nexo causal afastariam o direito do obreiro. (TRT1 - RO 0204700-08.2005.5.01.0034 - 2ª T.)

Para Dallegrave Neto (2017, p. 119), na teoria do risco integral “o agente deve suportar integralmente os riscos, devendo indenizar o prejuízo ocorrido, independentemente da investigação da culpa, bastando a vinculação objetiva do dano a determinado ato”.

b) Teoria do Risco Proveito:

Estabelece a teoria do risco proveito que, onde há ganho, também há encargo. Com efeito, para que o empregador possa auferir lucro, deve igualmente responder pelos danos porventura decorrentes da etapa produtiva. Contudo, pela teoria do risco criado, é da vítima a prova quanto à obtenção da vantagem financeira do ofensor, fator que dificulta a comprovação do dano pela parte hipossuficiente. Na definição de Dallegrave Neto, já citado acima, “todo aquele que tira proveito ou vantagem do fato causador se obriga a repará-lo, ex vi do art. 2º da CLT (assunção do risco pelo empregador em relação aos riscos da atividade econômica)”. (DALLEGRAVE NETO, 2017, p. 119)

c) Teoria do Risco Criado:

A teoria do risco criado decorre da teoria do risco proveito. Por esta linha de responsabilização, cada qual deve suportar os riscos da sua atividade, independentemente de ser proveitosa ou vantajosa.

98

Adib Pereira Netto Salim (jan./jun., 2005, p.103), citando o grande doutrinador civilista Caio Mário da Silva Pereira, destaca que a teoria do risco criado é a que

[...] melhor se adapta às condições de vida social, fixando-se na ideia de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que essa atividade gera aos indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, um erro de conduta.

Colhe-se da jurisprudência o seguinte julgado quanto à aplicação de referida teoria:

ACIDENTE DO TRABALHO - TEORIA DO RISCO CRIADO - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – A Constituição da República adotou a teoria da responsabilidade subjetiva, que consagra o entendimento de que para que o empregador seja obrigado a reparar o dano causado ao empregado, vítima de acidente do trabalho, é imprescindível que haja a configuração de dolo ou culpa (artigo 7º, XXVIII). No entanto, em alguns casos, é admitida a responsabilidade objetiva no caso do acidente de trabalho, pela teoria do risco criado, segundo a qual o perigo de sinistro já é inerente à natureza do trabalho.(TRT3 - RO 0010469-24.2015.5.03.0050 - 1ª T.).

Em resumo, pela teoria do risco criado, aquele que exercer uma atividade que possa causar dano a outrem, potencialmente perigosa, deve assumir os riscos respectivos que gerar para a sociedade.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL: ESPECIFICIDADES

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, em 2002 (aplicado ao Direito do Trabalho por força do art. 8º, da CLT), novos rumos se apresentam para a responsabilidade civil no Brasil.

Ainda que a jurisprudência e doutrina já caminhassem nesse sentido, inclusive parte da legislação (*v.g.* Código Defesa do Consumidor e Constituição Federal), o código civilista traça importante regra quanto às possibilidades e formas de indenização. Surge o art. 186 e o parágrafo único do art. 927, que assim versam:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Interpretando-se os dispositivos legais acima transcritos, possível constatar que o primeiro (art. 186, CC) baseia o dever de indenizar na **culpa**, ao passo que o segundo (art. 927, parágrafo único, CC) fundamenta o obrigação indenizatória na constatação do **risco**.

O legislador, no entanto, optou por estabelecer conceitos amplos, criando as chamadas cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, certamente a fim de se precaver de situações futuras, evitando engessar o instituto da responsabilidade civil para situações não previstas quando da entrada em vigor da lei.

Segundo Adriana Supioni (2016, p. 63),

[...] tanto dos conceitos legais indeterminados como nas cláusulas gerais há um determinado grau de generalidade. A diferença entre

ambos reside na limitação do poder de interpretação do juiz. Nos conceitos legais indeterminados, a lei prevê a consequência jurídica, cabendo ao juiz apenas integrar o conceito geral ao caso concreto. Uma vez preenchido o conteúdo conceitual, o juiz deve seguir a determinação imposta na lei dando ao caso a solução preestabelecida pelo legislador. Já as cláusulas gerais não contêm consequência, devendo o juiz criar a solução mais adequada à causa, que pode ser uma em um caso e outra em um caso diferente, dadas suas peculiaridades. Ao aplicar a cláusula geral, o juiz exerce uma função integrativa, razão pela qual sua sentença tem natureza terminativa.

São exemplos dessa conceituação (conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais) os arts. 421², 422³ e 187⁴ do Código Civil, todos permitindo ampla interpretação, mantendo-se atuais com o passar dos tempos.

Estabelecida essa avaliação, importante para o seguimento do estudo saber a diferença entre responsabilidade subjetiva (aquiliana) e responsabilidade objetiva, esta de maior destaque na seara trabalhista.

Antes, porém, oportuno estabelecer o significado de responsabilidade civil, de difícil conceituação. Para o doutrinador Sebastião Geraldo de Oliveira (2018a, p. 82),

[...] onde houver dano ou prejuízo, a responsabilidade civil é invocada para fundamentar a pretensão de ressarcimento por parte daquele que sofreu as consequências do infortúnio. É, por isso, instrumento de manutenção da harmonia social, na medida em que socorre o que foi lesado, utilizando-se do patrimônio do causador do dano para restauração do equilíbrio rompido. Com isso, além de punir o desvio de conduta e amparar a vítima, serve para desestimular o violador potencial, o qual pode antever e até mensurar o peso da reposição que seu ato ou omissão poderá acarretar.

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2003, p. 34), a responsabilidade

2 CC. Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

3 CC. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

4 CC. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

civil consiste na

[...] aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão do ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Ainda quanto à definição de responsabilidade civil, de forma direta e objetiva, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017, p. 107) define-a como “a obrigação de responder pelas consequências jurídicas decorrentes do ato ilícito praticado, reparando o dano”.

Em resumo, pretende o instituto da reparação civil recompor o dano causado a outrem, seja ele decorrente da ação ou omissão do agente, podendo advir, ainda, de estipulação legal ou do exercício de uma atividade de risco.

A responsabilidade civil, por sua vez, como já antecipado, pode ser subjetiva ou objetiva. Na responsabilidade subjetiva há a necessidade de investigar o evento danoso, identificar o nexo causal e a conduta do agente para ocorrência do dano. Já na responsabilidade objetiva, basta a constatação do dano para que o causador seja responsabilizado, independentemente de ter agido com imperícia, imprudência ou negligência, modalidades da conduta culposa.

Retomando a lição de Sebastião Geraldo de Oliveira (2018a, p. 98),

a responsabilidade será subjetiva quando o dever de indenizar surge em razão do comportamento do sujeito que causa danos a terceiros, por dolo ou culpa. Já na responsabilidade objetiva, basta que haja o dano e o nexo de causalidade para surgir o dever de indenizar, sendo irrelevante a conduta culposa ou não do agente causador. É por isso que a responsabilidade objetiva é também denominada teoria do risco, porquanto aquele que, no exercício de sua atividade, cria um risco de dano a outrem responde pela reparação dos prejuízos, mesmo que não tenha incidido em culpa alguma.

A jurisprudência também nos auxilia a distinguir as modalidades de responsabilidade civil, conforme se depreende dos excertos abaixo colacionados:

RESPONSABILIDADE CIVIL - PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS - ÔNUS DA PROVA DO DEMANDANTE -

Para existir o dever de indenizar (art. 5º, inc. V, da CF e art. 927 do CC), pela teoria subjetiva (art. 7º, inc. XXVII, da CF e art. 186 do CC), devem estar presentes a ação comissiva ou omissiva, a culpa, o dano e o nexo causal entre o prejuízo experimentado pela vítima e a conduta patronal para a teoria objetiva (art. 927, parágrafo único, do CC), prescindindo-se da culpa e preservando os outros elementos, exige-se a previsão legal (dano nuclear) ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. Demonstrada pelo demandante a existência dos pressupostos, fica o demandado obrigado a indenizar os danos causados. (TRT-12ª Região- RO 03696-2014-053-12-00-0).

ACIDENTE DO TRABALHO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR -

A regra geral de responsabilidade civil e, em especial, da obrigação do empregador de indenizar danos decorrentes de acidente do trabalho é a responsabilidade subjetiva, baseada no princípio da culpa, conforme estabelece o artigo 186 do Código Civil e art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição da República. Em determinados casos, pode haver responsabilização objetiva do empregador, quando especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida, por sua natureza, oferecer risco à integridade física do trabalhador (parágrafo único do art. 927 do CC). Cabe ao juiz, à vista do caso concreto, verificar como se dá o modo de imputação: se pela forma subjetiva, com base na culpa, ou pela forma objetiva, com base no risco. Hipótese em que a responsabilidade da empregadora fica configurada tanto pela responsabilidade objetiva, quanto pela responsabilidade subjetiva. (TRT- 4ª Região - RO 0000332-12.2013.5.04.0733).

Pelo exposto acima, perceptível que para constatação da responsabilidade subjetiva devem estar presentes o dano, o nexo de causalidade entre o evento ocorrido e o trabalho realizado, bem como a culpa do empregador, ao passo que para a responsabilidade objetiva basta a ocorrência do dano e presença do nexo causal (OLIVEIRA, 2018a).

Esclarecida essa distinção, ainda que de forma sucinta, devemos avançar no campo da responsabilidade objetiva e da chamada “atividade de risco”, regularmente prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Já transcrito anteriormente, referido dispositivo legal estabelece

que a responsabilidade pela indenização, esta de caráter objetiva, irá ocorrer independentemente de culpa, desde que estabelecida em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, pela sua natureza, em risco para os direitos de outrem.

A dúvida reside na definição da atividade normalmente desenvolvida pela empresa, pois não é qualquer atividade que induz em riscos. Nesse sentido, a atividade deve pressupor um conjunto de atos coordenados e concatenados que habitualmente são produzidos, ou seja, deve haver uma adequada estruturação de etapas para atingir um objetivo (atividade-fim da empresa), que muitas vezes se desdobra em diversas etapas.

Imprescindível, portanto, que exista uma organização e coordenação de ações quanto à atividade precipuamente desenvolvida, as quais devem ser habituais, e não extraordinárias.

Cumprе trazer à baila o teor do art. 2º, da CLT, que assim prevê:

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

103

Trata-se, na essência, da “Teoria do Risco do Empreendimento”, na qual, em resumo, não se pode permitir que o empregador transfira ao empregado o ônus de sua atividade econômica e produtiva.

O referido artigo, porém, traz uma sutil diferença terminológica, ou seja, versa sobre os “riscos da atividade econômica” ao tempo em que o parágrafo único do art. 927 do Código Civil versa expressamente sobre a “atividade normalmente desenvolvida”. Há, aqui, uma questão que merece atenção, qual seja, saber se o risco do negócio é diferente da atividade de risco.

Ainda que o tema mereça atenção, devemos ter como certo que a teoria do risco empresarial apresentada no *caput* do art. 2º da CLT, não guarda relação com aquela atrelada à atividade de risco prevista no parágrafo único art. 927 do Código Civil, posto que “os riscos tratados no diploma laboral são de natureza jurídica diversa daqueles tratados na cláusula de responsabilidade civil objetiva” (SUPIONI, 2016, p. 63).

Vale, aqui, a reflexão de Humberto Theodoro Júnior (*apud*

Raimundo Simão de Melo), ao versar que

[...] é difícil inovar em doutrina acerca de velhos institutos, não pelos embaraços da argumentação, mas porque há uma força muito atuante entre os intérpretes e aplicadores do direito positivo, que é a lei da inércia, pois é, sem dúvida, muito mais cômodo seguir antigos padrões já estabelecidos de longa data na praxe forense e nos manuais de doutrina, do que repensar soluções para que os quase complicados problemas da interpretação evolutiva das normas legais. (MELO, jan./fev.2006, v. 72 , p.71)

Nesse sentido, sempre que estivermos falando de regras aplicáveis ao Direito do Trabalho, não podemos olvidar toda a estrutura principiológica que a construiu, em especial o princípio da proteção ao hipossuficiente, que mais do que nunca deve ser prestigiado quando se tratar de responsabilidade civil.

Assim, na confrontação dos dispositivos legais, não deve o operador do Direito conformar-se com a letra fria da lei, mas estender sua aplicação para analisar a potencialidade da ofensa física e psíquica ao trabalhador, cotejando-a com a conduta do agente e a probabilidade de ocorrência do dano.

Dentro desse contexto, novo confronto se apresenta ao parágrafo único do art. 927 do CC (responsabilidade objetiva), porém, desta vez, de natureza constitucional.

Vejamos o teor do inciso XXVIII do art. 7º do nosso Texto Maior:

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

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

A leitura do dispositivo legal leva à conclusão de que para o deferimento da indenização prevista, necessário se faz a prova da culpa ou dolo. Estamos, portanto, diante de norma legal atrelada à responsabilidade subjetiva, havendo a necessidade de provar a culpa do agente.

O inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal, porém, trata da indenização em acidentes do trabalho, sendo necessário informar que a responsabilidade do órgão previdenciário não se confunde com a

responsabilidade civil do empregador.

Para Carlos Roberto Gonçalves (*apud* Sebastião Geraldo de Oliveira),

[...] a circunstância de o lesado haver recebido auxílio do Instituto de Previdência não afasta a indenização do direito comum, já que esta resulta exclusivamente do ato ilícito, não tendo, portanto, qualquer relação com o pagamento do benefício previdenciário. Tem a jurisprudência, com efeito, proclamado que não se confundem, e muito menos se compensam, benefícios previdenciários, que são assistenciais, com reparação civil de danos por ato ilícito, pois do contrário se transmudaria o réu, responsável pela reparação do ato ilícito, em beneficiário da vítima de seguro social, o que é inadmissível⁵. (2018a, p. 93).

Com efeito, importante não olvidar que o seguro acidente de trabalho (SAT) mencionado no Texto Constitucional possui natureza de seguro em sentido estrito, ou seja, garante unicamente um benefício de natureza alimentar, não abrangendo qualquer indenização, tampouco determinando reparação aos prejuízos sofridos. Limita-se, assim, em fazer frente à concessão de benefícios previdenciários para manter a sobrevivência da vítima e de sua família (OLIVEIRA, 2018a).

105

Nesse contexto, Dallegrave Neto esclarece que

[...] a chamada teoria objetiva do risco profissional, que propugna pela responsabilidade do empregador “independente de culpa”, limita-se aos efeitos previdenciários do acidente de trabalho, atingindo apenas a liberação dos benefícios cobertos pelo dinheiro arrecadado pelo SAT. Não se ignore, contudo, que o pagamento pela Previdência Social das prestações por acidente de trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem nos casos de culpa ou de atividades especiais de risco. (2017, p. 399/400).

Resta evidente, portanto, que a indenização prevista no Código Civil não possui qualquer relação com aquela paga pelo INSS por meio do seguro contra acidente do trabalho. A Previdência Social é custeada tanto pelos empregadores como pelos próprios trabalhadores, aos quais, desde que na condição de segurados, é garantido o recebimento de um benefício

5 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional*, 10ª ed. São Paulo: LTr, 2018, pág. 93.

previdenciário em caso de infortúnio, seja ele decorrente ou não de acidente ou doença ocupacional a ele equiparada.

Sobre o tema, sempre oportuna é a lição de Sebastião Geraldo de Oliveira (2013, p. 42), profundo conhecedor do assunto:

Basta que o acidente tenha alguma vinculação com o trabalho, mesmo que indireta, para que haja o nexó causal e a cobertura dos benefícios securitários. Por outro lado, no âmbito da responsabilidade civil, só haverá obrigação de indenizar se houver nexó causal ou concausal ligando o acidente ou a doença com o exercício do trabalho a serviço da empresa.

Vale dizer, portanto, que a reparação prevista no parágrafo único, art. 927, Código Civil, em sua modalidade objetiva, exige o exercício de atividade de risco a outrem, sendo que o inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal (responsabilidade subjetiva) se aplica a qualquer acidente ou doença ocupacional, independentemente da atividade desenvolvida pelo empregador da vítima ou do segurado. Com efeito, o Órgão Previdenciário não analisa a culpa para concessão do benefício, ao passo que a Justiça do Trabalho avalia a conduta do agente para fixar indenização ao trabalhador em decorrência dos danos causados pela empresa.

Assim, a interpretação literal e gramatical da regra constitucional não deve levar a injustiças, afinal um dos preceitos da indenização por ato ilícito é a reparação integral do dano. Essa premissa está atrelada ao princípio da proteção, regra elementar da construção do Direito do Trabalho.

Temos, portanto, que o princípio da proteção pretende equilibrar as partes, conferindo ao trabalhador meios de reduzir a desigualdade com seu empregador, detentor do poder econômico. Sobre o tema, Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p.112) ensina que “por meio dele [princípio da proteção], busca-se compensar a desigualdade existente na realidade socioeconômica (entre empregado, geralmente reclamante, e empregador, via de regra reclamado) com uma desigualdade jurídica em sentido oposto”.

A professora Adriana Supioni (2016, p.79/80), citando a clássica lição de Américo Plá Rodriguez, lembra que o princípio da proteção se desdobra em três dimensões. A primeira consiste no *in dubio pro operario*, traçando um critério diferenciando no que tange à interpretação das normas

jurídicas, “permitindo que na dúvida entre duas interpretações possíveis seja adotada aquela que se demonstre mais favorável ao trabalhador”; a segunda está atrelada à regra da *norma mais favorável*, que “permite eleger como norma aplicável em determinada situação aquela que for mais benéfica ao trabalhador”; e a terceira dimensão diz respeito a regra da *condição mais benéfica*, ao estabelecer “que uma nova norma trabalhista não pode representar a diminuição da condição social do trabalhador, ou seja, diante de uma situação concreta em que se estabeleceu uma condição mais vantajosa para o trabalhador, não poderá haver o retrocesso para uma situação pior ou menos vantajosa”.

Percebe-se, assim, que o objetivo maior do art. 7º, XVIII, da Carta de República é a proteção da vítima quanto ao seu direito de indenização, regularmente previsto na legislação civil, sem guardar, portanto, vinculação ao seguro contra acidentes de trabalho previsto na Constituição Federal, relacionado prioritariamente aos benefícios previdenciários.

Frise-se, ainda, quanto à possibilidade de reparação civil independentemente da indenização acidentária, que a matéria se encontra sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica da leitura da Súmula nº 229: “A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa do empregador”.

Retomando a questão da atividade de risco, temos que esta deve representar um efetivo e possível prejuízo ao trabalhador quando da realização de suas atribuições laborativas. Nesse sentido, as atividades de risco previstas no parágrafo único do art. 927 Código Civil estão atreladas umbilicalmente à atividade desenvolvida, sendo possível presumir que da sua execução há um risco em potencial.

Vale destaque, aqui, o Enunciado nº 38 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que durante a Jornada de Direito Civil estabeleceu que a atividade de risco se refere àquela “normalmente desenvolvida pelo autor do dano que causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos outros membros da coletividade”.

Constata-se que não se fala em grau de culpa, apenas que a atividade desenvolvida seja considerada uma atividade de risco, conceituação esta muitas vezes atribuída ao Judiciário, conforme se verifica pelos excertos

abaixo relacionados:

DANO MORAL - RESPONSABILIDADE - ACIDENTE COM MORTE - CULPA CONCORRENTE - A responsabilidade pelos riscos da atividade econômica deve ser compreendida de forma ampla, vez que não estão englobados em tal conceito apenas os riscos econômicos propriamente ditos, tais como o insucesso empresarial, dificuldades financeiras, entre outros, mas também o risco que essa atividade econômica representa para a sociedade e, principalmente, para seus empregados. Assim entendido, a conduta do empregado na linha de desdobramento do acidente não tem o condão de romper o nexo de causalidade ou mesmo de excluir a responsabilidade da empresa. (TRT-12ª Região. - RO 0001489-59.2011.5.12.0024).

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - VENDA E TRANSPORTE DE CIGARROS - SUCESSIVOS ASSALTOS DURANTE A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - Como sabido, o contrato de trabalho, de caráter sinalagmático, traz obrigações recíprocas às partes. O empregado obriga-se a colocar à disposição do empregador sua força de trabalho e a cumprir as regras fixadas no contrato, bem como as decorrentes de lei. Por outro lado, cabe ao empregador inúmeras obrigações, dentre elas e a mais importante (cláusula implícita no contrato), a preservação da integridade física e psíquica do trabalhador, dimensão do direito da personalidade vinculado à dignidade humana. É dever do empregador, além de preservar e zelar pela saúde e integridade física e psíquica do trabalhador, zelar e garantir que o local de trabalho esteja em perfeitas condições. No caso dos autos, os boletins de ocorrência comprovaram os assaltos sofridos pelo Reclamante, 6 ao todo. Frise-se que a atividade desenvolvida pelo Reclamante, entrega de cigarros, era sabidamente de risco, pois os assaltos eram frequentes, e se enquadra no conceito de atividade de risco prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil. Nesse sentido a jurisprudência do C. TST. Indenização devida. (TRT- 2ª Região. - RO 1002030-21.2016.5.02.0043).

O que se objetiva é a reparação integral da vítima, proporcionando-lhe meios facilitados quanto à prova da responsabilização do empregador, especialmente quando este desenvolver atividade considerada de risco.

Denota-se que há uma preocupação com a condição social do trabalhador, em respeito ao princípio da proteção já mencionado acima. A responsabilidade do empregador em decorrência da atividade realizada pelo trabalhador pode, assim, ser equiparada à conhecida figura da culpa

presumida. É o caso, por exemplo, de agência bancárias, cujos empregados, por trabalharem em local que tem entre suas atividades o manuseio e guarda de numerário, estão sujeitos a assaltos, sequestros, eventos envolvendo armas de fogo, entre outras situações de risco.

A reparação integral, por sua vez, conforme versa Paulo Roberto Lemgruber Ebert (2017, n.3377), deve abranger

[...] não só os danos morais e patrimoniais consolidados, mas também as lesões emergentes, os lucros cessantes, a perda de uma chance, os danos “por ricochete”, enfim, toda e qualquer afetação negativa que a lesão provocou ou venha a provocar, na esfera jurídica do lesado e de terceiros.

Em se tratando de acidentes de trabalho, tal aspecto do postulado da reparação integral enseja a obrigação do empregador em arcar não só com a indenização pelo dano na esfera da personalidade do obreiro ocasionado por eventual perda de membro ou função, sem prejuízo das compensações pelo agravamento das lesões já existentes (danos emergentes), como também com as despesas médicas imediatas e ulteriores, com a compensação pecuniária pela impossibilidade total ou parcial do exercício futuro de atividade econômica (lucros cessantes e perda de uma chance), bem como com o pensionamento dos dependentes do acidentado, quando for o caso, nos termos do art. 948 do Código Civil (danos por ricochete).

Definida a questão quanto à responsabilização da empresa no que tange à atividade de risco, importante destacar a necessidade de verificar qual a atividade efetivamente desenvolvida pelo trabalhador, haja vista que em determinados casos, ainda que a atividade principal realizada pela empresa seja de risco, o obreiro não a exerce de maneira efetiva. Nesse sentido, o trabalhador que desempenhe suas atividades no escritório (administrativa) de uma empresa que presta serviços de reparos em instalações elétricas, não estará exposto ao risco da atividade desenvolvida, porquanto não adentra em estações de eletricidade e tampouco manuseia painéis energizados, por exemplo. Nesse caso, salvo entendimentos divergentes, entende-se que a responsabilidade objetiva prevista no parágrafo único do art.927 do Código Civil não é de aplicação imediata, devendo ser investigada a causa de eventual acidente que possa gerar o direito à indenização.

Nesse sentido, ainda que a atividade desenvolvida pelo empregador, aqui entendida a atividade preponderante da empresa, seja enquadrada

como de risco, se faz necessário investigar o **nexo causal** para após fixar eventual indenização.

Consiste o nexo causal em relacionar a conduta da empresa ao dano sofrido pelo trabalhador no exercício de suas funções, ou seja, constatar se a empresa agiu de maneira indevida e permitiu, por sua ação ou omissão, a ocorrência da lesão.

Segundo a lição de Edson da Silva Júnior (2012, p.129-138), “pode-se conceituar o nexo de causalidade como a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou atividade de risco de alguém e o dano suportado por outrem”.

Como já dito, tratando-se de responsabilidade subjetiva, necessária a demonstração da conduta do agente (culpa) para que se caracterize o dever de indenizar, ao passo que na responsabilidade objetiva, com a culpa ou dolo presumidos, o nexo causal deve ser identificado entre a atividade de risco desenvolvida pelo empregador – inclusive aquela advinda dos danos ambientais (DALLEGRAVE NETO, 2017, p.491) – e a lesão sofrida pelo obreiro.

Sobre o tema, precisa é a lição de José Affonso Dallegrave Neto (2017, p.243), para quem “[...] não haverá indenização sem a presença do dano, bem assim quando ausente o nexo causal entre o dano e a culpa, ou entre o dano e a atividade de risco do agente. Ambos os elementos (dano e causalidade) são imprescindível na responsabilidade civil contratual ou aquiliana, subjetiva ou objetiva”.

Ainda quanto ao nexo causal, oportuno destacar a existência das chamadas concausas, consistentes em fatores que, somados, concorrem para o agravamento de uma lesão já existente. Sobre o tema, Cavalieri Filho (*apud* Sebastião Geraldo de Oliveira), esclarece que “a concausa é outra causa que, juntando-se à principal, concorre para o resultado. Ela não inicia nem interrompe o processo causal, apenas o reforça, tal como um rio menor que deságua em outro maior, aumentando-lhe o caudal” (OLIVEIRA, 2018a, p.176).

Exemplo clássico de concausa é o disposto no inciso I do art. 21 da Lei 8.213/91, que assim estabelece:

Art. 21 – Equiparam-se também ao acidente de trabalho, para efeitos desta lei:

I – o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para a redução ou perda da capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para sua recuperação.

Adriana Supioni (2016, p. 94), por sua vez, em obra já referenciada no presente trabalho, igualmente exemplifica a existência da concausa, esclarecendo de maneira concreta sua aplicação ao versar que:

[...] ainda, como exemplo de aplicação da hipótese de concausa, podemos citar o empregado da construção civil que sofre uma pequena lesão no braço durante o exercício de suas funções e acaba por tê-lo amputado em decorrência de uma infecção hospitalar. O fato primário, ou seja, o acidente de trabalho ocorrido, concorreria em igualdade de condições com a infecção provocada pelo ambiente hospitalar na produção do dano como um todo, ou seja, a amputação do braço. A concausa, no exemplo acima, agravou o dano mas não poderia produzi-lo sozinha já que o trabalhador não teria a infecção se não fosse acometido pela lesão principal, resultado do exercício da atividade de risco.

111

Oportuno destacar que para a existência da concausa, pelo menos uma delas deve estar relacionada ao trabalho, à sua execução, contribuindo dessa forma para o agravamento ou surgimento da doença ocupacional passível de reparação (OLIVEIRA, 2013).

Há, também, outro fator que deve estar presente para que o agente que incorreu no descumprimento de norma contratual ou de conduta tenha que indenizar a vítima. Trata-se do **dano** efetivo que, somado ao **nexo causal** e **à culpa do causador do dano**, estas duas condições já abordadas anteriormente, constitui a teoria clássica da responsabilidade civil.

O dano consiste no prejuízo da vítima decorrente da conduta reprovável do causador da indevida agressão ao patrimônio material ou moral do lesado.

Por dano *material* entenda-se aquele que possa ser mensurado, visando à recomposição completa da vítima, buscando, por meio de uma reparação financeira, colocá-la em situação idêntica ou aproximada, para dizer o mínimo, daquela situação existente anterior à lesão. O dano material

compreende os *lucros cessantes*, frustando um proveito futuro, e o *dano emergente*, representado por aquilo que a vítima perdeu. Colhe-se da leitura do art. 402 do Código Civil:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Não se pode olvidar, ainda no que tange ao dano material, as disposições dos arts. 949⁶ e 950⁷ do Código Civil e, mais especificamente, no que diz respeito ao acidente de trabalho, a regra do *caput* do art. 19 da Lei nº 8.213/91:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Já o *dano moral* consiste na lesão causada à personalidade, à imagem, à honra, enfim, à esfera subjetiva do lesado. Para Yussef Said Cahali (1998, p. 17),

[...] parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, como a privação ou diminuição daqueles bens que tem um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral, (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor,

6 CC. Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

7 CC. Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

tristeza, etc.).

No entanto, deve-se levar em consideração o grau da ofensa, sendo que o mero aborrecimento com situações do cotidiano das relações trabalhistas não se mostra capaz de produzir o direito à indenização. Temos, assim, que as questões rotineiras e vivenciadas no dia a dia, mas que não tenham repercussão na esfera subjetiva do lesado, mesmo que o dano moral independa de reflexos na esfera patrimonial, não se mostram hábeis a justificar qualquer reparação. Nessa linha de entendimento, segundo lição de Silvio de Salvo Venosa (2003, p.33),

[...] não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bónus pater* famílias: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de sempre resistir as durezas do destino.

Valendo lembrar, também, que

[...] a mera possibilidade de reparação do dano moral não pode se transformar em verdadeira panacéia, fomentadora de abusos e evocável em todas e quaisquer situações em que se verifiquem conflitos de interesses entre patrões e empregados. Os excessos e desvios cometidos pelo ex-empregador devem ser cabalmente demonstrados e direcionados com o claro propósito de lesionar a imagem ou a honra do trabalhador. (TRT- 2ª Região - Proc. 0000299-64.2011.5.02.0016).

Destaque-se que o dano moral engloba o *dano existencial* e o *dano estético*, havendo, quanto a este, entendimento de que se trata de uma terceira modalidade de dano, que não predomina na doutrina e jurisprudência.

No tocante ao dano existencial, conforme a lição de Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 26-51),

[...] decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.

Já quanto ao dano estético, conforme dito, há controvérsia na doutrina atinente à possibilidade de se tratar de uma terceira modalidade de dano, contudo Antônio Jeová Santos nos explica que:

[...] admitir cumulação de dano moral e dano estético, mesmo derivado do mesmo fato, é outorgar *bis in idem*, pois não existe um terceiro gênero de indenização. Ou alguém sofre dano moral (aí incluído o estético), ou sofre lesão patrimonial, ou ambos, como já afirmado neste trabalho. O que não é de ser admitido é que alguém seja indenizado três vezes, pelo mesmo e idêntico fato. Se a lesão estética repercute no espírito, mortificando-o, não se vá concluir que a vítima sofreu três lesões autônomas, passíveis de gerar três indenizações. (SANTOS, 2003).

Assim, é defendido que o dano estético constitui uma espécie do dano moral, pois viola direitos da personalidade da vítima como sua imagem, integridade física e psíquica, condição social, autoestima, podendo ou não causar redução da capacidade laborativa (SUPIONI, 2016).

Tanto o dano material como o dano moral estão resguardados no ¹¹⁴ Texto Constitucional (art. 5º, V), sendo perfeitamente cumuláveis conforme já pacificado pela jurisprudência com a edição da Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 37, STJ: São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

Vale frisar, quanto ao ponto, que, mesmo sendo possível a cumulação de indenizações, deve o magistrado, ao proferir sentença, discriminar os valores deferidos, estabelecendo a quantia respectiva da reparação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais (art. 223-F da CLT).

Já no que tange ao valor das respectivas indenizações, aquela decorrente do dano material é plenamente possível de quantificação, já a que deriva do dano moral, em virtude de subjetividade, deve levar em conta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como a extensão do dano (art. 944, CC⁸). O magistrado catarinense Reinaldo Branco de Moraes, quando convocado ao Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da

8 CC. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

12ª Região, em acórdão de sua relatoria, elencou outros critérios para o estabelecimento da indenização por dano moral, definindo que

[...] na fixação da indenização por danos morais é necessário considerar a capacidade econômica do agente, a situação da vítima, o grau de culpa e a extensão do dano, de maneira que o valor arbitrado compense o constrangimento, permitindo a aquisição de bem material que proporcione satisfação, e ao mesmo tempo represente para o causador do dano, quando comparar a extensão da lesão com o valor deferido, advertência para que adote a cautela necessária a fim de evitar a repetição da conduta. (TRT-12ª Região. - RO 0000461-26.2010.5.12.0013).

3 DANO EXTRAPATRIMONIAL

O legislador, por sua vez, por meio da Lei nº 13.467/2017, que instituiu a chamada Reforma Trabalhista, tratou de estabelecer limites aos valores de indenização por danos morais, inserindo na Consolidação das Leis Trabalhistas os arts. 223-A a 223-G, traçando inovações às normas da reparação.

115

A nova regra que disciplina o dano moral, que passou a ser intitulado dano extrapatrimonial por também abranger o dano existencial e estético⁹, impõe filtros à possibilidade de reparação do dano subjetivo, estabelecendo regras para sua concretude.

A primeira questão controvertida do microsistema criado pelas regras do Título II-A, CLT, refere-se ao art. 223-A¹⁰, que estabelece estar adstrito ao Texto Consolidado toda e qualquer possibilidade de reparação do dano extrapatrimonial. O dispositivo é objeto de grandes críticas, em especial da magistratura, que antes da vigência da Lei nº 13.467/2017 utilizava os preceitos do Direito Civil para sua aplicação na Justiça do Trabalho.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017,

9 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma Trabalhista. 2. ed., Salvador: JusPodivm, 2017, pág. 101: “Os danos extrapatrimoniais abrangem os de natureza moral, estética e existencial”.

10 CLT. Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

p.145), em obra conjunta, após destacarem os avanços obtidos com a adequada valorização do princípio da dignidade humana, versam que “o novo Título II-A, CLT, tenta descaracterizar esse avanço cultural e jurídico, por meio de nítida equalização de situações e conceitos jurídicos distintos”, tratando-se de uma tentativa de enfraquecer a Constituição Federal e “os diplomas internacionais de direitos humanos econômicos, sociais e culturais, inclusive trabalhistas, vigorantes no Brasil (cujas normas ostentam *status* supralegal, relembre-se) além dos diplomas normativos externos à Consolidação das Leis do Trabalho, tal como, ilustrativamente, o Código Civil Brasileiro”.(DELGADO M. G.; DELGADO G. N., 2017, p.145).

No intuito de colocar ordem e melhor interpretar as novas regras da Reforma Trabalhista, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANMATRA), em evento realizado no mês de outubro de 2017, reunindo mais de seiscentos juízes trabalhistas, procuradores do trabalho, auditores fiscais, advogados e demais pessoas ligadas ao Direito, aprovou 125 enunciados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, entre eles o que segue:

ENUNCIADO 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 pessoas humanas é conteúdo do valor dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/88) 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 CRFB/88). 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. (Enunciado Aglutinado nº 5 da Comissão 2)

Não bastasse a tentativa de estabelecer um único regramento para o dano extrapatrimonial, entendido como inconstitucional pela doutrina,

o art. 223-B do criado Título II-A da CLT, estabelece que apenas a vítima poderá requerer a respectiva reparação. Assim dispõe:

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Pela simples leitura do dispositivo legal, é possível verificar as modificações trazidas, visto que o dano extrapatrimonial, pela nova legislação, impede a reparação do dano reflexo ou do dano em ricochete. A questão mostra-se controvertida e rende muitos debates. Para o respeitável Sebastião Geraldo de Oliveira (2018b, p.152),

[...] o artigo 223-B fere a Constituição da República, e as vítimas que suportarem os danos reflexos ou em ricochete são também titulares do direito à reparação dos danos extrapatrimoniais por elas sofridos. São lesões distintas, sofridas por pessoas diversas que devem receber reparações separadas, mesmo que provenientes do mesmo fato gerador. E a competência para julgamento, conforme pacificado pela Corte Suprema, é mesmo da Justiça do Trabalho.

A questão posta pelo legislador em limitar a possibilidade de ação por dano extrapatrimonial somente à vítima, acaba por excluir os danos decorrentes de eventual falecimento do trabalhador em razão de acidente de trabalho, evento que acaba também por produzir efeitos na esfera subjetiva dos familiares e dependentes deste. Surge, assim, a absurda hipótese de que as pessoas ligadas umbilicalmente ao empregado vítima de acidente fatal estão impedidos de ingressar com ação reparatória por dano moral, o que não se mostra adequado. Por tal motivo, a recente doutrina relacionada à reforma trabalhista vem se posicionando no sentido de que a morte não afasta o direito de terceiros buscarem a reparação, afinal

aquele que sofreu os efeitos da lesão (de forma direta ou indireta) tem direito de receber a respectiva indenização. Mesmo porque, nesse caso, quem postula a reparação também é uma pessoa física ou jurídica que teve o direito à integridade moral violado (ainda que de forma reflexa).(GARCIA, 2017, p. 105).

Sobre o tema, ganha destaque o Enunciado 20 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

ENUNCIADO 20. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: LIMITES E OUTROS ASPECTOS. O artigo 223-B da CLT, inserido pela Lei

nº 13.467, não exclui a reparação de danos sofridos por terceiros (danos em ricochete), bem como a de danos extrapatrimoniais ou morais coletivos, aplicando-se, quanto a estes, as disposições previstas na Lei nº 7.437/1985 e no título III do Código de Defesa do Consumidor. (Enunciado Aglutinado nº 7 da Comissão 2).

O art. 223-C da CLT, por sua vez, estabelece que “a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”, contudo, entende-se que o rol apresentado é exemplificativo e não taxativo, visto ter deixado de apresentar como elementos capazes de gerar reparação, entre outros, o racismo, a dispensa de pessoas com idade avançada, a discriminação de gênero e assuntos ligados à nacionalidade do empregado (SILVA, 2017, p. 60). Nessa linha, inclusive, é o Enunciado 19 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho¹¹.

118 O mesmo entendimento é válido para o art. 223-D, que estabelece a possibilidade de reparação dos danos extrapatrimoniais sofridos pela empresa, protegendo, juridicamente, a imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência.

As novas disposições legais também estabelecem critérios para fixação do valor da indenização e uma tabela para o dano extrapatrimonial, podendo as indenizações, de acordo com a sua gravidade (leve, média, grave, gravíssima), ser fixadas entre três e cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido (art. 223-G, § 1º, CLT).

Nesse tópico reside a maior polêmica envolvendo o dano extrapatrimonial, afinal, se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, por que motivo estabelecer indenizações em valores diferentes para lesões de idêntica intensidade, gravidade e grau?

O art. 223-G da CLT estabelece critérios para tarifação do dano extrapatrimonial, tomando por base o valor do salário da vítima. A tentativa de estabelecer critérios rígidos para definição de valores indenizatórios já

11 ENUNCIADO 19. DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: LIMITES É de natureza exemplificativa a enumeração dos direitos personalíssimos dos trabalhadores constante do novo artigo 223-C da CLT, considerando a plenitude da tutela jurídica à dignidade da pessoa humana, como assegurada pela Constituição Federal (artigos 1º, III; 3º, IV, 5º, *caput*, e §2º). (Enunciado Aglutinado nº 6 da Comissão 2).

foi tentada em outras oportunidades, como na Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), mas não se mostrou aplicável ao dano moral, conforme a Súmula nº 281 do STJ¹².

Como versado anteriormente, o dano moral, ou extrapatrimonial, englobando o dano existencial e estético, este objeto de críticas por parte da doutrina, é subjetivo, variando para cada indivíduo. Ainda que os incisos I a XII do citado art. 223-G da CLT estabeleçam critérios que o magistrado deve observar para definir a indenização, aqui incluídos, entre outros, a natureza do bem jurídico tutelado, a intensidade do sofrimento e da humilhação, os reflexos pessoais e sociais, a extensão e duração da ofensa, importante destacar que o princípio da dignidade humana se sobrepõe, restando definido na Constituição Federal que a reparação será proporcional ao dano sofrido (art. 5º, V), sem estabelecer qualquer limite.

Dentro desse contexto, não poderia a Lei nº 13.467/2017 se sobrepôr ao Texto Constitucional, conforme explicam Maurício Delgado e Gabriela Delgado (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 da tarifação da indenização por dano moral, em seu art. 5º, V, ao mencionar, enfaticamente, a noção da *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 a prevalência sobre a noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade-razoabilidade.

Este, contudo, não é o único problema do novo dispositivo legal. Conforme dito, a tarifação da indenização toma por base o salário da vítima, fator que pode resultar em injustiças. O tema, por certo, não passou despercebido do olhar atento de Sebastião Geraldo de Oliveira (2018b, p. 158), que assim destaca:

É verdade que cabem indenizações diferentes quando se trata de danos materiais, porque o parâmetro é outro: o prejuízo monetário efetivo de cada um. Mas no aspecto extrapatrimonial a dignidade das

12 STJ, Súmula 281: A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.

pessoas lesadas é a mesma, ou seja, a dignidade da pessoa humana não pode ser aferida de acordo com o seu padrão de rendimento. A maior ou menor riqueza da vítima não pode orientar o valor da indenização, nem servir de parâmetro para reparar a lesão extrapatrimonial.

Em abono ao dito acima, a doutrina de Gustavo Filipe Barbosa Garcia(2017, p.112) esclarece:

Ao levar em consideração o valor do último salário contratual do ofendido, empregados que recebam valor salarial menor terão tratamento prejudicial e inferior, comparando com os que recebem patamar remuneratório superior, mesmo em casos envolvendo a mesma lesão a direitos, o que pode resultar em afronta ao princípio da isonomia substancial e em tratamento discriminatório para fins de indenização de danos extrapatrimoniais.

Para exemplificar o tema, vamos imaginar que num prédio em construção, pelo elevador da obra estão descendo o engenheiro responsável, que recebe salário de R\$ 12.000,00, e um servente de pedreiro, com salário de R\$ 1.700,00. Em razão de um problema na cremalheira, decorrente da ausência de manutenção, o elevador acaba caindo e ambos sofrem a mesma lesão. Havendo futura ação de indenização por dano extrapatrimonial, estabelecendo-se a ofensa como sendo de natureza grave, fixada em vinte vezes o último salário contratual do lesado, a indenização do engenheiro seria de R\$ 240.000,00, e a do servente de pedreiro de R\$ 34.000,00.

Como se percebe, há uma diferença considerável nas indenizações, pois toma por base o último salário da vítima. Tal fato, após inúmeras críticas, levou o Governo Federal a editar a Medida Provisória nº 808/17, publicada dias após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017. A referida Medida Provisória trouxe significativa alteração na base de cálculo do *quantum debeatur* da indenização, substituindo o “último salário contratual do ofendido” pelo “valor do limite máximo dos Benefícios do Regime Geral da Previdência Social”. Com essa providência, eventual reparação por dano extrapatrimonial teria como base para fixação um valor único, independentemente da parte lesada, do cargo e salário por ela recebido.

A nova regra criada pela Medida Provisória nº 808/17, que estabeleceu tratamento mais isonômico entre as vítimas quanto ao valor de referência utilizado para fixação da reparação, consertando injustiças e conferindo força ao art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, porém

teve seu prazo de vigência encerrado em 23 de abril de 2018, conforme o Ato Declaratório nº 22 do Presidente da Mesa do Congresso Nacional, haja vista que não convertida em lei (art. 62, §3º, CF).

A caducidade da referida Medida Provisória, por sua vez, voltou a conferir validade ao texto original da Reforma Trabalhista, fazendo prevalecer, como base de cálculo para indenizações por dano extrapatrimonial, o valor do último salário contratual do ofendido, afastando, assim, o teto dos benefícios pagos pela Previdência Social.

É possível perceber que a insegurança jurídica aumentou, uma vez que os contratos de trabalho são regidos pela lei em vigor na época (*tempus regit actum*), e, nesse sentido, se o dano ocorreu durante a vigência da Medida Provisória nº 808/17 este é o diploma legal que deverá ser aplicado.

Colhe-se da lição de Sebastião Geraldo de Oliveira (2018a, p. 161) que

[...] nos julgamentos envolvendo dano extrapatrimonial trabalhista, a legislação aplicável será sempre aquela que vigorava no dia que nasceu o direito à reparação, independentemente da data de admissão do ofendido ou da data que ocorrer o julgamento.

121

Estamos, em verdade, diante de severo debate de direito intertemporal. Sobre o tema assim se manifestou Fabiano Coelho de Souza (2018, p. 19):

A Medida Provisória criou uma regra de direito intertemporal, determinando a aplicação da Lei n. 13.467/2017 aos contratos de trabalho em curso. No entanto, a questão será polêmica, por induzir debate acerca do possível efeito retroativo da medida provisórias, caso a compreensão seja de que realmente a Medida Provisória tenha inovado, fixando regra de direito intertemporal. Ademais, se a Medida Provisória de fato inovou, restará a dúvida se a referência aos contratos em vigor seria às relações de trabalho existentes no dia 14 de novembro, data da edição da medida provisória, e não no dia 11 de novembro, o que, embora fosse estranha intervenção legislativa, não teria o vício de retroatividade normativa.

De toda sorte, é lógico que a nova lei não prejudicará o direito adquirido e o julgador, por certo, avaliará a questão aplicando a norma mais vantajosa ao trabalhador.

Independentemente da questão do direito intertemporal,

retomando ao tema proposto para discussão no presente artigo, vale lembrar que os limites apresentados pelo § 1º do art. 223-G da CLT se aplicam tanto ao trabalhador como em casos de ofensa por parte deste à pessoa jurídica (art. 223-G, §2º, CLT), mas nem por isso será permitida a tarifação se confrontada com o art.5º da CF e o art. 944 do Código Civil (indenização proporcional à extensão do dano), ainda mais por levar em conta o salário contratual do ofensor. A Medida Provisória nº 808/17, inclusive, havia mantido a redação original quanto ao ponto, certamente por entender que haveria a possibilidade de uma indenização desproporcional ao dano, lembrando que o patrimônio do ofendido não pode servir de base para o dano extrapatrimonial, conforme o Enunciado 588 da VII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (OLIVEIRA, 2018).

Fato é, no entanto, que a possibilidade de responsabilização do empregado por danos cometidos à imagem do empregador resultará no seu maior comprometimento com a empresa, uma vez que o contrato de trabalho gera obrigações recíprocas de respeito mútuo, visto a pessoa jurídica também poder ser vítima de dano moral¹³.

122

Depreende-se que o objetivo do legislador ao tarifar o dano extrapatrimonial foi estabelecer critérios que possam conferir maior segurança ao empregador e ao próprio Judiciário, buscando, com isso, equacionar de maneira definitiva a ausência de parâmetros muitas vezes existentes nas decisões judiciais, ainda que a jurisprudência já tenha estabelecido um norte para o arbitramento das indenizações. Pretende estancar questionamentos sobre a quantificação do dano, contudo, as discussões deverão persistir, visto que não há critérios objetivos para estabelecer o grau da lesão sofrido pela vítima (empregado ou empregador), ficando a critério do magistrado enquadrá-la como de natureza leve, média, grave ou gravíssima.

Possível perceber pelas anotações antes lançadas que a tarifação do dano extrapatrimonial será objeto de diversas discussões na doutrina trabalhista, havendo a necessidade de analisar o posicionamento do Judiciário quanto a sua aplicação. A Reforma Trabalhista, em vigor desde 11 de novembro de 2017, encontra-se em estágio de maturação, havendo resistência por parte da magistratura em lhe conferir a força de lei inerente.

13 STJ, Súmula 227: A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

É vedado ao julgador negar vigência ao Texto Legal, contudo, em face dos princípios que norteiam o Direito do Trabalho, em especial da proteção, não surpreenderá a existência de decisões desconsiderando as novas regras estabelecidas pela legislação trabalhista.

4 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Por fim, e não menos importante para a compreensão da matéria objeto do presente estudo, oportuno versar sobre as chamadas *excludentes de responsabilidade*.

Conforme narrado, para que surja o direito à indenização, devem estar demonstrados o dano (material ou moral) e a culpa, contudo, existem situações em que o agente acusado como causador da lesão pode se livrar do pagamento de qualquer indenização.

Dessa forma, ainda que ocorrido o acidente durante a prestação de serviço, possível o empregador eximir-se de sua obrigação se demonstrar que tal fato decorreu da (a) culpa exclusiva da vítima, (b) de caso fortuito ou força maior, (c) fato de terceiro ou, ainda, de (d) alguma doença que não esteja relacionada ao trabalho exercido (art. 20, § 1º, da Lei nº 8.213/91), sendo estas as principais regras de exclusão de responsabilidade capazes de afastar o nexo causal.

Por *culpa exclusiva da vítima*, entenda-se aquela que decorre da conduta do próprio trabalhador que sofre o infortúnio, afastando-se a responsabilidade do empregador porque não demonstrada sua culpa para o evento. Nessas situações, por vezes, deparamos com a chamada culpa concorrente, que não afasta o dever de indenizar, mas certamente reduzirá de maneira sensível o valor reparatório fixado. Colhe-se da jurisprudência

ACIDENTE DE TRABALHO – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL - INDENIZAÇÃO REPARATÓRIA INDEVIDA - Demonstrado que o acidente de trabalho ocorreu em razão de culpa exclusiva da vítima (no caso o autor, motorista, dirigia com excesso de velocidade), rompe-se o nexo de causalidade e, com isto, torna-se indevida qualquer pretensão reparatória, independentemente da modalidade de responsabilidade a ser invocada: objetiva ou aquiliana. (TRT12 - RO 04863-2015-047-12-00-9).

Já o *caso fortuito e a força maior* “são circunstâncias ou condições que escapam a qualquer controle ou diligência do empregador, daí por que nesses acidentes não se vislumbram o nexo de causalidade nem o dever de indenizar”(OLIVEIRA, 2018a, p. 192/193). Com efeito, situações como queda de raio, enchentes ou tempestades, estas imprevisíveis ao domínio do empregador, não implicam responsabilização caso resulte dano ao trabalhador.

Quanto ao *fato de terceiro*, o conceito nos é fornecido por Dallegrave Neto (2017, p. 511):

[...] é importante explicar que sua caracterização se dará quando o agente causador exclusivo do dano for um terceiro diverso das pessoas do contratante e do contratado. Não se considera terceiro para fins de excludente da responsabilidade os prepostos do empregador, ou mesmo os prestadores terceirizados.

Oportuno destacar quanto a essa excludente de responsabilidade que o empregador é responsável pelos atos de seus prepostos e empregados no exercício de suas atividades profissionais, conforme regra conhecida do art. 932, III, do Código Civil¹⁴.

Por fim, ainda no campo das causas excludentes de responsabilidade, temos aquelas previstas no art. 21, § 1º, da Lei nº 8.213/91, entre elas a doença degenerativa; a inerente ao grupo etário; a que não produza incapacidade laborativa e a doença endêmica adquirida pelo segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovado ser a doença resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

Frise-se, em tempo, que as excludentes de responsabilidade decorrentes da lei previdenciária acima citada estão sujeitas à incidência de concausas, as quais podem antecipar ou agravar eventuais doenças, fator que implicará a responsabilização do culpado, mitigada, porém, a indenização em razão da sua contribuição para o dano.

14 CC. Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto no decorrer de todo o texto, o tema atinente à responsabilidade civil na seara do Direito do Trabalho suscita muitas discussões e reflexões, desde a questão referente às responsabilidades subjetiva e objetiva, à existência do dano, do risco e do nexo causal, bem como às possibilidades de o empregador esquivar-se de sua responsabilidade por meio de excludentes.

A Reforma Trabalhista, trazida pela Lei nº 13.467/2017, surgiu para apimentar ainda mais o debate, levando para a Consolidação das Leis Trabalhistas condições específicas de reparação do dano moral, sua tarifação e, inclusive, definindo no art. 223-A que apenas os artigos previstos no Título II-A do Texto Consolidado se aplicam à reparação do dano extrapatrimonial, ou seja, afastou, *prima facie*, a aplicação subsidiária do Código Civil e até mesmo da Constituição Federal.

O tema envolvendo a responsabilidade civil no âmbito do Direito do Trabalho não sossega e continuará a ser enfrentado pelos doutrinadores e pelo Judiciário, cabendo-lhes estar em constante atualização para interpretar o Texto Legal, sempre em sincronia com os princípios que regem as relações de trabalho e emprego, em especial o da proteção.

Seu estudo é fascinante e merece constante aprimoramento, porquanto as relações trabalhistas avançam com extrema rapidez, exigindo do profissional do Direito um olhar preciso e acurado para que o instituto da responsabilidade civil não perca o prestígio e a importância obtida ao longo dos anos.

As considerações lançadas no presente artigo em hipótese alguma se propõem a exaurir o tema, em face da sua vastidão e seriedade, mas servindo para despertar o interesse pelo aprendizado de assunto de extrema relevância para as relações laborais existentes entre empregado e empregador.

REFERÊNCIAS

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 112.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. O Dano Existencial e o Direito do Trabalho. **Revista Eletrônica TRT do Paraná**, Curitiba, v. 22, p. 26-51, set. 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.17.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 119, 399/400, 491, 511.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13. 467/2017. São Paulo: LTr, 2017.p.145,146.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**, vol. 7, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 34.

EBERT, Paulo Roberto Legrumber. O meio ambiente do trabalho. Conceito, responsabilidade civil e tutela. **Revista Jus Navigandi**. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 2017, n. 3377, 29/09/2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22694>. Acesso em: 11 abr. 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma Trabalhista**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 105, 107,112.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1997. p. 78.

MELO, Raimundo Simão de. Responsabilidade Objetiva e Inversão do Ônus da Prova nos Acidentes de Trabalho. **Revista do TST**: Brasília, jan./abr. 2006. v.72, n.1. p.71.

MINAS GERAIS. TRT- 3ª Região - RO 0010469-24.2015.5.03.0050 - 1ª T. - Rel. Jose Eduardo Resende Chaves Jr - J. 27.03.2017.

MOLINA, André Araújo. Sistemas de Responsabilidade Civil Objetiva e os Acidentes de Trabalho, **Revista do TST**: Brasília, abr./jun. 2013. v. 79. n.2. p. 77.

NETTO SALIM, Adib Pereira. A Teoria do Risco Criado e a Responsabilidade Objetiva do Empregador em Acidentes de Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**: Belo Horizonte, jan./jun. 2005. v. 41, n. 71, p. 103.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Gradação das concausas nas ações indenizatórias decorrentes das doenças ocupacionais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**: São Paulo, SP, 2013 n. 14. p. 34-53, 42.

_____. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2018a. p. 82, 93, 161, 192/193.

_____. O Dano Extrapatrimonial Trabalhista após a Lei n 13.467/2017, modificada

pela Medida Provisória n. 808, de 14.11.2017, in **Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**, coordenadores Denise Alves Horta *et al.* São Paulo: LTTr, 2018b. p. 152, 158.

RIO DE JANEIRO. TRT-1ª Região - RO 0204700-08.2005.5.01.0034 – 2.T. - Rel. Valmir de Araujo Carvalho . DOERJ 30.04.2015.

RIO GRANDE DO SUL. TRT-4ª Região - RO 0000332-12.2013.5.04.0733 - 11ª T. - Rel. Des. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa - DJe 14.07.2016.

SANTA CATARINA. TRT-12ª Região - RO 0000461-26.2010.5.12.0013 - 6ª C. - Rel. Reinaldo Branco de Moraes - DJe 31.10.2014.

_____. _____. - RO 04863-2015-047-12-00-9 - Redª Ligia Maria Teixeira Gouvêa - DOE 14.03.2017.

_____. _____. - RO 0001489-59.2011.5.12.0024 - 5ª C. - Relª Maria de Lourdes Leiria - DJe 19.11.2012

_____. _____. - RO 03696-2014-053-12-00-0 - Rel. Juiz Conv. Narbal Antônio de Mendonça Fileti - DOE 14.12.2016.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SÃO PAULO. TRT-2ª Região - Proc. 0000299-64.2011.5.02.0016 - (20111353895) - Relª Jucirema Maria Godinho Gonçalves - DJe 21.10.2011.

_____. _____. - RO 1002030-21.2016.5.02.0043 - Relª Ivani Contini Bramante - DJe 01.03.2018 - p. 14804.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: RT, 2017.p.60

SILVA JÚNIOR, Edson. Nexo técnico epidemiológico e sua aplicação perante a justiça do trabalho nas ações de indenização por acidentes do trabalho e doenças. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**: Campinas, SP, jan./jun. 2012. n. 40, p. 129-138.

SOUZA, Fábio Coelho de. A Reforma Trabalhista: Tramitação, “*Vacatio Legis*” e Direito Intertemporal. In: **Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**. Coordenadores Denise Alves Horta (*et al.*). São Paulo: LTTr, 2018. p. 19.

SUPIONI, Adriana Jardim Alexandre. **Responsabilidade Civil do Empregador pelo Exercício de Atividade de Risco**: da Incidência às Excludentes, São Paulo: LTTr, 2016. p. 21, 63, 79/80, 94 .

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito Civil**: Responsabilidade Civil, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4. p. 33.



A “REFORMA TRABALHISTA” E A OBSTACULARIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA: NOVAS REGRAS IMPLEMENTADAS NO PROCESSO DO TRABALHO COMO AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E TRABALHISTAS

Mas este é meu ensinamento: quem deseja voar deve primeiro aprender a ficar em pé; a caminhar; a correr; a escalar; a dançar – não se aprende a voar voando!”

(Assim Falou Zaratustra, Friedrich Nietzsche)

Daniel Rogério Ullrich¹

Resumo: O presente artigo aborda as alterações implementadas pela Lei n. 13.467/2017 (“*Reforma Trabalhista*”), especialmente no processo do trabalho, que dificultam o acesso à justiça por parte do empregado. Com efeito, ao longo do trabalho, discorre-se sobre os novos dispositivos celetistas que interferem diretamente na propositura das demandas propostas sob a égide da nova lei. O trabalho contempla o acesso à justiça sob a ótica da história, das suas diferentes concepções, da sua previsão nas Constituições Federais brasileiras, até culminar com as principais alterações promovidas pela “*Reforma Trabalhista*” que afetam o acesso à justiça, na perspectiva dos princípios constitucionais, trabalhistas e direitos fundamentais preconizados pela Constituição Federal de 1988. Com isso, o artigo pretende contribuir para uma reflexão dos operadores do Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, no sentido de operacionalizar as novas regras, de acordo com uma interpretação sistemática, razoável e coerente, com o intuito de viabilizar o acesso à justiça trabalhista.

129

¹ Advogado. Sócio do escritório Ullrich & Vegini Advogados Associados. Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – FURB. Especialista em Direito Público e Prática Jurídica pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC (em parceria com a FURB). Pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela ESUP/FGV em parceria com o Grupo de Estudos para Magistratura do Trabalho (GEMT). daniel@uvadvogados.com.br.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Direito Processual do Trabalho. Justiça do Trabalho. Acesso à Justiça. Hipossuficiente. Justiça Gratuita. Reforma Trabalhista.

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.467/2017, denominada de “*Reforma Trabalhista*”, trouxe, ao ordenamento justralhista brasileiro, múltiplas alterações, que implicam a essencial reflexão por parte dos estudiosos e operadores do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho, para instrumentalizar essas mudanças, de forma coerente, ponderada e racional, de acordo com o contexto que circunda essas ciências jurídicas.

É notório que as alterações promovidas tanto na legislação trabalhista, como na previdenciária, em todo o mundo, sempre repercutem nos momentos em que os países atravessam graves crises econômicas, haja vista a adoção do sistema capitalista.

Portanto, pode-se observar que se trata de direitos pendulares. Em momentos de abundância econômica, são concedidas melhores condições e benefícios aos trabalhadores e aposentados. Em contrapartida, em circunstâncias de crise econômica, esses mesmos direitos tendem a ser reduzidos ou, até mesmo, extintos, o que ratifica o seu movimento pendular.

De toda sorte, sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro tem no seu vértice a Constituição Federal, que possui a força normativa soberana, na qual as legislações infraconstitucionais buscam fundamentação e sustentação para se legitimarem no sistema. Por isso, não é possível que uma nova legislação integre a órbita legislativa nacional em conflito com os preceitos constitucionais.

Diante disso, o presente trabalho se propõe a abordar, de forma concisa, as principais alterações das regras processuais instituídas no âmbito da “*Reforma Trabalhista*”, que obstaculizam o efetivo acesso à justiça (princípio constitucional encartado no art. 5º, XXXV), em afronta ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, Constituição Federal de 1988) e que, conseqüentemente, esvaziam a função jurisdicional trabalhista.

2 AÇÃO, JURISDIÇÃO E PROCESSO

De início, importante conceituar, ainda que em apertada síntese, os institutos da ação, jurisdição e processo, que são os instrumentos pelos quais o acesso à justiça é efetivamente concretizado.

A ação tem papel nuclear na teoria geral do processo, porquanto é o direito ao exercício da atividade jurisdicional, ou o poder de exigir esse exercício. Violado o direito, surge para o titular desta violação o direito subjetivo de ir ao Judiciário postular a satisfação do direito, que é assegurado pelo chamado direito de ação. (SCHIAVI, 2015, p. 72)

A jurisdição é “o poder que o Estado avocou para si de dizer o direito, de fazer justiça, em substituição aos particulares”. (SCHIAVI, 2015, p. 72) Nada mais é do que o poder que Estado detém para fazer valer a regra jurídica implantada no ordenamento jurídico pelo Poder Legislativo.

O processo “é o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição”. (SCHIAVI, 2015, p. 72) É, pois, a reunião de atos sucessivos que concretizam a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado.

131

Em arremate, temos que “mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo”. (CINTRA, 1997. p. 265)

Tem-se, portanto, que o estudo do acesso à justiça perpassa, fundamentalmente, pela análise da disposição e efetivação desses institutos no ordenamento jurídico, notadamente, em que medida eles estão disponibilizados a todos os cidadãos indistintamente, bem como os obstáculos a serem transpostos para sua real concretização (custas, sucumbência, despesas, taxas, multas, formalidades, dentre outros).

3 O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA NA HISTÓRIA

A doutrina classifica, modernamente, os direitos fundamentais em dimensões. Aqui, vale o esclarecimento de que a opção pelo termo dimensões, em vez de gerações, se pautava na premissa de que seu desenvolvimento corresponde a um processo cumulativo, de complementariedade, e não de

alternância, segundo lição de Ingo Sarlet (2001, p. 49).

Os direitos de primeira dimensão, surgem nos séculos XVII e XVIII, baseados, principalmente, na Revolução Francesa (1789), e abrangem o direito à liberdade, à expressão, à locomoção e à vida. Importam, em síntese, numa prestação negativa do Estado, quer dizer, pautam-se pela omissão da atuação estatal, impedindo a invasão na esfera individual do sujeito, que passa a ser detentor de direitos e garantias. Funda-se, então, o Estado Liberal.

Nessa época, explica Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p. 54):

o processo é caracterizado pelo tecnicismo, legalismo, positivismo jurídico acríptico, formalismo e “neutralismo” do Poder Judiciário (juiz “boca da lei”). A ação, no Estado Liberal, nada mais seria do que a derivação do direito de propriedade em juízo. Daí a supremacia, nada mais seria que absoluta, do princípio dispositivo.

Se compreende, nesse período, que a subsunção de todos às leis postas, inclusive o Estado, é suficiente para se garantir a realização da justiça. Equilibram-se as relações entre os sujeitos da demanda (igualdade formal), que eram marcadamente de natureza civil e privatística (de cunho patrimonial, em sua maioria), independentemente de se ater à complexidade das questões sociais que envolvem esses mesmos sujeitos (igualdade material).

Isso é, acreditava-se que o simples fato de todos se submeterem ao poder jurisdicional, de monopólio estatal, “independentemente do conteúdo do tratamento dispensado e das condições e circunstâncias pessoais” efetivaria o princípio da igualdade, “típica do Estado constitucional de matriz liberal” (SARLET, 2017, p. 716).

No entanto, com o avanço da Revolução Industrial no século XVIII e, aliado a isso, com a eclosão da Primeira Guerra Mundial (1914 – 1918), o mundo assiste e vivencia a deterioração das relações sociais. Surgem, então, os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão, que embasam a criação do Estado Social. Objetiva-se, nessa época, a prestação positiva do Estado destinada a melhorar as condições de vida dos mais fracos, tendo o intuito de reduzir as desigualdades sociais e distorções econômicas latentes.

Nesse momento histórico, esclarece James Magno Araújo Farias (2015, p. 29) que:

Toda esta fase, influenciada pelo Liberalismo e pelo Iluminismo, sofreu uma ruptura no final do século XIX, no momento em que o cidadão começa a questionar o poder ilimitado do Estado, exigindo mais direitos humanos básicos, além daqueles de primeira geração, principalmente como fruto do pensamento marxista, que encontra campo fértil por conta dos atropelos sociais da Revolução Industrial.

Em decorrência disso, são estabelecidos, dentre outros direitos sociais, o direito ao trabalho, à saúde, ao lazer, à educação e à moradia que se destinam a toda sociedade indistintamente.

Nesses casos, o poder estatal não pode se omitir. Pelo contrário, deve estar presente e atuar de forma a proporcionar e resguardar tais direitos fundamentais aos cidadãos (prestação positiva), a fim de reparar as distorções geradas, em grande parte, pela desigualdade econômica entre os sujeitos, que é característico da adoção de um sistema econômico capitalista pela grande maioria dos países.

Portanto, a segunda dimensão de direitos fundamentais tem, como valor fundante, o princípio da igualdade entre os indivíduos, tanto no plano material, quanto no formal, atenuando-se, em certa medida, a desigualdade social.

Esse Estado Social prospera e ganha *status* constitucional a partir das Constituições do México de 1917 e de Weimar (Alemanha) em 1919, que dispõem, pela primeira vez, de normas relacionadas aos direitos sociais. Enquanto no Brasil, a primeira Constituição a prever no seu texto os direitos sociais, foi a de 1934, sob o governo de Getúlio Vargas.

Nessa mesma época, em 1919, surge a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada a partir do Tratado de Versalhes, o que demonstra a preocupação mundial com os direitos fundamentais sociais, notadamente às relações trabalhistas.

O processo, sob a ótica de acesso à justiça no apogeu do Estado Social, passa por uma releitura, como ensina Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p. 55):

O processo, no Estado Social, sofre algumas transformações importantes, pois o seu objeto passa a ser a jurisdição, e não apenas a ação, havendo, assim, relativização do princípio dispositivo, com vistas a permitir o acesso do economicamente fraco à Justiça (isenção

de custas, escritórios de vizinhança, etc.).

Quer dizer, não basta, somente, a igualdade formal entre os sujeitos para que tenham a possibilidade de provocar o Estado e receber a tutela jurisdicional. É preciso que se estabeleçam meios e instrumentos para se atingir a igualdade material, ou seja, conferir a “paridade de armas”, para que todos, indistintamente, usufruam do poder jurisdicional para garantia dos seus direitos.

Especificamente no ramo justrabalhista, marcam essa época, no Brasil, a criação da Justiça do Trabalho (1939), a edição da Lei n. 1.060/1950 que trata da assistência judiciária aos pobres e a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (1943), que, dentre inúmeros direitos e garantias aos trabalhadores, institui o *jus postulandi* (art. 791), instrumento que demonstra a atenção com o amplo acesso à justiça pelos sujeitos economicamente vulneráveis. Materializa-se, assim, os princípios da oralidade e da simplicidade dos atos, que são inerentes à justiça especializada laboral.

134

Após o fim da Segunda Guerra Mundial (1945), novamente o mundo percebe a degradação das relações sociais, o que contribui para criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 1948.

A partir de 1970, o Estado Social (*Welfare State*) entra em crise, como pontua Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p. 56):

A expansão desordenada do Estado, a explosão demográfica e o envelhecimento populacional decorrentes dos avanços na medicina e da melhoria do saneamento básico geram perigosa crise de financiamento da saúde e da previdência, que são os dois pilares fundamentais do Estado Social.

Nesse período, surgem os direitos fundamentais de terceira dimensão, também conhecidos como direitos de fraternidade ou de solidariedade, pois há crescente preocupação com a essência do ser humano como grupo, povo ou nação. Não mais apenas do homem-indivíduo como titular de direitos individuais. O traço distintivo está na titularidade transindividual (ou metaindividual) dos direitos fundamentais (SARLET, 2017, p. 406-407).

Na mesma toada elucidada o Carlos Henrique Bezerra Leite (2017, p. 57) que:

Surge, então, o Estado Democrático de Direito, também chamado de Estado Constitucional, Estado Pós-Social ou Estado Pós-Moderno, cujos fundamentos assentam-se não apenas na proteção e efetivação dos direitos humanos de primeira dimensão (direitos civis e políticos) e segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais), mas, também, dos direitos de terceira dimensão (direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos).

O principal objetivo do Estado Democrático de Direito não é apenas justificar os direitos sociais como direitos humanos e fundamentais, como também garanti-los (LEITE, 2017, p. 57). Para isso, os governos devem disponibilizar aos seus cidadãos não só os direitos, como a adequada proteção jurídica deles através da jurisdição, que é inafastável.

Assim, no Estado Democrático de Direito, como sintetiza Carlos Henrique Bezerra Leite,

o acesso à justiça passa a ser, a um só tempo, em nosso ordenamento jurídico, direito humano e direito fundamental. [...] (segundo o ele) é direito humano, porque é previsto em tratados internacionais de direitos humanos e tem por objeto a dignidade, a liberdade, a igualdade e a solidariedade entre todos os seres humanos, independentemente de origem, raça, cor, sexo, crença, religião, orientação sexual, idade ou estado civil [...] (e é, também, direito fundamental) porquanto catalogado no elenco dos direitos e deveres individuais e coletivos constantes do Título II da Constituição da República de 1988, cujo art.5, inciso XXXV, prescreve que a 'lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"' (LEITE, 2017, p. 59-60)

135

Em epítome, a despeito de juristas que defendam a existência da quarta, quinta e até sexta dimensão de direitos fundamentais, são relevantes, para o presente trabalho, a exposição das três primeiras dimensões, conforme abordado, que transmitem a noção do acesso à justiça desde o Estado Liberal, passando pelo Estado Social, até culminar com o Estado Democrático de Direito, que é o vivenciado atualmente pelo Brasil, sob a vigência da Constituição Federal de 1988, muito embora, como já elucidado, tratem-se de dimensões de direitos, que não se sobrepõem uma a outra, mas se complementam.

4 CONCEPÇÕES DE ACESSO À JUSTIÇA

A conceituação do acesso à justiça, numa visão simplista e rasa, compreende apenas a possibilidade de o cidadão acessar o Poder Judiciário para receber a tutela jurisdicional prestada pelo Estado. Nessa perspectiva, o princípio da igualdade (formal e material) é rechaçado e são legitimadas quaisquer alterações legislativas, ainda que importem no esvaziamento do efetivo acesso à justiça.

Por isso, modernamente, essa não é a mais adequada concepção do efetivo acesso à justiça, mormente porque ela representa um retrocesso à primeira dimensão de direitos fundamentais, no clássico cenário do Estado Liberal, conforme já tratado.

Nessa senda, em obra intitulada *Acesso à Justiça*, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, dividiram em três ondas os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça. Note-se:

A primeira solução para o acesso – a primeira ‘onda’ desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente de ‘enfoque de acesso à justiça’ porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo. (CAPPELLETTI, 1988, p. 28)

Indo mais além, para Antônio Hermam V. Benjamin, a expressão acesso à justiça pode ser definida de três formas: I) em sentido restrito, diz respeito ao “acesso à tutela jurisdicional” de direitos - acesso a um juiz natural para a composição de litígios; II) em sentido mais amplo, embora insuficiente, refere-se ao “acesso à tutela”, jurisdicional ou não, de direitos – acesso a mecanismos de solução de conflitos, judiciais ou extrajudiciais; e III) em acepção integral, significa “acesso ao Direito” – acesso à ordem jurídica justa, conhecida e implementável.²

2 BENJAMIN, A. H. “A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do ambiente e do consumidor”, 1996, p. 280-281.

Denota-se, assim, que o efetivo acesso à justiça somente se consuma diante de três dimensões, a saber: acesso ao Poder Judiciário, acesso à jurisdição e o acesso a um ordenamento jurídico justo e equânime. São dimensões que se complementam e que, aliadas ao princípio da igualdade (formal e material), devem ser o norte do legislador na implementação de regras processuais que visem possibilitar um amplo acesso à justiça, emancipado da classe social ou do poder econômico do sujeito litigante.

Como arremata Mauro Cappelletti, “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.” (CAPPELLETTI, 1988, p. 12)

Depreende-se que o acesso à justiça, como direito humano e fundamental, deve ser implementado de modo a atender toda a sociedade, observadas as desigualdades sociais e sendo eliminados quaisquer obstáculos tendentes a esvaziar o seu propósito.

5 O ACESSO À JUSTIÇA PREVISTO NAS CONSTITUIÇÕES FEDERAIS BRASILEIRAS

As Constituições Brasileiras de 1824, 1891, 1934 e 1937 não continham dispositivo expresso acerca do acesso à justiça.

A Constituição de 1946 foi a primeira a prever, no seu art. 141, § 4º, que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.” Esse texto é repetido na Constituição de 1967, no art. 150, § 4º, e na Emenda Constitucional 1/69, no art. 153, § 4º.

No entanto, a Emenda Constitucional n. 7/77, no art. 153, § 4º, mitiga o acesso à justiça e reduz a sua eficácia em comparação ao teor do texto anterior. Passa a constar que:

“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.”

Por fim, a Constituição Federal de 1988, que consolida o Estado Democrático de Direito no Brasil, passa a dispor, no art. 5º, XXXV, que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, o que mostra a adoção pelo amplo acesso à justiça, caracterizando o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Tal dispositivo está inserido no rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão, o que o torna uma cláusula pétrea, a teor do que dispõe o art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988. Portanto, faz parte do “*núcleo duro*” da norma suprema, sendo vedadas quaisquer intentos que visem excluir ou esvaziar a sua aplicabilidade.

Interessante notar que, além da previsão específica do acesso à justiça, a Constituição Federal de 1988 também contempla, em três dispositivos inseridos na lista de direitos e garantias fundamentais, a previsão de gratuidade da justiça, a saber: art. 5º, XXXIV, alíneas “a” e “b” (independente do pagamento de taxas o cidadão tem direito a petição ao Poder Público e obtenção de certidões das repartições públicas); art. 5º, LXXIV, (“*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”) e art. 5º, LXXVII (“*são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania*”).

Infere-se, então, que a Constituição Federal de 1988, no rol de direitos e garantias fundamentais, trata não apenas do acesso à justiça, como, também, do princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988) e de dispositivos ligados à gratuidade de justiça, que se complementam no sistema, como já abordado, para tornar efetivo e amplo o acesso à justiça pelos hipossuficientes.

6 O ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO CIVIL

O processo civil possui regras e procedimentos que visam garantir o acesso à justiça, respeitadas, por óbvio, as suas peculiaridades, já que se propõe a tratar de relações privadas entre particulares, sobre questões de cunho patrimonial (em sua maioria), em que, ao menos em tese, os sujeitos litigantes são equiparados (isonomia material e formal), o que não ocorre na

relação de trabalho, razão da existência do Direito Processual do Trabalho, como ramo autônomo (com princípios e regras próprios).

Logo no início do Código de Processo Civil, no capítulo que trata das “*Normas Fundamentais do Processo Civil*”, contempla-se, no art. 3º, a previsão do amplo acesso à justiça (com texto similar ao da Constituição Federal), embora nos parágrafos que lhe sucedem, haja a previsão de arbitragem, solução consensual dos conflitos, conciliação e mediação.

Assim, o Código de Processo Civil reforça expressamente o acesso à justiça, mas disponibiliza às partes, também, outros métodos de solução de litígios, de forma opcional.

No que toca à gratuidade de justiça, esclarece-se que, antes do advento do Novo Código de Processo Civil, ela era inteiramente regulada pela Lei n. 1.060/1950 que previa, no art. 4º, que a simples afirmação, na própria peça inicial ou em manifestação apartada, de que “*não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família*”, era o suficiente para o Juiz conceder os benefícios da gratuidade de justiça, salvo prova em contrário, evidentemente.

139

O referido dispositivo foi objeto de julgamento pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em que se discutiu a isenção de custas e de honorários advocatícios para os sujeitos beneficiários de justiça gratuita a teor do art. 12 da Lei n. 1.060/50, mesmo após a vigência da Constituição Federal de 1988. No seu voto, o Ministro Luís Roberto Barroso, naquela oportunidade, assentou:

8. Do art. 12 da Lei nº 1.060/1950 extrai-se o entendimento de que o beneficiário da justiça gratuita, quando vencido, deve ser condenado a ressarcir as custas antecipadas e os honorários do patrono vencedor. Entretanto, não está obrigado a fazê-lo com sacrifício do sustento próprio ou da família. Decorridos cinco anos sem melhora da sua situação econômica, opera-se a prescrição da dívida. (...). 9. Portanto, o benefício da justiça gratuita não se constitui na isenção absoluta das custas e dos honorários advocatícios, mas, sim, na desobrigação de pagá-los enquanto perdurar o estado de carência econômica do necessitado, propiciador da concessão deste privilégio. Em resumo, trata-se de um benefício condicionado que visa a garantir o acesso à justiça, e não a gratuidade em si. 10. Não haveria sentido em se garantir o acesso à justiça a necessitados e desprotegê-los

completamente na hipótese de sucumbência. A Constituição visou garantir o acesso à Justiça, e não desestimulá-lo, por meio do art. 5, LXXIV. (STF - RE 249003 ED, Voto do Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgamento em 9.12.2015, DJe de 10.5.2016)

Verifica-se, pois, que a posição manifestada pelo Supremo Tribunal Federal tinha por finalidade garantir a integralidade do acesso à justiça, especialmente aos hipossuficientes, no sentido de desobrigá-los a arcar com as custas processuais e honorários sucumbenciais.

De todo modo, esta discussão está superada, tendo em vista que o mencionado dispositivo foi revogado pelo Código de Processo Civil, que regulou a matéria no seu art. 98, ao dispor que tem direito à gratuidade da justiça “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios”.

Tem-se, assim, que na demanda submetida ao processo civil, com a comprovação da insuficiência de recursos financeiros (que se faz pela mera declaração de hipossuficiência, que tem presunção de veracidade, segundo o art. 99, § 3º, do Código de Processo Civil), a parte gozará dos benefícios da gratuidade de justiça e, por consequência, não será compelida a pagar as custas, honorários advocatícios e demais despesas processuais, que ficam sob condição suspensiva pelo prazo de 5 (cinco) anos, conforme preconizado pelo art. 98, § 3º, Código de Processo Civil.

Além disso, as causas cíveis também têm à disposição os Juizados Especiais Cíveis, que são os órgãos destinados a conciliar, processar e julgar as causas de menor complexidade e que não excedam a 40 (quarenta) salários mínimos (art. 3º da Lei n. 9.099/95). Nesse caso, a teor do art. 55 da Lei n. 9.099/95, não há condenação do vencido no processo ao pagamento de custas e honorários sucumbenciais nas sentenças proferidas em primeira instância.

Depreende-se, assim, que o processo civil dispõe de regras que viabilizam o pleno acesso à justiça pelo hipossuficiente, ao dispor não só de métodos alternativos de resolução dos conflitos, como também de gratuidade de justiça aos economicamente vulneráveis, além do Juizado Especial Cível, destinado às pequenas causas e isento de despesas processuais (ao menos em

primeira instância)

7 OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA APÓS A “REFORMA TRABALHISTA”

A Lei n. 13.467/2017 trouxe inúmeras alterações legislativas para a seara laboral, tanto no campo material, quanto no processual. A celeridade da tramitação do projeto de lei, bem como a perspicácia dos inspiradores da novel legislação, acobertará uma série de sutis modificações no bojo do processo do trabalho que afrontam princípios constitucionais e trabalhistas. Essas mudanças devem ser descortinadas, compreendidas e, quando possível, harmonizadas com o todo o arcabouço normativo, sob pena de se desfigurar o processo do trabalho, ao ponto de desintegrá-lo da lógica do sistema processual brasileiro.

7.1 Indicação do valor dos pedidos

A primeira alteração está contida no art. 840, § 1º da CLT, que passa a dispor sobre a necessidade de indicação do valor dos pedidos. Em um primeiro momento, não houve tanta atenção a esta previsão no rol de requisitos da petição inicial trabalhista. Mas, com a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, esta premissa se transformou em um grande embaraço para os advogados de empregados, tanto que serviu de fundamento, para vários magistrados, extinguirem inúmeras ações trabalhistas, sem julgamento de mérito, amparados pelo art. 840, § 3º da CLT.

De início, convém ressaltar que, a despeito do art. 840, § 3º da CLT, “percebendo o juiz que há pedidos ilíquidos na reclamação, deverá abrir o prazo de 15 dias para emenda, indicando claramente o defeito enxergado, indeferindo a inicial em caso de inércia do autor (CPC, art. 321; Súmula n. 263 do TST)”(SOUZA JÚNIOR, 2018, p. 491).

Quer dizer, a ausência de indicação nos pedidos da petição inicial não deve ser causa imediata de arquivamento do pleito, sob pena de grave ofensa ao direito fundamental do acesso à justiça, divergindo, inclusive, com o sistema processual brasileiro que, após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, passou a prestigiar às decisões meritórias, em detrimento das

decisões sem resolução de mérito, que se tornaram exceções.

De outro lado, ressalta-se que, embora haja simples menção à “indicação de valor” dos pedidos, os entusiastas da “Reforma Trabalhista” adotaram o discurso de “liquidação dos pedidos”, em flagrante descompasso com a interpretação literal (e teleológica) da norma e, principalmente, com o princípio da simplicidade, da oralidade e da instrumentalidade das formas que norteiam o Direito Processual do Trabalho.

Reforçando a tese de que não se trata de “liquidação dos pedidos”, o Tribunal Superior do Trabalho editou a recente Instrução Normativa nº 41 do TST, publicada em 21/06/2018, que dispôs, no art. 12, § 2º, que, “para fim do que dispõe o art. 840, §§ 1º e 2º, da CLT, o valor da causa será estimado, observando-se, no que couber, o disposto nos arts. 291 a 293 do Código de Processo Civil”. Isto é, o Tribunal Superior do Trabalho manifesta a posição de que o valor dos pedidos será uma mera estimativa, observando-se, se for o caso, as regras do Código de Processo Civil que regulam o valor da causa.

142

Ademais, não se olvida que, nas demandas submetidas ao rito sumaríssimo (até 40 salários mínimos) já havia semelhante previsão contida no art. 852-B, I, da CLT, que determina a valoração dos pedidos pelo empregado na petição inicial. Contudo, tal condição se revelava opcional (ao menos na prática) antes da “Reforma Trabalhista”, uma vez que o advogado do empregado exercia a opção do rito processual (ordinário ou sumaríssimo), pela avaliação do caso concreto que, se de menor complexidade, assim com a possibilidade da atribuição de valores logo na exordial, submetia a apreciação da demanda pelo rito sumaríssimo.

Nessa linha, é preciso se atentar às peculiaridades e complexidades da relação processual trabalhista, em que os empregadores retêm a maior parte da documentação sobre a contratação, o que transforma essa imposição legal, se inflexível, como violadora do acesso à justiça aos empregados. Isso porque, antes de ter acesso aos documentos do vínculo empregatício e/ou antes da realização de uma perícia técnica/médica, eles não têm as mínimas condições de valorar os seus pleitos. São os casos, por exemplo, da apuração das horas extras, da equiparação salarial, do grau de insalubridade/periculosidade e do percentual de incapacidade laboral.

Nessa vertente, vale salientar que, no âmbito do processo civil, o art. 324, § 1º, do Código de Processo Civil, possibilita o pedido genérico em algumas situações excepcionais, fato não ressalvado pelo legislador reformista, mas que pode ser utilizado supletivamente no processo do trabalho (art. 769 da CLT combinado com o art. 15 do Código de Processo Civil).

Além disso, esse obstáculo processual, salvo melhor juízo, também pode esvaziar o instituto do *jus postulandi* (art. 791 da CLT), que é uma ferramenta que, justamente, visa facilitar o acesso à justiça trabalhista por parte do empregado, porquanto despojado de maiores formalidades, sem a necessidade da intermediação de advogado, em sintonia com os princípios da simplicidade e da oralidade, que são inerentes à Justiça do Trabalho. Nesse caso, o preceito deverá ser compatibilizado com o § 2º do art. 840 da CLT, que menciona que nas reclamações verbais, aplica-se, somente “*no que couber*”, o disposto no § 1º do referido dispositivo. Com isso, ameniza-se o rigorismo formal para o empregado que busca a tutela jurisdicional sem o auxílio de advogado e, por isso, não tem o conhecimento técnico para indicar os valores dos pedidos.

Assim sendo, a exigência de “*liquidação dos pedidos*”, além de ser contrária ao próprio dispositivo legal (interpretação literal, teleológica e lógico-sistemática), também dificulta o acesso à justiça trabalhista por parte do empregado, ao aniquilar a figura do *jus postulandi* e desrespeitar os princípios da simplicidade, da oralidade e da instrumentalidade das formas que regem a Justiça Laboral.

De toda sorte, a mais adequada solução para operacionalizar o novo requisito da petição inicial, harmonizando-o com todo o sistema, será o entendimento pela simples indicação de um valor para cada pedido, quando possível fazê-lo, que não sirva de parâmetro para liquidação da sentença a ser realizada em momento processual oportuno, tampouco seja utilizada para basear a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais (inclusive como já preconizado pelo art. 791-A da CLT). Esta posição se coaduna com a tese recentemente aprovada no XIX CONAMAT (Comissão 4-A, ordem 4)³.

3 “O valor, ademais, é a mera expressão econômica que se considera advir do pedido (daí a

Ainda nessa linha, na análise de cada caso, não há prejuízo de que a indicação dos valores seja realizada após a contestação ou, ainda, após a prova técnica produzida nos autos, que fornecerá maiores subsídios para o advogado do empregado quantificar o pedido. E, por fim, nas causas em que houver a figura do *jus postulandi*, deve ser dispensado esse encargo, sob pena de obstrução do acesso à justiça. Atende-se, assim, ao preconizado na legislação, ao passo que se harmoniza com a principiologia constitucional e trabalhista.

7.2 Honorários Advocatícios Sucumbenciais

A segunda alteração está no art. 791-A da CLT, que institui, na Justiça do Trabalho, os honorários advocatícios sucumbenciais.

A existência da sucumbência na Justiça do Trabalho não é absoluta inovação, uma vez que já havia previsão de sua aplicação em casos específicos, vinculados a lides decorrentes da relação empregatícia (art. 5º da IN n. 27, do TST), quando o empregado tinha assistência jurídica do Sindicato de sua Categoria profissional e, concomitantemente, percebia salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, conforme previsão contida no art.14, §1º, da Lei nº 5.584/1970 (Súmulas ns. 219 e 329 do TST).

No entanto, a “Reforma Trabalhista” ampliou os casos de pagamento de honorários de sucumbência para todas as causas submetidas à competência material da Justiça do Trabalho, com a nítida faceta de se tornar uma penalidade para o empregado. Isso porque, ao ter julgada improcedente a sua demanda (ainda que parcialmente), sofrerá a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais, a serem fixados entre 5% e 15%, “sobre o valor da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou sobre o valor atualizado da causa”, que serão suportados, inclusive, pelos beneficiários da justiça gratuita, caso recebam quaisquer créditos na demanda ou em outro processo (art. 791- A, § 4º, da CLT).

A justificativa para inserção deste dispositivo – para os legisladores

expressão “indicação”), sendo que mesmo a indicação do valor só poderá ser exigida quando for possível fazê-lo no momento da propositura da ação, considerando-se, como deve ser, que em muitas situações isso não é possível (§ 1º do art. 324, CPC).” <<https://www.anamatra.org.br/conamat/teses-plenaria-final>>.

reformistas - seria a valorização da advocacia e a contenção do extenso rol de pedidos, que era uma marca característica das ações trabalhistas ajuizadas antes da vigência da Lei n. 13.467/17. Contudo, é notório que a verdadeira motivação tem o viés de desestimular o acesso à Justiça do Trabalho, através de um mecanismo que amedronta os empregados que pretendem alcançar o reconhecimento judicial dos seus direitos sociais.

Essa constatação não tem matiz ideológica. Deriva de um raciocínio lógico do sistema processual brasileiro, tomando por comparação as regras do processo civil acerca dos honorários sucumbenciais, que regem as demandas em geral.

Em primeiro lugar, se a intenção fosse valorizar a advocacia, haveria, também, a cautela de se prever os honorários advocatícios sucumbenciais para fase de execução de sentença e em grau recursal, assim como ocorreu no Novo Código de Processo Civil. Propositadamente não houve essa preocupação no processo do trabalho, certamente porque se instituído no âmbito da execução da sentença, por exemplo, oneraria ainda mais os empregadores, que são, em geral, os principais executados na Justiça do Trabalho.

Em segundo lugar, porque a determinação de pagamento de honorários sucumbenciais, inclusive aos beneficiários de justiça gratuita (art. 791-A, § 4º, da CLT), é ainda mais abrangente do que a previsão contida no Código de Processo Civil, que isenta os sujeitos acobertados pela gratuidade de justiça (art. 98, VI, da CLT), ao menos enquanto perdurar essa vulnerabilidade financeira, no prazo máximo de 5 (cinco) anos. Isso sem mencionar, como já esclarecido, que, no Juizado Especial Cível, há isenção do ônus de honorários sucumbenciais em primeira instância (art. 55 da Lei n. 9.099/95), independentemente da condição financeira do litigante.

Assim, para as causas cíveis, de cunho preponderantemente patrimonial, o sistema processual brasileiro se torna muito mais protetivo do que para causas trabalhistas, pois franqueia o acesso à justiça aos litigantes desprovidos de condições financeiras, sem impor o ônus dos honorários advocatícios sucumbenciais sobre eventuais créditos recebidos na demanda. Além do que faculta a todos os litigantes (ainda que providos de condições financeiras), que a demanda seja proposta perante o Juizado Especial, sem a

existência da sucumbência, ao menos na primeira instância.

Por outro lado, nas causas trabalhistas, em que são debatidas verbas de cunho eminentemente alimentar, com grande parcela de litigantes hipossuficientes, composta por relações verticais (poder econômico x força de trabalho), não se proporcionam alternativas ao empregado para isentá-lo do ônus de arcar com os honorários sucumbenciais.

Nessa simples análise comparativa entre o processo civil e o processo do trabalho, denota-se o cunho discriminatório da “Reforma Trabalhista”, que teve o propósito de penalizar o empregado que ingressar na Justiça do Trabalho a todo e qualquer custo, atropelando o princípio da proteção, da isonomia (material e formal) e que, por consequência, restringiu o acesso à justiça, que é um direito fundamental constitucional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Vale notar que os efeitos dessa medida já se refletem no esvaziamento da jurisdição trabalhista, como se pode notar pela significativa redução das ações trabalhistas propostas após a vigência da Lei n. 13.467/17⁴, embora seja difícil dimensionar se as violações à legislação trabalhista também acompanham essa baixa de novas demandas.

Não obstante, nem mesmo a equiparação das regras de honorários sucumbenciais do processo do trabalho com as do processo civil (que hoje, nesse aspecto, são mais protetivas ao litigante hipossuficiente), salvo melhor juízo, seria a solução mais justa e equânime, tendo em vista as peculiaridades de cada área do Direito. É preciso destacar a finalidade social da existência da Justiça do Trabalho, como uma jurisdição especializada, despojada de excessivas formalidades, criada justamente para facilitar o acesso do empregado, e não para dificultá-lo.

Além disso, sabe-se da complexidade da produção da prova a encargo do empregado no processo do trabalho, que, além de não possuir os documentos da contratação, constantemente não conta com testemunhas que ainda estão vinculadas à parte contrária (empregador), ou não querem se expor com receio de represálias. Por isso, os direitos sociais trabalhistas

4 <<https://ricardocalcini.jusbrasil.com.br/noticias/542371851/tempos-de-reforma-trabalhista-estatistica-traz-uma-reducao-drastica-no-numero-de-novas-aco-es-em-todo-o-brasil>>

somente serão efetivados com a facilitação do empregado de ingressar no judiciário, sem penalizações quando, por ventura, não obtiver a prova de um ou outro pedido. Ou seja, a existência do ônus sucumbencial, diante da fragilidade de produção das provas pelo empregado, de um lado desmotiva o ingresso no juízo trabalhista e, de outro lado, estimula a continuidade das violações à legislação trabalhista por parte do empregador.

Nessa mesma linha, pontuou Antônio Umberto de Souza Júnior, Juiz do Trabalho da 10ª Região, ao comentar sobre o art. 791-A da CLT, em evento promovido pela Escola Judicial noticiado pelo sítio do TRT da 12ª Região, que “isso gera o enorme receio de uma luta vã. Aquele que foi lesado ao longo de vários anos fica temeroso de que, além de não conseguir o que imaginava ter direito, ter que transferir o que lhe seria devido ao advogado do seu próprio empregador”.⁵

De todo modo, isso não inibe a postura do judiciário trabalhista que, diante da constatação da indevida utilização do acesso à justiça pelo trabalhador, seja ele exemplarmente punido, por litigância de má-fé, socorrendo-se, como fundamento, dos arts. 80 e 81 do Código de Processo Civil, aplicáveis ao processo do trabalho por força do art. 769 da CLT e art. 15 do Código de Processo Civil.

Ademais, vale citar, que a discussão sobre esse novo preceito celetista, no que toca a sua aplicabilidade aos beneficiários da justiça gratuita, culminou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.766, que teve iniciado o seu julgamento em 09/05/2018, perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal. Nessa assentada, o relator da ADI, Ministro Luís Roberto Barroso, proferiu voto no sentido de negar a inconstitucionalidade do 791-A, § 4º, da CLT, mas estabeleceu alguns parâmetros para a aplicação dos honorários advocatícios sucumbenciais, que poderão incidir:

- a) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; b) sobre o percentual de 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas remuneratórias.

Observa-se que, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso, com o devido respeito, destoava do seu próprio posicionamento anterior, quando

5 <<http://www.trt12.jus.br/portal/areas/ascom/extranet/noticias/2018/junho.jsp#n12>>

estava em pauta a análise da recepção constitucional do art. 12 da Lei n. 1.060/50, num enfoque voltado ao processo civil (RE 249003). No atual entendimento, sob a óptica trabalhista, é incompreensível a alteração de fundamentos, sendo mantida a vigência do art. 791-A, §4º, da CLT, mas criando algumas restrições, que, salvo melhor juízo, caracterizam a usurpação das funções do Poder Legislativo.

Por outro lado, o Ministro Edson Fachin proferiu voto para declarar a inconstitucionalidade do art. 791-A, § 4º, da CLT, ressaltando, com sensibilidade, que:

É preciso restabelecer a integralidade do direito fundamental de acesso gratuito à Justiça Trabalhista, especialmente pelo fato de que, sem a possibilidade do seu pleno exercício por parte dos trabalhadores, muito provável que estes cidadãos não reúnam as condições mínimas necessárias para reivindicar seus direitos perante esta Justiça Especializada.

De todo modo, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista do Ministro Luiz Fux.⁶

Por outro lado, especificamente no que tange o art. 791-A, § 3º, da CLT, que prevê a hipótese de honorários de sucumbência recíproca, há grande celeuma sobre a sua aplicabilidade. Não resta claro o que seria a sucumbência parcial no processo do trabalho. É possível, por exemplo, que determinado pedido seja procedente, mas não integralmente, o que não o tornaria improcedente e passível de sucumbência. Além disso, também está previsto o arbitramento de honorários de sucumbência recíproca pelo juízo, o que induz não esteja adstrito aos limites do *caput* do referido dispositivo, que prevê a fixação entre o mínimo de 5% e o máximo de 15%. Nesse raciocínio, de que há desconexão entre o § 3º e o *caput* do art. 791-A da CLT, não há base de cálculo definida para o arbitramento de honorários de sucumbência recíproca, que atenderá, tão somente, aos critérios estabelecidos pelo § 2º do mencionado artigo, e não os valores indicados na petição inicial (art. 840, § 1º, da CLT).

Independentemente disso, a operacionalização do ônus sucumbencial na Justiça do Trabalho, seja ele total ou parcial, é de difícil

6 <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>>

efetivação, diante das peculiaridades que envolvem o processo do trabalho, que tem a finalidade social de salvaguardar as eventuais distorções produzidas pela preponderância econômica do empregador sobre a força de trabalho do empregado. Nessa situação, de desigualdade material, não se vislumbra sentido lógico na aplicação do ônus da sucumbência, ao menos na sua real finalidade que é garantir a reparação.

Mesmo assim, para que ao menos seja mantido um sistema processual nacional coeso, faz-se necessário que haja a declaração de inconstitucionalidade do art. 791-A, § 4º, da CLT, garantindo-se, assim, a equiparação de prerrogativas processuais aos litigantes de causas cíveis e trabalhistas desprovidos de condições financeiras de arcar com os honorários sucumbenciais. Garante-se, assim, o direito fundamental de acesso à justiça aos menos favorecidos (isonomia material e formal).

Aliado a isso, é de bom alvitre que, para minimizar os impactos causados pela previsão do ônus dos honorários da sucumbência no processo do trabalho, que o legislador proporcione ao litigante trabalhista, assim como já ocorre na seara cível (no Juizado Especial Cível), a oportunidade de demandar pelo rito sumaríssimo (em causas de até 40 salários mínimos) sem estar exposto ao ônus da sucumbência, ao menos em primeira instância.

Essas medidas ao menos minimizam o impacto dessa nova previsãoceletista, prestigiando o acesso à justiça do trabalho dos empregados economicamente desfavorecidos e promovendo o princípio da isonomia (formal e material) entre os litigantes (empregado x empregador).

7.3 Gratuidade da justiça

A terceira alteração está prevista no art. 790, §§ 3º e 4º, da CLT, e trata da gratuidade de justiça no processo do trabalho. Os mencionados preceitos concebem um critério objetivo ao prever a faculdade de concessão da justiça gratuita aos “que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”, e um critério subjetivo ao dispor que “o benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo”.

Esses dispositivos, da forma como estão redigidos, causam incertezas

e inseguranças, afetam o acesso à justiça do trabalhador hipossuficiente e, certamente, não atingem a finalidade do instituto da justiça gratuita, principalmente no âmbito da Justiça do Trabalho, que tem razão de existir por sua finalidade social.

Nesse passo, numa interpretação lógica, há o entendimento de que o empregado enquadrado na condição do art. 790, § 3º, da CLT, será necessariamente beneficiário da gratuidade da justiça (critério objetivo), e não facultativamente, como literalmente prevê a lei. “Nesta hipótese, portanto, não será possível impugnar o requerimento de gratuidade (CPC, art. 337, XIII), salvo se se acusar falsidade da prova remuneratória apresentada” (SOUZA JÚNIOR, 2018, p. 438).

Por outro lado, o empregado que não se enquadra nesse critério, estará vinculado ao § 4º, que determina à parte a comprovação da insuficiência de recursos financeiros. Para tanto, alguns doutrinadores se posicionam pela validade da declaração de pobreza, como indício da miserabilidade econômica, embora esse requisito tenha sido suprimido do novel art. 790 da CLT. “*Trata-se, pois, de presunção legal relativa de miserabilidade*”, que, por isso, permite prova em contrário (SOUZA JÚNIOR, 2018, p. 439).

Mesmo assim, a parte que tiver impugnado o seu pedido de gratuidade de justiça, deverá ter oportunizada a chance de comprovar o preenchimento dos pressupostos legais (art. 769 da CLT combinado com os arts. 15 e 99, § 2º, do Código de Processo Civil).

Contudo, o novo preceito celetista sobre gratuidade de justiça é lacunoso e não esclarece sobre quais salários se refere (se da contratualidade ou os atuais), tampouco sobre o momento processual em que os requisitos serão analisados.

Nessa toada, vale ponderar que um empregado pode receber um salário superior a 40% do teto da Previdência Social durante toda a contratualidade, mas, no momento da propositura da demanda, ou da prolação da sentença, estar desempregado e não possuir condições de arcar com as custas da demanda. De outro lado, pode o empregado receber salário inferior a 40% do teto da Previdência Social durante toda a contratualidade mas, ao propor a demanda, ou na prolação da sentença, já estiver recolocado no mercado de trabalho com salário superior e em condições de arcar com

as despesas processuais.

Além do que todos os critérios adotados pela legislação, se inflexíveis, como se demonstra ser esse dispositivo celetista, terão um efeito deletério ao empregado, afrontando o acesso à justiça, pois se concebem presunções que, nem sempre, refletem a realidade fática, além de serem, até mesmo, discriminatórias.

Nesse passo, o critério do valor auferido de renda não conduz à premissa lógica de que o empregado tem, ou não, condições de arcar com as despesas processuais, principalmente porque pode ser ele o único provedor de uma família, composta de vários dependentes economicamente.

Em suma, importante frisar que este dispositivo de lei deve ser interpretado de acordo com os preceitos constitucionais, notadamente o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988, que garante a assistência jurídica integral e gratuita a todos, indistintamente, que “comprovarem a insuficiência de recursos”.

Portanto, a despeito dos requisitos instituídos no art. 790, §§ 3º e 4º, da CLT, deverá ser garantida a gratuidade de justiça aos que comprovarem a insuficiência de recursos para arcar com a demanda judicial (art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal 1988), sob pena de obstrução ao direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988).

151

7.4 Honorários periciais e do intérprete

A quarta modificação diz respeito ao art. 790-B, e seus parágrafos, da CLT, que prevê a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais à parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, “ainda que beneficiária da justiça gratuita.”

Sob os mesmos argumentos já pontuados no item 7.2, este preceito inibe que o empregado hipossuficiente postule, na Justiça do Trabalho, verbas que dependam de prova pericial, tendo em vista que o resultado é incerto e pode lhe causar o desconto de outras verbas alimentares pleiteadas e deferidas, ainda que em outro processo. Este preceito, acredita-se, amedrontará o empregado de postular verbas que dependam essencialmente

da perícia judicial.

De antemão, é fato que o empregado não tem condições de saber se é portador de uma moléstia relacionada ao trabalho, ou não, e, ainda, se há insalubridade/periculosidade no seu local de trabalho ou, se houver, em que grau. São questões que exigem um trabalho técnico, tanto que o próprio magistrado se socorre de peritos (auxiliares da justiça) para amparar a sua decisão.

De toda sorte, ser sucumbente no objeto da pretensão objeto da perícia e receber outros créditos na demanda não conduz à conclusão de que o empregado possa arcar com essa despesa judicial sem prejudicar o seu sustento e o de sua família. Tal preceito celetista viola o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988 e caracteriza a obstacularização do acesso fundamental à justiça pelo empregado que dependa de perícia técnica/médica para comprovação do seu pleito, bem como fica desrespeitado o princípio da isonomia (material) entre os litigantes.

152

Além do mais, fato que demonstra a incongruência do sistema é a recente aprovação da Lei n. 13.660/2018, que alterou o § 2º do art. 819 da CLT, para dispor que as despesas decorrentes da contratação de intérprete para o depoimento de partes ou testemunhas “correrão por conta da parte sucumbente, salvo se beneficiário da justiça gratuita”.

Portanto, criam-se duas classes de auxiliares da justiça. Os que são remunerados pelas partes, ainda que o sucumbente seja beneficiário da justiça gratuita (peritos em geral). E os que serão remunerados pelo Estado, caso o sucumbente seja beneficiário da justiça gratuita (intérpretes). É, dessa maneira, mais uma incompatibilidade do sistema, diante do tratamento desigual dos auxiliares da justiça.

Nesse caso, também deverá ocorrer uma interpretação desse dispositivo celetista conforme à Constituição para compatibilizá-lo, sendo garantida a inexistência de pagamento dessas despesas aos que comprovarem a insuficiência de recursos financeiros (art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988), sob pena de ferir o acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988).

7.5 Imposição do pagamento de custas ao empregado que não comparecer à audiência inicial

A quinta alteração refere-se ao art. 844, §§ 2º e 3º, da CLT, que passa a impor o pagamento de custas ao empregado, mesmo beneficiário da justiça gratuita, que não comparecer à audiência inicial, sendo o pagamento dessas uma condição para a propositura de nova demanda, salvo se houver motivo legalmente justificável. Constitui, pois, uma penalidade ao empregado que não comparecer à audiência inicial.

Nesse caso, destaca-se que não é novidade a imposição do pagamento de custas ao empregado que não comparece a audiência inicial, o que já acarretava o arquivamento da demanda mesmo antes do advento da Lei n. 13.467/2017. Nesse caso, havia a extinção do processo sem julgamento de mérito, sendo ônus do empregado o pagamento das custas, mas, que, tratando-se de beneficiário da justiça gratuita, eram dispensadas.

A nova redação do art. 844, §§ 2º e 3º, da CLT, no entanto, além de não isentar o beneficiário da justiça gratuita dessas custas processuais decorrentes do arquivamento da demanda, ainda condiciona a propositura de nova demanda ao pagamento delas.

153

Nesse sentido, o dispositivo revela-se demasiadamente abrangente, pois a determinação para o pagamento das custas processuais não se restringe à repetição da demanda original. Isto é, o empregado que ingressar no juízo trabalhista e que não comparecer à audiência inaugural, sem apresentar justificativa legal, estará impedido de propor nova demanda, ainda que em face de outro empregador, tratando de questão absolutamente diversa. A rigor, esta é a literalidade do art. 844, § 3º, da CLT, embora desponham entendimentos diversos a respeito.

Numa interpretação razoável e sistemática do dispositivo, a cobrança das custas deve se restringir à propositura de demanda similar, em face do mesmo empregador, contendo pedidos idênticos, além de dispensar dessa condicionante os beneficiários da justiça gratuita, o que se harmonizaria com os preceitos fundamentais da Constituição Federal.

No entanto, da forma como estão dispostos, literalmente, os §§ 2º e 3º do art. 844 da CLT, fica evidente a violação do acesso à justiça para o

empregado, que é um direito fundamental garantido constitucionalmente (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), além do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, que prevê como direito do cidadão a assistência jurídica integral e gratuita.

Além do mais, tem-se que, por motivo legalmente justificável, pode se entender pela aplicação do art. 473 da CLT, que tipifica as faltas justificáveis no contrato de trabalho; do art. 6º da Lei n. 605/49, que dispõe sobre as ausências justificáveis ao trabalho, que mantém incólume o pagamento do descanso semanal remunerado; ou, por fim, as justas causas processuais, estatuídas pelo art. 223 do Código de Processo Civil.

Ocorre, todavia, que existem inúmeras causas possíveis para o empregado não comparecer à audiência inaugural, que se revelam muito pertinentes, embora não “legalmente justificáveis”, como, por exemplo, uma entrevista de emprego marcada no mesmo horário da audiência, o adoecimento de um ente familiar, a dificuldade de custear o transporte para sua locomoção até o Fórum trabalhista, o constrangimento de se ausentar do seu novo emprego para comparecer à audiência em período de contrato de experiência, dentre tantas outras.

Assim, o novel preceito celetista demonstra a desconexão do legislador com a realidade da vida de inúmeros trabalhadores, impondo mais um obstáculo ao acesso à justiça por parte do empregado (principalmente o hipossuficiente), além dos que já eram enfrentados antes da vigência da Lei n. 13.467/2017.

Ora, a finalidade da existência da Justiça do Trabalho é promover a justiça social, equilibrando as relações entre a força econômica e a força de trabalho, razão pela qual é imprescindível que seja franqueado o amplo acesso do empregado a esta Justiça Especializada, especialmente do hipossuficiente, que somente dispõe deste juízo para se socorrer e ter reconhecidos os seus direitos.

Dessa forma, a implementação dessas novas disposições celetistas deverá ser compatibilizada com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal (art. 5º, XXXV e LXXIV), atentando-se, principalmente, aos empregados beneficiários da justiça gratuita (hipossuficientes), que não podem ser compelidos a arcar com as custas

processuais, sob pena de se esvaziar a jurisdição trabalhista e incentivar as violações à legislação trabalhista.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A rasa leitura dos dispositivos legais modificados e/ou introduzidos pela Lei n. 13.467/2017, sem se ater às questões históricas que envolvem as relações trabalhistas, à finalidade precípua da existência da Justiça do Trabalho, aos princípios fundantes do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho e, ainda, aos direitos fundamentais do cidadão previstos na Constituição Federal, não revela os profundos impactos que serão enfrentados pelo trabalhador brasileiro para acessar à Justiça do Trabalho, conforme se esclareceu, ainda que, brevemente, no decorrer do presente artigo.

A interpretação e aplicação dos novos preceitos celetistas devem levar em conta que as relações jurídicas trabalhistas são peculiares. Diferenciam-se, sobremaneira, às demais situações tratadas pelas mais diversas searas do Direito, pelo seu cunho social e alimentar, motivo pelo qual não podem ser comparadas a despeito dos valores axiológicos próprios de cada área.

A frieza na análise de números estatísticos como fundamento para as alterações, sejam em relação à índice de propositura de ações trabalhistas, sejam de volume de pedidos das referidas ações, ou, até mesmo, sejam de valores orçamentários para manutenção da atividade da Justiça do Trabalho, não se revela adequada, coerente e razoável.

Por essa razão, as soluções apresentadas pela “Reforma Trabalhista”, notadamente em relação ao acesso à justiça, demonstram a forma imediatista, precipitada e irresponsável do legislador ao tratar de tema tão sensível e caro ao cidadão. Optou por, simplesmente, obstacularizar o acesso à justiça pelo trabalhador, criando a ilusória impressão de redução dos conflitos trabalhistas, ao invés de propor um profundo estudo sobre as causas que deságuam na Justiça do Trabalho, para, então, promover os ajustes necessários, com embasamento, lucidez e precisão.

Assim, não se questiona que havia a necessidade de aprimoramento da legislação no sentido de promover o amplo acesso à justiça trabalhista e, em

contrapartida, conter os abusos na utilização do direito de ação por alguns. O que se critica é a forma açodada como foram concretizadas as alterações legislativas sobre o tema, negligenciando os princípios constitucionais e trabalhistas, o que já culmina na grande insegurança jurídica vivenciada pelos empregados e empregadores.

Destarte, o presente artigo descortinou as principais alterações legislativas promovidas pela Lei n. 13.467/2017, especialmente quanto aos obstáculos impingidos aos trabalhadores para acessar a Justiça do Trabalho, ressaltando que somente poderão ser implementadas se compatibilizadas com os preceitos fundamentais da Constituição Federal e com os princípios do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho, a fim de tornar o sistema normativo brasileiro coeso e harmônico.

REFERÊNCIAS

156

BENJAMIN, A. H. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico:** apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do ambiente e do consumidor, Textos - Ambiente e Consumo, vol. I, CEJ - Centro de Estudos Judiciários, Lisboa-Portugal, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5766.** Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 9 de maio de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>> Acesso em: 28 jul. 2018.

_____. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. **Teses Plenárias.** Disponível em: < <https://www.anamatra.org.br/conamat/teses-plenaria-final> > Acesso em: 30 maio 2018.

CALCINI, Ricardo. **Tempos de Reforma Trabalhista:** estatística traz uma redução drástica no número de novas ações em todo o Brasil!. Jusbrasil. Disponível em: <<https://ricardocalcini.jusbrasil.com.br/noticias/542371851/tempos-de-reforma-trabalhista-estatistica-traz-uma-reducao-drastica-no-numero-de-novas-acoes-em-todo-o-brasil>> Acesso em: 28 jul. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Trad. Ellen Gracie Northfleet. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araujo [et al]. **Teoria Geral do Processo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FARIAS, James Magno Araujo. **Direito constitucional do trabalho:** sociedade e pós-modernidade. São Paulo: LTr, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **Portal de notícias**. Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br/portal/areas/ascom/extranet/noticias/2018/junho.jsp#n12>> Acesso em: 23 jun.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. [et al.]. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 49

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Umberto [et al.]. **Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017 e da Med. Prov. n. 808/2017**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.



A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE: UMA ABORDAGEM CRÍTICA AO ART. 461, § 3º, DA CLT

*Fernanda Barata Silva Brasil*¹

Resumo: A Constituição Federal adota a igualdade como princípio informativo de todo o ordenamento jurídico brasileiro e também, como regra, cria direito subjetivo à isonomia. A igualdade é quebrada sempre que se estabelece distinção desprovida de lógica, baseada em premissa meramente subjetiva. Até o advento da Reforma Trabalhista, a equiparação salarial era obstada quando o empregador adotasse quadro de carreira, desde que tal instrumento previsse sistema alternado de promoções por antiguidade e merecimento. O art. 461 da CLT foi alterado pela Lei nº 13.467/2017. Segundo a nova redação de seus parágrafos 2º e 3º, basta que o quadro de carreira preveja promoções por antiguidade ou por merecimento para se constituir em elemento apto a afastar o pleito equiparatório. Assim, porque abre possibilidade à discricionariedade patronal na distribuição de salários entre empregados exercentes de mesmo labor, é inconstitucional a nova regra, ferindo os arts. 5º, *caput* e 7º, inciso XXX, da Constituição Federal.

159

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Princípio da Igualdade. Equiparação salarial. Quadro de carreira. Promoções por merecimento.

1 INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil se estabeleceu sob o primado da igualdade, como assente já no Preâmbulo² da nossa Constituição Federal. Não

1 Advogada. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Sócia da Sociedade de Advogados Trabalhistas Marcos Juliano Borges de Azevedo, atua junto ao SENGE/RS. fbaratasilvabrazil@gmail.com.

2 Consta do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o

por outra razão, o legislador constituinte incluiu a igualdade entre os direitos e garantias fundamentais, como se lê do art. 5º³ *caput* do Texto Constitucional de 1988.

Para além do tratamento igualitário frente à lei, a Carta de 1988 assegura igualdade material, estabelecendo uma série de obrigações que visam a mitigar as distinções sociais, econômicas e culturais existentes entre os sujeitos, e que surgem a partir da dinâmica social.

Nossa Constituição preza, ainda, pelas políticas de inclusão social, que visam a garantir igualdade de forma mais ampla, assegurando as mesmas oportunidades aos atores sociais. Os próprios direitos trabalhistas, enquanto direitos sociais que são, foram elencados entre os direitos e garantias fundamentais, inclusive prevendo a isonomia no âmbito das relações de trabalho⁴.

¹⁶⁰ A Consolidação das Leis do Trabalho, desde sua edição em 1943, estabeleceu regras destinadas a preservar o princípio da igualdade no âmbito do contrato de emprego, sendo, assim, recepcionadas pelo Texto Constitucional de 1988. Entre os institutos celetistas harmonizados com o direito fundamental à igualdade é possível citar a isonomia salarial, tratada no art. 461 da CLT.

Conforme a norma celetista original, empregados de idêntico conteúdo ocupacional deveriam perceber salários também idênticos, tratando a lei de elencar, com precisão, as situações em que esta paridade seria excepcionada. Entre as hipóteses em que o legislador entendeu por afastar a

bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”

3 Art. 5º, *caput* da CF: “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:”

4 Art. 7º, XXX da CF:

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

XXX- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.”

equiparação entre colegas exercentes de mesmo labor, constava a adoção de quadro de carreira pelo empregador, desde que tal instrumento contivesse previsão de promoções alternadas por antiguidade e merecimento.

Pois bem, a Lei nº 13.467/17, chamada “Reforma Trabalhista”, alterou, profundamente, o art. 461 da CLT, tornando bastante mais restrita a possibilidade de equiparação salarial entre colegas praticantes das mesmas funções. Salienta-se, entre as inovações trazidas pelo legislador reformista, aquela que dispensa o regime de promoções alternadas por antiguidade e merecimento para que um quadro de carreira seja considerado apto a obstar a equiparação salarial, admitindo suficiente, para tal finalidade, que o instrumento preveja apenas um dos critérios de promoção antes mencionados (ou por antiguidade, ou por merecimento).

O objetivo deste trabalho é enfocar o direito à igualdade tal como consagrado na trintagenária Carta Constitucional de 1988, examinando em que medida ele foi violado pela Lei nº 13.467/17 ao excepcionar o direito à equiparação salarial pela adoção de quadros de carreira calcados exclusivamente em promoções por merecimento.

161

A matéria desafia o controle hermenêutico da jurisprudência, de pronto, razão pela qual se faz oportuno instigar o debate nesta seara. É o que o presente artigo se propõe a fazer nas próximas linhas.

2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE IGUALDADE

Na tradição republicana, segundo Aristóteles, “a relação entre os cidadãos e o espaço público é marcada pela igualdade”, como nos lembra ADVERSE (2013, p.28). A própria ideia de justiça, sobre a qual deve se assentar a estrutura política de uma sociedade, ainda na visão aristotélica, pressupõe a conjunção de três elementos: a liberdade, a supremacia do interesse público sobre o individual e a igualdade entre os sujeitos que integram a comunidade (ADVERSE, 2013, p.29).

Portanto, não há como se cogitar de Estado Democrático de Direito sem o império do princípio da igualdade, o qual remonta ao Direito Natural.

O constitucionalismo moderno conviveu com o princípio da

igualdade desde os seus primórdios, figurando na Declaração dos Direitos da Virgínia (1776)⁵ e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Já no Século XX, constou na Declaração da ONU (1948), na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e em várias Convenções Internacionais para eliminação de discriminações de raça (1965), contra a mulher (1979), contra pessoas portadoras de deficiências (1999), entre outras.

A partir do século XIX, o primado de que “todos são iguais perante a lei” passou a constar nos textos constitucionais de diversos países, expandindo-se a adoção da igualdade como marco estruturante dos Estados Nacionais.

Note-se que, no primeiro momento, as Cartas Constitucionais lograram consagrar o princípio da igualdade sob seu enfoque meramente formal. Vale dizer, preocuparam-se em estabelecer que todos receberiam idêntico tratamento perante a lei, combatendo privilégios oligárquicos, em inspiração que remontava ao Iluminismo e à Revolução Francesa. Como, de há muito, referia CAMPOS (1958, p. 189) “o princípio da igualdade perante a lei tem, assim, por principal destinatário o legislador”, obstando a inserção de privilégios legais para castas mais abastadas da sociedade. Nos sistemas jurídicos contemporâneos, todavia, são flagrados inúmeros exemplos em que o respeito ao tratamento igualitário frente às normas é exigido também de particulares, os quais estão proibidos de praticar atos discriminatórios nas relações cotidianas e contratuais.

Portanto, parece correto afirmar que o princípio da igualdade, em sua feição formal, consiste no primado de que a lei não é um mero instrumento volitivo do legislador em favor daqueles com quem guarda afinidades, sendo oponível igual comportamento ao particular quando este cuida de aplicar a regra em suas relações em sociedade. Assim, por exemplo, é obviamente ilegítimo que o legislador exclua crianças de certa religião do direito à educação, tampouco sendo admissível que uma escola particular negue matrícula a quem não professe determinada fé, ainda que se trate de uma instituição vinculada a uma ordem religiosa. Vale a máxima de que os particulares não podem estabelecer distinções quando a lei não poderia

5 Contraditoriamente a isso, a Constituição Americana conviveu com a escravidão até 1863.

fazê-lo.

A definição de igualdade, todavia, não ficou por aí.

Com o passar do tempo, foi percebido que o mero princípio de que a “lei é igual para todos” não servia à realização plena da justiça, na medida que não atingia a origem mesma da desigualdade.⁶ Sob o regime de *laissez-faire*, a igualdade e o acesso à justiça eram meramente formais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9). A mudança para um paradigma voltado a menor desigualdade social conclamou, pois, um sistema jurídico mais inclusivo. Passou-se a exigir, então, que o próprio conteúdo da lei tivesse uma carga igualitária. Não mais bastava que a lei fosse dirigida a todos (ou seja, subordinasse a todos indistintamente- igualdade formal), sendo necessário também que seu conteúdo, intrinsecamente, se destinasse a combater desigualdades entre as pessoas.

Diferentes países passaram, então, a estruturar seus respectivos sistemas jurídicos de modo sensível às distintas circunstâncias vivenciadas pelos sujeitos a eles submetidos. Agora, já não bastava exigir do Estado que todos os cidadãos fossem tratados de forma idêntica frente ao ordenamento jurídico. Haveria de se valorizar e defender legitimamente as diferenças, ponderando os direitos de acordo com as necessidades e peculiaridades reais de cada um.

163

Embora citada à exaustão, a Oração aos Moços (BARBOSA, 1997, p. 26) parece ser de inafastável lembrança nessa quadra:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam”, pois, ‘tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real’.

Invocando o conceito de justiça distributiva que herdamos de Aristóteles, o jurista baiano, ainda em 1920, findou por enfatizar a espinha dorsal da igualdade material: a lei deve cuidar de forma idêntica os iguais e de forma diversa os desiguais, utilizando-se de elementos razoáveis e justos que estabeleçam legitimidade e proporção à distinção, sendo rechaçada,

⁶ Veja-se o art. 206, I da Constituição Federal de 1988.

“Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;”

pois, a mera arbitrariedade.

Assim, quando não há elementos razoáveis que justifiquem um tratamento desigual, é obrigatório tratar igualmente; quando não há elementos razoáveis que justifiquem um tratamento idêntico, é obrigatório tratar desigualmente (ALEXY, 2011, p. 401 e seguintes).

Sem que tivesse abandonado o primado da submissão indistinta à lei, pois, o Direito Constitucional evoluiu no conceito de igualdade, acrescentando o traço marcante dessa segunda fase: seu caráter distributivo. Reflexo desse amadurecimento quanto ao conceito de justiça e igualdade foi o surgimento de ramos do Direito que estabelecem proteção a sujeitos vistos como hipossuficientes (Direito do Trabalho, Direito do Consumidor), ou vulneráveis (Direito do Menor), aqui mencionados apenas de forma exemplificativa.

Por fim, o conceito de igualdade chegou ao seu terceiro estágio: no âmbito do constitucionalismo mais atual, o princípio da igualdade está atrelado a um dever de promoção de ações compensatórias das diferenças sociais, econômicas e culturais, de modo a mitigar as desigualdades reais entre os integrantes de uma mesma comunidade, dando a todos as mesmas oportunidades. É o império do Estado de bem-estar social, que promove a defesa dos interesses dos menos afortunados, compensando as desigualdades reais, de forma a preservar a dignidade humana.

O início do Século XX ainda vivia a Segunda Revolução Industrial, com o avanço de novas tecnologias e o crescimento do operariado urbano, quando eclodiu a Primeira Guerra Mundial (1914-1918). Estes dois eventos marcaram a história como elementos de profunda transformação social. Somente após este conflito bélico “é que surgiram novos conceitos de vida, transformando os direitos sociais em garantias positivas da sociedade” (MORAES FILHO; MORAES, 2014, p.122). A crise do pós-guerra, a quebra da bolsa de 1929, a situação precária dos trabalhadores (naquela época de desregulamentação das relações laborais) e a miséria da população em geral (ainda sufocada pelo conflito que destruiu boa parte da Europa) convergiram num movimento de anseio pela proteção social.

O marco positivo do novo modelo constitucional de concepção social remonta à Constituição Mexicana de 1917, precocemente voltada

para os direitos dos menos favorecidos, em comparação às Cartas de outros países, por conta da revolução popular pela qual acabara de passar aquela nação. Mas foi a Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar), porque menos focada na solução de problemas regionais, que serviu de paradigma para vários outros textos constitucionais supervenientes, consagrando o constitucionalismo social.

A partir do final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o modelo de sistema jurídico voltado a mitigar as disparidades sociais se espalhou pelo mundo, sendo vários os países que passaram a dispor sobre direitos econômicos e sociais na própria Constituição. Era o cume de um longo processo histórico que “veio a implicar uma profunda transformação do Estado: a transformação do Estado liberal no Estado-Providência.” (SANTOS, 2013, p.177).

O Brasil não tem sido exceção. Nossa Constituição Federal consagra o dever de observância da igualdade como regra (mais do que como princípio⁷) em suas três dimensões:

(...) é possível afirmar que também no Brasil o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: (a) proibição de arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p.339 *apud* SARLET; MARONONI; MITIDIERO, 2018, p. 597)

Vemos, pois, que a igualdade se estabelece como direito fundamental no Brasil sob os enfoques formal, material e social, os quais se manifestam em suas eficácias negativa e positiva. De fato, do nosso Texto Maior se evidenciam (a) vedações ao Poder Público e aos particulares de

7 Também se posiciona no mesmo sentido Celso Ribeiro Bastos ao dizer que “a igualdade no direito moderno, além de ser um princípio informador de todo o sistema jurídico, reveste-se também da condição de um autêntico direito subjetivo”. In BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 183.

assumirem iniciativas de cunho discriminatório (eficácia negativa, que exige uma abstenção por parte alguém), e ainda (b) exigência de prática de ações afirmativas e políticas públicas que propiciem a igualdade de oportunidades no meio social (eficácia positiva, que impõe postura comissiva).

Não por outra razão, a Carta Federal de 1988 consagrou que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5º, *caput*), estabelecendo, ainda, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput*).

Não se ignora que a doutrina constitucionalista mais atual, com alguma controvérsia, considera que os princípios, assim como as regras, são espécies do gênero norma, possuindo eficácia, pois, para impor obrigações, vez que fonte de direitos subjetivos. Nesse diapasão, não tem significância maior, do ponto de vista prático, contrapor princípio e regra como categorias diversas. O que parece importante ressaltar, todavia, é que a igualdade não se presta apenas a informar, implicitamente, o ordenamento jurídico pátrio, estando explícito e positivado o dever de observá-la.⁸

166

3 OS DESTINATÁRIOS DO PRINCÍPIO/REGRA DA IGUALDADE

Para além de princípio informativo, a igualdade consiste em direito subjetivo no sistema jurídico brasileiro, conforme comentado anteriormente. E como direito, que é, obriga determinados sujeitos.

Por algum tempo, com ênfase ao início do constitucionalismo moderno, a doutrina entendia que o direito à igualdade era oponível apenas ao Poder Público, especialmente ao legislador. Entende-se a limitação

8 Paulo Bonavides nos ensina que “a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: (...) a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, (...)a total hegemonia e preeminência dos princípios.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 294.

histórica desse pensamento, porquanto, à época, o desiderato da cidadania era se defender de um Estado tirano, que se limitara a distribuir, até então, privilégios a estratos mais altos da pirâmide social.

Na atualidade, já não deve haver dúvida de que o princípio da igualdade e as regras nele assentadas se dirigem também aos particulares, que não podem praticar discriminações vedadas ao legislador. Trata-se da eficácia horizontal do direito fundamental à igualdade, assim chamada pela doutrina porquanto se irradia entre sujeitos privados, de mesma hierarquia (que estão em posição de horizontalidade, portanto), ao contrário do que ocorre na eficácia observada na relação entre o Estado e os particulares, de nítido viés vertical (OLIVEIRA, 2010, p. 308).

No que pertine à igualdade perante a lei, cabe entendê-la como extensiva aos contratos, leis que são entre as partes. Assim, é certo que o legislador não poderá instituir discriminações por meio de atos normativos, como, por exemplo, proibir que a mãe divorciada compartilhe a guarda dos filhos menores pelo simples fato de ser mulher⁹. Da mesma forma, não poderá um restaurante proibir o ingresso de mulheres que não estejam acompanhadas por um homem, como, infelizmente, era comum no nosso País, na década de 70. Nesse segundo exemplo, não há poder público envolvido. Trata-se de um estabelecimento comercial que se dedica a fornecer alimentação à clientela. A princípio, alguém poderia invocar a autonomia de vontades, dizendo que o proprietário do restaurante pode escolher o cliente que quer receber. Todavia, essa liberdade de contratar tem limites, esbarrando na impossibilidade de se adotar critério de escolha calçado exclusivamente no gênero, e, portanto, discriminatório.

Mesmo na seara privada, então, o direito à igualdade prevalece, não se admitindo que o contrato possa ser oferecido apenas a sujeitos selecionados, exclusivamente, pelo critério de gênero, que não se apresenta como *discrímén* justificável frente aos valores preservados pelo nosso ordenamento jurídico. Obviamente que a ponderação poderá nos levar a

⁹ Conforme dispõe o art. 5º, I da Constituição Federal de 1988:

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

concluir de forma diversa frente a um caso concreto, sendo legítimo que, em certas situações, a limitação da clientela ocorra por motivo de gênero, sem que se evidencie ato discriminatório. Pensemos, por exemplo, em uma sauna que se recusa a atender clientes do sexo masculino, de modo a preservar, assim, a privacidade das mulheres que recorrem aos serviços do estabelecimento em trajes menores, ou de banho. Aí, por evidente, há elemento razoável, justificável, racional a dotar de legitimidade a distinção de gênero.

Em resumo, tanto o Poder Público, quanto o particular são proibidos de discriminar por motivo de raça, cor, gênero, idade, ou qualquer outro motivo, o que se verifica sempre que se institui traço distintivo esvaziado de justificativa lógica frente ao objeto da norma, ou do contrato.

No campo da igualdade material, também há hipóteses em que o direito subjetivo à igualdade pode ser oposto, não só ao Poder Público (eficácia vertical), mas, também, a particulares (eficácia horizontal). A reserva de vagas para deficientes nos estacionamentos de grandes centros comerciais é uma típica providência tendente a equalizar uma condição diferenciada vivida pelos usuários daqueles estabelecimentos, buscando compensar dificuldades dos mais vulneráveis em face da generalidade dos consumidores¹⁰.

Frente ao Estado são inúmeros os direitos subjetivos que expressam o respeito à igualdade substantiva, ou seja, aquela que procura compensar os desiguais em suas singulares circunstâncias. Exemplo claro disso, entre tantos possíveis, é a isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria que beneficia portadores de câncer.¹¹

Por fim, mesmo no âmbito das políticas inclusivas, voltadas à realização da justiça social, há obrigações decorrentes do direito à igualdade que são dirigidas a particulares. É possível citar, exemplificativamente, a obrigação das escolas particulares em aceitar matrículas de alunos com

10 Conforme Art. 277, parágrafo 1º, inciso II da CF, Lei 10.098/2000, combinada com o Decreto 5.296/2004 e com o art. 181, inciso XVII, da Lei 9.503/97 (Código Nacional de Trânsito).

11 Verificar inciso XIV, do art. 6º da Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988.

deficiências físicas e mentais¹². No âmbito do Poder Público são inúmeros os exemplos passíveis de serem invocados, cabendo destacar apenas um, de enorme relevância social, e não por isso menos causador de injusta polêmica: o sistema de cotas raciais nas universidades públicas do País.¹³

Resumidamente, em todas as suas vertentes, o princípio/direito de igualdade conclama como destinatários tanto o Estado, quanto os particulares.

O contrato de trabalho é um exemplo clássico de relação jurídica que, embora de natureza privada, é informada pelo princípio da igualdade.

Mais do que isso, aliás, o Direito do Trabalho é prenhe de normas que trazem para o bojo do contrato obrigações decorrentes do direito subjetivo à igualdade, extrapolando a esfera da mera principiologia. Reflexo direto disso é o direito à percepção de salários idênticos por todos aqueles empregados que exerçam a mesma função¹⁴, em trabalho de igual valor, exemplo que interessa mais de perto na presente análise.

Antes que se trate da isonomia salarial propriamente dita, entretanto, importa examinar de que forma, e em que medida, a igualdade se positivou no sistema jurídico do País.

169

4 O DIREITO À IGUALDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E SUA CONEXÃO COM O DIREITO DO TRABALHO

O princípio da igualdade se fez presente desde a inauguração do constitucionalismo brasileiro. Inspirada nas Cartas Americana de 1776 e

12 A Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) alterou o art. 8º da Lei 7.853/89 para fazer constar em seu art. 8º, I que é crime “recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência.”

13 Ver Lei de Cotas- Lei 12.711/2012.

14 Como pacificado na jurisprudência pátria, a igualdade de funções deve ser tomada como identidade de conteúdo ocupacional, sendo irrelevante a denominação atribuída ao “cargo”. Neste sentido a Súmula 6, III do TST: “A equiparação salarial só é possível se o empregado e o paradigma exercem a mesma função, desempenhando as mesmas tarefas, não importando se os cargos têm, ou não, a mesma denominação.”

Francesa de 1789 (frutos das revoluções liberais de seus respectivos países), a Constituição Imperial de 1824 previa que “a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um” (art. 179, XIII), acrescentando que “todo o Cidadão pode ser admitido aos cargos públicos civis, políticos ou militares, sem outra diferença que não seja dos seus talentos e virtudes” (art. 179, XIV). Obviamente, ao gosto do espírito da época, nossa primeira Constituição se limitava a prever a igualdade formal, resguardando que a lei asseguraria o mesmo tratamento a todos os cidadãos.

Veja-se que os negros, porque escravizados naquele tempo, estavam excluídos dessa garantia (sequer eram cidadãos), o que já era suficiente para aniquilar aquela primeira Carta como documento efetivamente destinado a realizar o primado da igualdade, na sua real definição, atrelada que está ao princípio da dignidade humana.

170 A partir daí todas as Constituições do Brasil contiveram resguardo à igualdade, ampliando o trato dado à matéria, de acordo com os valores de cada momento político.

A Constituição de 1891 foi nosso primeiro Texto Maior sob regime republicano. Natural, então, que desse ênfase à igualdade, como o fez de fato, abolindo todos os privilégios decorrentes do extinto regime monárquico. Constava do seu art. 72, § 2º: “Todos são iguais perante a Lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”.

A Carta Política de 1934 representou grande avanço no conceito de igualdade. Era nosso primeiro Texto Constitucional após a virada para o século XX, período de grande ebulição social e política. Foi inspirada pelas Constituições mexicana (1917) e alemã (1919), ambas de cunho socialdemocrata, e pelo surgimento da OIT em 1919. Surgiu sob a turbulência do início da Era Vargas, influenciada pela crise econômica de 1929 e pelas reivindicações do operariado urbano que experimentava péssimas condições de vida e trabalho desde a eclosão da Segunda Revolução Industrial. Nesse panorama político-econômico, a Constituição de 1934 tratou de inserir em seu texto uma definição mais ampla de igualdade, dispondo, pela primeira

vez, sobre o valor do trabalho (erigido à condição de direito pelo art. 113, item 34) e estabelecendo garantias aos trabalhadores, mesmo que de forma ainda tímida.

Para além da igualdade perante a lei, o Texto Maior de 1934 assegurou a isonomia como direito dos obreiros, vedando “diferenciação de salário para o mesmo trabalho em função da idade, sexo, nacionalidade ou estado civil” (art. 121, § 1º, *a*). Ainda, o mesmo art. 121, no seu § 2º, ressaltava inexistir “distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos”.

Instaurou-se o Estado Novo, período antidemocrático do governo de Getúlio Vargas, o qual outorgou a Constituição de 1937, conhecida por “Polaca”, já que inspirada na autoritária Carta polonesa de 1935. A igualdade perante a lei limitou-se a ser prevista de forma genérica no art. 122, § 1º, do novo Texto, e o trabalho foi tratado como dever perante a sociedade, sendo assegurada “a proteção e a solicitude especiais do Estado” ao “trabalho intelectual, técnico e manual” (art. 136).

A Constituição de 1946 consagrou a redemocratização no Brasil. Voltamos a ter a igualdade de tratamento ante a lei, acrescida da garantida da isonomia no âmbito trabalhista. O trabalho não podia sofrer distinção salarial em função de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil (art. 157, II), sendo reeditados valores consagrados na Carta Política de 1934. Seu art. 145 estabeleceu que a ordem econômica deveria ser organizada “conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”, constando do seu parágrafo único que o trabalho seria assegurado a todos, como forma de possibilitar a existência digna, sendo, pois, ao mesmo tempo, direito e “obrigação social”.

Nosso País viu-se mergulhado no Regime Militar instalado a partir de 31 de março de 1964. Como consequência desse golpe de estado, veio a Constituição de 1967, emendada de forma radical em 1969. Foi uma Carta Política que restringiu drasticamente as liberdades civis, mas paradoxalmente ampliou os direitos sociais, trazendo para o campo constitucional vários direitos trabalhistas previstos em leis esparsas (como salário mínimo, férias anuais, repouso remunerado, adicional noturno, jornada limitada, entre outros). Mantida, ainda, a vedação de distinção entre trabalho manual,

técnico ou intelectual e entre seus respectivos profissionais (art. 158, inciso XVIII), bem como expressamente assegurada a isonomia salarial, através do inciso III daquele mesmo art. 158 que estabelecia a “proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil”. Foi a primeira vez, no nosso sistema constitucional, que a discriminação ficou expressamente vedada para efeito de admissão de empregados.

Chegou o ano de 1988, com a promulgação da festejada “Constituição Cidadã”. Editada após o renascimento do Brasil para um novo período democrático, cuidou de avançar no binômio liberdade e igualdade.

Conforme ensinam Sarlet, Marinoni, Mitidiero (2018, p. 596), na nova Carta de 1988 “a igualdade obteve lugar de acentuado destaque em várias passagens do texto constitucional, a começar pelo Preâmbulo, onde a igualdade (ao lado da justiça) e o valor de uma sociedade pluralista e sem preconceitos integram os valores centrais da ordem jurídico-constitucional”.

172 Nesse diapasão, a igualdade é prevista como princípio sobre o qual se assenta o Estado brasileiro, e também é encontrada como norma positiva que impõe abstenções e ações, especialmente ao Poder Público, mas não apenas a ele, como visto alhures.

A Constituição Federal de 1988 está completando 30 anos, ao longo dos quais tratou de estabelecer, para além do direito geral de igualdade (que preserva o tratamento idêntico perante a lei- art. 5º, *caput*), inúmeras cláusulas especiais, de conteúdo impositivo, que asseguram a realização daquele valor juridicamente tutelado por iniciativas positivas de isonomia e de abstenção quanto à discriminação.

Tamanho é o destaque dado à igualdade no nosso Texto Maior, que a inexistência de discriminação por origem, raça, sexo, cor, idade, ou qualquer outro motivo, é elencada entre os “os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”. Nesse sentido dispõe seu art. 3º, inciso IV.

Há, ainda, inúmeras outras disposições da Constituição de 1988 que proíbem discriminações e asseguram idênticas oportunidades, mostrando a dimensão da igualdade como valor fundamental da tutela jurídica pátria. Podem ser citadas exemplificativamente: igualdade entre homens e mulheres para efeito de direitos e obrigações (art. 5º, I); “acesso

universal e igualitário às ações e serviços” relacionados à saúde (art. 196, *caput*); proibição de discriminações relacionadas à filiação (art. 227, § 6º).

Portanto, a igualdade permeia todo o Texto Constitucional, desde a caracterização dos direitos fundamentais, sendo imposta como direito exercitável nas mais variadas esferas da cidadania: relações familiares, acesso à saúde, educação, direitos políticos, etc. Obviamente que a relação de trabalho não poderia ficar alheia a este tratamento.

Comentando as inovações trazidas pela Constituição de 1988, salienta Ledur (1988, p. 67) que “do ponto de vista estritamente normativo, os direitos sociais são *direitos fundamentais*. Portanto, deixaram de fazer parte do capítulo relativo à ordem econômica e social, como ocorria nas Constituições de 1946, 1967 e Emenda Constitucional n. 1, de 1969”.

Assim, os direitos trabalhistas e o próprio direito ao trabalho, como direitos sociais que são, ganharam nova hierarquia na Constituição de 1988, estando inseridos entre os direitos fundamentais, como a própria igualdade. O entrelaçamento entre esses direitos fundamentais também foi tratado pelo Texto de 1988.

173

De fato, com a Constituição Federal de 1988 o trabalho foi colocado entre os fundamentos da nossa República, como valor social, ao lado da dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa (art. 1º, incisos III e IV), sendo igualmente cuidado pelo legislador constituinte sob o enfoque da igualdade.

Nesse sentido, o art. 7º, inciso XXX, dispõe ser direito dos trabalhadores a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”, constando do inciso XXXI do mesmo artigo a “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”. Importante citar, ainda, a garantia da “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”, constante do inciso XXXIV daquele mesmo art. 7º, e também a “proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos” (art. 7º, XXXII), regras que nitidamente acolhem para as entranhas da relação empregatícia o império da igualdade.

Na esfera da legislação ordinária, ainda em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho cuidou de estabelecer uma série de disposições garantidoras da igualdade no plano do contrato de emprego, no que foi integralmente recepcionada pela Carta Política de 1988, como já mencionado.

No parágrafo único, do art. 3º da CLT, foi consagrada a inexistência de “distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual”.

Já o art. 5º celetista estabeleceu que “a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo”.

Incluído pela Lei nº 9.799/99, o art. 373-A da CLT vedou:

- 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;
- II. **recusar emprego**, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão do sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;
- III. considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidade de ascensão profissional;
- IV. **exigir atestado ou exame**, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, **na admissão ou permanência no emprego**;
- 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;

A discriminação é, pois, expressamente proibida em nosso ordenamento jurídico.

Especificamente no trato do salário, a regra geral instituída pela CLT aponta para igualdade de paga a quem exerce trabalho equivalente, ou semelhante, em não havendo comprovado ajuste sobre o tema. É o que indica o art. 460 celetista: “Na falta de estipulação do salário ou não havendo prova sobre a importância ajustada, o empregado terá direito a perceber

salário igual ao daquele que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante”.

Presente o objeto deste trabalho, é de maior interesse o conteúdo do art. 461 consolidado, com redação dada pela Lei nº 1.723/52, que, até o advento da Reforma Trabalhista, dispunha:

Art. 461- Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

§ 1º- Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a 2 (dois) anos.

§ 2º- Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira, hipótese em que as promoções deverão obedecer aos critérios de antiguidade e merecimento.

§ 3º- No caso do parágrafo anterior, as promoções deverão ser feitas alternadamente por merecimento e por antiguidade, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º- O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.

Os arts. 460 e 461, *caput*, da CLT cuidaram do princípio geral da isonomia salarial¹⁵, que veio a ser positivado de forma a compor direito subjetivo do empregado à percepção de salário idêntico àquele pago ao seu colega de mesmo conteúdo ocupacional.

Não há dúvida, pois, que o Direito do Trabalho brasileiro adotou a igualdade como princípio informativo e como regra positiva, tanto no trato constitucional, quanto ordinário, existindo direito subjetivo à isonomia

15 Cabe ressaltar que, no particular, concordamos com a doutrina de Celso Ribeiro Bastos, quando se utiliza do termo “isonomia” como sinônimo de “igualdade”, muito embora existam vários trabalhos acadêmicos que preferem restringir o uso daquele como equivalente à igualdade no sentido material. Não parece existir sentido prático em tal distinção terminológica, todavia, quando se conhecem as diversas acepções do conceito de igualdade, detectando-se sua abrangência no contexto apresentado.

salarial.

Aliás, é de ser aplaudido o caráter detalhado com que foi previsto o direito à isonomia salarial no ordenamento jurídico pátrio. Sobre o assunto salienta Damasceno (1995, p. 241) que “poucas legislações contêm o princípio isonômico regulado de forma tão minuciosa e casuística como foi feita no Brasil. Em geral é enfatizada a indiscriminação do sexo do trabalhador, inadmitindo-se, como consequência, as diferenças salariais por fatores subjetivos.”.

A Convenção nº 100 da OIT consagrou o direito à igualdade de remuneração entre homens e mulheres, para um trabalho de igual valor, estando o Brasil entre os 171 países que a ratificaram.¹⁶ É comum, portanto, encontrarmos a expressa vedação à discriminação salarial entre gêneros nas legislações nacionais dos Estados Membros daquela agência da ONU, o que demonstra ser este um tema caro a quase universalidade dos povos. Nem todos os países, porém, cuidaram de aprofundar o trato do direito à isonomia salarial, ficando restritos à questão da proteção à mulher trabalhadora, ou, no máximo, cuidando do combate a outras formas de discriminação, como a decorrente de raça, por idade, atividade política, etc. Nesse aspecto, é flagrante a superioridade da legislação brasileira que exauriu o tema da isonomia salarial, garantindo o direito à igualdade de paga entre colegas exercentes de idêntico labor, mesmo quando não se cogita de ato discriminatório.

A Alemanha e Reino Unido, por exemplo, preocupam-se sobremaneira com a situação da discriminação salarial da mulher, que permanece percebendo uma média remuneratória menor no mercado de trabalho daquelas nações, a despeito da igualdade salarial entre os gêneros ser regra há décadas, desde as respectivas ratificações à Convenção nº 100. Por essa razão, ambos os países editaram leis, no ano de 2017, que obrigam as grandes empresas a divulgarem os salários de seus empregados para que possa ser aquilatada eventual distinção salarial entre trabalhadores homens e mulheres.

Vê-se profunda atenção da Alemanha, ainda, com a disparidade

16 O Decreto Legislativo nº 24/56 contém a aprovação da Convenção nº 100 da OIT pelo Congresso Nacional e o Decreto nº 41.721/57 cuida da sua promulgação.

salarial entre os empregados efetivos e os trabalhadores temporários que têm sido contratados em maior número nas últimas décadas. Por isso, desde 2003, vigora naquele País o “imperativo da igualdade de remuneração” que visa a mitigar as distinções salariais suportadas pelos trabalhadores temporários em sua precária situação.

Não há, entretanto, nos países citados, previsão legal expressa e minuciosa quanto à isonomia salarial de forma genérica, vale dizer, entre todos os empregados que exercem trabalho de igual valor para o mesmo empregador. O mesmo ocorre na Espanha, na Itália, entre outros países europeus, onde se vê forte proteção legal contra a discriminação salarial de gênero, e ainda de raça, por motivos políticos, religiosos e até sindicais, mas não há uma exauriente previsão de igualdade salarial entre todos os que executam trabalho idêntico, ou de mesmo valor, quando se cogita de sujeitos que não sofrem os preconceitos banidos por lei.

O Código do Trabalho português é destaque entre as nações europeias, por ter disposto com mais zelo e detalhamento o direito à isonomia salarial. Para além da proibição de práticas discriminatórias, bastante esmiuçadas nos arts. 24, 25 e 26, o referido Código cuidou de forma explícita do direito à igualdade de paga entre colegas de mesmo conteúdo ocupacional. Mesmo assim, a lei portuguesa deu destaque à questão de gênero, conforme se vê do seu art. 31:

Art. 31 - Igualdade de condições de trabalho

1. Os trabalhadores têm direito à igualdade de condições de trabalho, em particular quanto à retribuição, devendo os elementos que a determinam não conter qualquer discriminação fundada no sexo.
2. A igualdade de retribuição implica que, para trabalho igual ou de valor igual:
 - a) Qualquer modalidade de retribuição variável, nomeadamente a paga à tarefa, seja estabelecida na base da mesma unidade de medida;
 - b) A retribuição calculada em função do tempo de trabalho seja a mesma.
3. As diferenças de retribuição não constituem discriminação quando assentes em critérios objetivos, comuns a homens e mulheres, nomeadamente, baseados em mérito, produtividade, assiduidade ou

antiguidade.

4. Sem prejuízo do disposto no número anterior, as licenças, faltas ou dispensas relativas à proteção na parentalidade não podem fundamentar diferenças na retribuição dos trabalhadores.

5. Os sistemas de descrição de tarefas e de avaliação de funções devem assentar em critérios objetivos comuns a homens e mulheres, de forma a excluir qualquer discriminação baseada no sexo.

6. Constitui contraordenação muito grave a violação do disposto no nº 1 e constitui contraordenação grave a violação do disposto no nº 5.

A França segue o modelo português. Prevalece no país o princípio de que deve ser pago “salário igual, para trabalho igual”, mas o ordenamento jurídico não escapa de trazer a destaque a preocupação com a distinção salarial decorrente de gênero.

O Continente Americano foi mais atento ao princípio geral da isonomia no que tange ao seu tratamento legal.

178

A Colômbia, por exemplo, contempla expressamente a regra de que “*a trabajo de igual valor, salario igual*” (art. 143, *caput*, do “Código Substantivo del Trabajo”), proibindo distinções salariais por razão de idade, gênero, sexo, nacionalidade, religião, opinião política, atividades sindicais (item 2 do mesmo artigo). Ainda, o item “3”, do mencionado art. 143 da lei laboral colombiana, estabelece que o tratamento salarial ou remuneratório desigual será presumido como injustificado, até que o empregador comprove fatores objetivos de diferenciação entre os obreiros.

O Direito do Trabalho argentino é regrado, fundamentalmente, pelo Decreto nº 390/76, decorrente da Lei nº 20.744/74, a chamada “*Ley de Contrato de Trabajo*”. Nessa lei consta a proibição de tratamento discriminatório por motivos religiosos, políticos, de agremiação, de idade, de sexo, raça, nacionalidade (art. 17), constando, no seu art. 81, que “*el empleador debe dispensar a todos los trabajadores igual trato em identidad de situaciones*”.

Em que pese essa previsão geral de tratamento igualitário a empregados em situações idênticas, a lei trabalhista argentina não adentra a especificidades quanto ao salário propriamente dito, exceto quando se trata

de estabelecer igualdade de retribuição para o trabalhador menor de idade que realize tarefas próprias de trabalhadores maiores (art. 187) e quando se cuida de assegurar igualdade remuneratória às mulheres em relação aos trabalhadores que desempenhem trabalho de mesmo valor.

O México consagrou a isonomia salarial já em sua Constituição, constando do seu art. 123, letra “A”, inciso VII que *“para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad”*. Em nível infraconstitucional, preceitua o art. 86 da *“Ley Federal del Trabajo”*, de 1970, que *“a trabajo igual, desempeñado em puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual”*. A mesma lei prevê diversas situações em que a distinção salarial é permitida, em função da qualidade do empregado, ou das condições em que o trabalho é prestado, sendo a norma que mais se aproxima da lei brasileira pelo seu detalhamento.

Na contramão desses países que se mostram minuciosos no trato da isonomia salarial, encontramos a legislação do Chile, centrada na questão da discriminação contra a mulher, e os Estados Unidos que têm uma legislação bastante limitada quanto às relações de emprego, não tendo sequer ratificado a Convenção nº 100 da OIT.

Podemos concluir, portanto, que o Brasil é exemplo no trato dado à isonomia salarial, cuidando a lei de preservar sua plena aplicação desde os primórdios do Direito do Trabalho nacional.

O *caput* do art. 461 da CLT estabeleceu a igualdade de tratamento salarial como regra, criando direito subjetivo à equiparação entre colegas exercentes de “idêntica a função”, “em trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial”.

As hipóteses em que a equiparação salarial era excepcionada, na vigência do art. 461 da CLT original, por sua vez, não chegavam a ferir o princípio da isonomia, haja vista guardarem razoabilidade, proporção, coerência com a finalidade ou valor tutelado pela norma.

Por exemplo, a exigência de que os empregados comparandos laborassem na mesma localidade (entendida pela doutrina e pela jurisprudência como mesmo município ou mesma região metropolitana)¹⁷

17 Súmula 6, X, do TST: “O conceito de “mesma localidade” de que trata o art. 461 da CLT

era legítima, razoável e lógica, porquanto se tratava de preservar igualdade remuneratória àqueles sujeitos que precisavam fazer frente a um custo de vida comum, marcador normalmente apurado mediante pesquisas circunscritas àquela extensão geográfica.

A necessidade de igual produtividade e mesma perfeição técnica como requisitos da equiparação salarial também se mostrava coerente com a finalidade da norma, que era assegurar tratamento salarial idêntico aos empregados que prestassem trabalho de igual valor¹⁸. Ora, é evidente que a diferença de produtividade e perfeição técnica estabelece importante distinção quantitativa e qualitativa na prestação laboral, sendo legítima a disparidade salarial nesse caso.

A superioridade do paradigma no que se refere ao tempo na função (em pelo menos dois anos)¹⁹ também afastava a hipótese de “trabalho de igual valor”, e, pois, o direito à equiparação salarial, porque se pressupunha, logicamente, que mais tempo no desempenho de uma atividade desenvolve maior expertise e impacta a qualidade e/ou rendimento do trabalho, de modo a justificar um tratamento remuneratório diferenciado. A proporção também parecia estar bem observada, sendo razoável se estabelecer o período de dois anos como tempo de prática suficiente a realmente causar distinção na prestação laboral entre colegas comparados.

Tampouco parecia ilegítima, ou muito menos inconstitucional, a exceção equiparatória decorrente da adoção de quadro de carreira na vigência da lei velha. Isso porque se exigiam formalidades e providências tendentes à fiscalização e à publicidade daquele instrumento²⁰, e, especialmente, a

refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana. ”

18 Súmula 6, VIII, do TST: “É do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial. ” Logo, cabe ao empregador a prova da distinção quanto à produtividade e à perfeição técnica entre os colegas comparados.

19 Súmula 6, II, do TST: “Para efeito de equiparação de salários em caso de trabalho igual, conta-se o tempo de serviço na função e não no emprego”.

20 Súmula 6, I, do TST: “Para os fins previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade

inserção de mecanismos internos aptos a garantir a preservação de critérios isonômicos para distribuir cargos e salários na própria dinâmica do quadro de pessoal.

Por fim, havia a impossibilidade de se equipararem empregados de mesmo conteúdo ocupacional quando o paradigma vinha de readaptação profissional por motivo de deficiência física, ou mental. Plenamente aceitável a lógica implícita na regra, eis que o salário do empregado readaptado não poderia ser rebaixado, trazendo embutido em seu valor o histórico da passagem do obreiro por função diversa, anterior à readaptação, quiçá mais complexa e, pois, merecedora de uma remuneração mais elevada que aquela devida pelas tarefas desempenhadas junto a seus colegas após a readaptação profissional. Em resumo, nesse caso, a remuneração do empregado readaptado não tinha relação com o elemento comum a seus colegas (atividades desempenhadas após a readaptação), não sendo circunstância comunicável aos demais obreiros por razão lógica.

Portanto, em linhas gerais, a antiga redação do art. 461 da CLT preservava o princípio da isonomia, como regra geral, e mesmo quando excepcionava a equiparação salarial, porquanto não estabelecia distinções baseadas em puro arbítrio do empregador. Vale aqui lembrar a sempre lúcida lição de Canotilho (1993, p. 565), segundo a qual “existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica não se basear num fundamento sério, não tiver um sentido legítimo, ou estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”. Nenhuma dessas circunstâncias caracterizadoras do arbítrio era detectada na norma celetista comentada que, ao contrário, como visto, era razoável, lógica e eticamente justificada quando tratava de excluir a possibilidade de equiparação salarial.

A Reforma Trabalhista, todavia, introduziu mudanças importantes no art. 461 da CLT, o qual passou a ter a seguinte redação:

Art. 461. Sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade.

§ 1º. Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que

competente.”

for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

§ 2º. Os dispositivos deste artigo não prevalecerão quando o empregador tiver pessoal organizado em quadro de carreira ou adotar, por meio de norma interna da empresa ou de negociação coletiva, plano de cargos e salários, dispensada qualquer forma de homologação ou registro em órgão público.

§ 3º. No caso do § 2º deste artigo, as promoções poderão ser feitas por merecimento e por antiguidade, ou por apenas um destes critérios, dentro de cada categoria profissional.

§ 4º. O trabalhador readaptado em nova função por motivo de deficiência física ou mental atestada pelo órgão competente da Previdência Social não servirá de paradigma para fins de equiparação salarial.

§ 5º. A equiparação salarial só será possível entre empregados contemporâneos no cargo ou na função, ficando vedada a indicação de paradigmas remotos, ainda que o paradigma contemporâneo tenha obtido a vantagem em ação judicial própria.

§ 6º. No caso de comprovada discriminação por motivo de sexo ou etnia, o juízo determinará, além do pagamento das diferenças salariais devidas, multa, em favor do empregado discriminado, no valor de 50% (cinquenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Diante da atual redação do art. 461 da CLT, não se pode dizer que este dispositivo ainda preserve o princípio da igualdade.

Várias são as críticas direcionadas ao legislador reformista no que concerne às alterações introduzidas nesse artigo celetista²¹, cuidando de se enfrentar, no presente texto, apenas aquela relativa à matéria equiparatória frente à adoção de quadro de carreira pelo empregador. É o que se passa a fazer.

21 Quanto às minhas críticas à nova redação do art. 461 da CLT veja-se: BRASIL, Fernanda Barata Silva, in SEVERO, Valdete Souto *et al.* Comentários à Lei 13.467/17: contribuições para um enfrentamento crítico. Porto Alegre: HS Editora, 2017, p.90.

5 O QUADRO DE CARREIRA COMO ÓBICE À EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Como dito acima, antes mesmo da chamada “Reforma Trabalhista”, o art. 461 da CLT afastava o direito à equiparação salarial na hipótese de o empregador adotar quadro de pessoal organizado em carreira, desde que tal instrumento contemplasse sistema de promoções alternadas pelos critérios de antiguidade e merecimento. Neste sentido dispunham os §§ 2º e 3º daquela norma.²²

A Lei nº 13.467/17, todavia, alterou significativamente o trato dado à matéria. Agora, o empregador está autorizado a promover seus empregados exclusivamente por antiguidade, ou por merecimento. E caso adote ambos os critérios, o que a lei faculta, não estará obrigado a observar a alternância entre eles, tudo sem que o Quadro de Carreira se torne descaracterizado como elemento obstativo do direito à equiparação salarial. É o que se lê da nova redação dos §§ 2º e 3º do art. 461 Consolidado.

Parece evidente que fere o princípio da isonomia o afastamento do direito à equiparação salarial pela adoção de um regime de promoções calcado exclusivamente em merecimento, critério por natureza subjetivo e, pois, discricionário.

Diante do quanto consagrado pelo § 3º do art. 461 da CLT, na redação que lhe foi dada pelo legislador reformista, não há dúvida de que a hipótese de arbítrio está oferecida ao empregador, que poderá criar um sistema de promoções passível de manipulação, com meios de praticar salários diversos para empregados que desempenhem trabalho igual, bastando, para isso, que exerça a faculdade legal de adotar um quadro de carreira fundado apenas em avanços por merecimento. Há, portanto, uma manifesta agressão ao princípio isonômico.

22 A SDI-I do TST editou a OJ 418 a respeito da matéria. Eis seu texto: “OJ-SDI-I- nº 418- EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. APROVAÇÃO POR INSTRUMENTO COLETIVO. AUSÊNCIA DE ALTERNÂNCIA DE CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE E MERECIMENTO. Não constitui óbice à equiparação salarial a existência de plano de cargos e salários que, referendado por norma coletiva, prevê critério de promoção apenas por merecimento ou antiguidade, não atendendo, portanto, o requisito de alternância dos critérios, previsto no art. 461, parágrafo 2º, da CLT.”

É importante lembrar que o tratamento desigual só pode decorrer de “justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada” (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 21). Quando a evolução na carreira está jungida, exclusivamente, a promoções por merecimento, segundo a subjetiva avaliação do empregador, não se pode falar em “justificativa racional” que ampare a desigualdade salarial entre os empregados.

Ora, a adoção de um quadro de carreira sempre foi tomada por impeditivo da equiparação salarial sob a presunção de que a dinâmica de seus próprios mecanismos internos cuidaria de preservar o princípio da isonomia, por meio da conjunção de critérios regulamentares claros e objetivos para distribuição de cargos e salários e pela aplicação do sistema de promoções alternadas por antiguidade e merecimento. Vale dizer, a partir da adoção de um quadro de carreira, não se cogita apenas da mera distribuição de salários, mas da atribuição de mesmo “cargo”²³ a todos os empregados que tenham idêntico conteúdo ocupacional, atrelando-se a esta função hierárquica um salário indiscriminadamente alcançado a todos os seus exercentes. O tratamento igualitário, portanto, se manifesta nos planos funcional e salarial, atingindo, dessa forma, o mesmo fim do *caput* do art. 461 da CLT que é dar salário idêntico ao trabalho de igual valor.

Nesse sentido, é fácil concluir que o quadro de carreira não excepciona o princípio da isonomia, mas, sim, e tão-somente, a ação equiparatória. A partir da sua adoção, eventuais desigualdades salariais não serão mais resolvidas apenas no plano da equiparação salarial, mas, sim, pelo manejo de um tratamento equânime perante o próprio Plano de Cargos e Salários, via enquadramento e concessão de promoções. Mas tudo isso, repita-se por fundamental, tendo por norte critérios isonômicos sem os quais aquele Quadro de Pessoal perde validade.

É correto afirmar, então, que o quadro de carreira nada mais é do que o princípio isonômico institucionalizado organicamente no âmbito empresarial. E apenas por essa razão, e nessa medida, é que tal instrumento

23 Ao nos referirmos a “cargo”, usamos a terminologia da Súmula 6 do TST (equivalente à função) e não o conceito do Direito Administrativo.

tem o condão de afastar a pretensão equiparatória.

Ao considerar como obstativo da regra geral da equiparação um quadro de carreira que se estruture apenas em promoções por merecimento, a Lei nº 13.467/67 subverte o instituto, transformando um mecanismo que deveria servir à realização da igualdade em instrumento de arbítrio patronal.

Na prática, o empregador, a despeito de ter que enquadrar todos os empregados de acordo com o conteúdo ocupacional, poderá conceder promoções horizontais (que alteram as faixas salariais dentro do próprio “cargo”) conforme sua absoluta discricionariedade, estabelecendo, com isso, distinções salariais entre colegas de mesma função a partir de sua avaliação meramente subjetiva quanto ao merecimento de cada empregado.

Como ressaltado no início desse trabalho, são consideradas arbitrárias e, pois, contrárias ao princípio da igualdade, todas as “diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas” (SARLET; MARIONI; MITIDIERO, 2018, p. 597).

Autorizar que o empregador premie seus empregados com promoções apenas a partir de sua pessoal avaliação meritória é quebrar a isonomia, não se encontrando pressuposto lógico, nem mesmo ético, que sustente o afastamento do direito à equiparação salarial nesse caso.

Note-se que a regra anterior também cedia terreno à discricionariedade patronal, autorizando promoções por merecimento, mas com limite. E o limite a tal potestade repousava, exatamente, na alternância obrigatória entre as promoções por merecimento e antiguidade, critério esse último cuja objetividade dispensa comentários.

Sob a égide da lei nova, todavia, tudo é arbítrio, andando malferido o princípio constitucional da igualdade.

Acresça-se a esse cenário preocupante a circunstância de que, agora, o empregador poderá instituir um quadro de carreira sem passar pela homologação, ou mesmo fiscalização, de nenhuma autoridade, não havendo sequer garantia de publicidade desse regulamento entre seus destinatários. Não é difícil antever que está aberta a porta para a distribuição aleatória de benesses pelo empregador, com situações de disparidades salariais mesmo entre aqueles que executam trabalho idêntico e de igual valor.

Conforme comentado antes, o conceito contemporâneo de justiça e igualdade não convive com distinções que não sejam amparadas em um elemento racional, razoável, proporcional, jungido à circunstância concreta e objetiva. Tampouco se admitem desigualdades que não se justifiquem à luz de um bem tutelado ou de uma finalidade esposada pelo sistema jurídico. Como diz Bastos (2000, p.182), “o caráter inconstitucional da discriminação não repousa tão-somente no critério escolhido, mas na falta de correlação lógica entre aquele critério e uma finalidade ou valor encampado quer expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico, quer ainda na consciência coletiva”. Assim, por exemplo, ferirá o princípio da igualdade o regulamento empresarial que preveja que os cargos de chefia serão sempre exercidos por um indivíduo do sexo masculino (porque não há razão lógica ou jurídica que justifique esse discrimen, especialmente quando a Constituição Federal veda discriminações de gênero), mas não haverá nenhuma mácula no regulamento patronal que beneficie as empregadas mulheres, enquanto gestantes, com um intervalo a mais para repouso durante a jornada (já que a gestante vivencia maior cansaço e desconforto e nosso ordenamento jurídico ampara a proteção ao nascituro).

186

Logo, o que não se admite é que a mera discricionariedade sirva para estabelecer desigualdades. A mudança que a Lei nº 13.467/17 promoveu nos §§ 2º e 3º do art. 461 da CLT atua na contramão dessa ideia, na medida que permite ao empregador sempre escolher os empregados que receberão distinção salarial, exclusivamente a partir de sua subjetiva avaliação meritória.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, é possível afirmar que o art. 461 da CLT, na sua redação anterior, tratava de forma idêntica os iguais e de forma diversa os desiguais. E, quando cuidava de excepcionar a igualdade de salários, adotava critérios que guardavam lógica, objetividade, razoabilidade, efetivamente demonstrando situações em que os labores comparados não mereciam tratamento salarial idêntico, por não terem o mesmo valor. Portanto, a regra anterior preservava o princípio da isonomia.

Não era muito diversa a situação da norma celetista original

no que respeitava à adoção de quadro de carreira pelo empregador, e sua consideração como obstáculo à equiparação salarial, na medida em que obrigatório o sistema de promoções alternadas por merecimento e antiguidade, preservando, ao menos em parte, a distribuição de salários por critério objetivo, o que já importava certo freio ao arbítrio patronal. De fato, o espaço para discricionariedade patronal era muito reduzido, cingindo-se às promoções por merecimento que tinham aplicação limitada no âmbito do poder diretivo empresarial.

A lei nova, todavia, consagra a possibilidade de o empregador adotar promoções apenas por merecimento, dentro de um grau de arbitrariedade insuportável e incompatível com o princípio/regra da igualdade.

Ao se sentir preterido na carreira, o empregado nada poderá fazer: a solução equiparatória fica afastada pela simples existência do quadro de carreira; o manejo da distorção via regulamento do próprio quadro fica igualmente inviável, pois ao empregador foi dada a faculdade de distribuir salários conforme sua exclusiva discricionariedade.

Não parece admissível, no sistema republicano e constitucionalista, que se conviva com tamanha arbitrariedade. Ainda mais na seara do Direito do Trabalho, que é marcado pelo princípio da proteção ao hipossuficiente.

Como visto anteriormente, o respeito à igualdade tem por destinatário também os particulares, sendo fator estruturante do contrato de trabalho, enquanto direito constitucionalmente assegurado ao trabalhador brasileiro. A nova redação do § 3º do art. 461 da CLT, todavia, permite ao empregador tratar desigualmente empregados iguais, ferindo de morte a regra isonômica.

Portanto, é manifestamente inconstitucional o art. 461, § 3º, da CLT, tal como introduzido pela Reforma Trabalhista, violando os arts. 5º, *caput*, e 7º, XXX, da Constituição Federal.

Não se pode esquecer, ainda, que o Direito do Trabalho foi criado exatamente para combater esse tipo de arbítrio patronal, defendendo o trabalhador do império meramente volitivo do sujeito que o subordina e remunera. Permitir que a lei devolva às mãos do empregador o poder de distribuir salários a seu livre alvedrio é, em última análise, renegar a própria

essência desse ramo do Direito.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça:** uma abordagem dialética. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1987.

ADVERSE, Helton. Republicanismo. In: Avritzer, Leonardo [et al.] **Dimensões Políticas da Justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, pp. 27-35.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva; 2.ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros Editora, 2011.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. Porto Alegre: Malheiros, 2013.

188 BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5. ed. (Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury). Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1958, v. II.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

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

FARIA, José Eduardo. Ordem legal x mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça:** a função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989, pp. 95-110.

LEDUR, José Felipe. **A realização do Direito ao Trabalho**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito e transformação social:** ensaio interdisciplinar

das mudanças no Direito. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A invasão do Direito:** a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho.** 11. ed. São Paulo: LTr, 2014.

OLIVEIRA, Cristiana D'arc Damasceno. **O Direito do Trabalho Contemporâneo:** efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.



A APLICAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO TEMPO: O DIREITO INTERTEMPORAL E AS REGRAS DE DIREITO MATERIAL DA LEI N. 13.467/2017

Flávia Budal Guenther¹

Resumo: Trata-se de estudo voltado a analisar possíveis soluções jurídicas à controvérsia sobre a possibilidade de incidência da Lei n. 13.467/2017 às situações contratuais trabalhistas em curso. Nesse sentido, destaca-se que as questões de direito intertemporal assumem maior complexidade em contratos de trato sucessivo ou execução diferida, em que se sucedem constantemente direitos e obrigações, característica esta marcante do contrato de trabalho. A doutrina especializada inclinava-se à aplicação imediata da lei material trabalhista aos contratos em curso. Isso porque as leis trabalhistas têm surgido para incrementar o padrão normativo aplicável aos trabalhadores, o que vai ao encontro da maior proteção ao trabalhador, parte vulnerável na relação empregatícia. Contudo, a denominada Reforma Trabalhista subtraiu, inegavelmente, diversos direitos trabalhistas, cabendo ao intérprete a adequação e a conformidade da aplicação da nova lei, tendo em conta o princípio da irretroatividade das leis, o direito adquirido das partes contratantes à situação consolidada, o princípio da condição mais benéfica e, especialmente, o princípio da proibição do retrocesso social (cláusula de irreversibilidade dos direitos trabalhistas), expresso no *caput* do art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

191

Palavras-chave: Direito intertemporal. Direito adquirido. Princípio da condição mais benéfica. Princípio da proibição do retrocesso social.

¹ Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Analista Judiciária. Assistente da Desembargadora Lília Leonor Abreu no TRT12. flaviaguenther@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

No dia 11 de novembro de 2017 entrou em vigor a Lei n. 13.467/2017, que alterou diversos dispositivos aplicáveis aos contratos de trabalho. O objetivo deste estudo é analisar possíveis soluções jurídicas à controvérsia acerca da possibilidade de incidência da nova lei às situações contratuais em curso.

Registra-se que, historicamente, as leis trabalhistas têm surgido para incrementar o padrão normativo aplicável aos trabalhadores, ao encontro de progressivamente conferir-se plena eficácia aos direitos sociais, compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica) e no art. 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (Protocolo de São Salvador). Assim é que a doutrina trabalhista sempre defendeu a aplicação imediata da nova legislação aos contratos já existentes, visando a maior proteção ao trabalhador, naturalmente hipossuficiente na relação jurídica de emprego.

192

Ocorre que a denominada Reforma Trabalhista subtraiu, inegavelmente, diversos direitos trabalhistas, cabendo ao intérprete a tarefa de verificar a adequação e a conformidade da aplicação da nova lei, diante do conflito temporal de leis, da necessidade de resguardar situações consolidadas, da existência de condição mais benéfica protegida pelo caráter imperativo das normas constitucionais trabalhistas, e, especialmente, do princípio da proibição do retrocesso social (cláusula de irreversibilidade dos direitos trabalhistas), expresso no *caput* do art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

2 AS NORMAS DE DIREITO INTERTEMPORAL NO DIREITO BRASILEIRO

A lei posterior revoga a anterior, salvo quando estabelecer disposições gerais ou especiais a par das já existentes (art. 2, §§1º e 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), de forma que a nova lei passa a reger as relações jurídicas firmadas após a sua vigência. Consagram-

se, pois, no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios do *tempus regit actum*, da aplicabilidade imediata da nova lei e da irretroatividade da lei.

Com exceção apenas da Constituição de 1937, desde a Constituição de 1824 a regra geral no ordenamento jurídico brasileiro é a da irretroatividade da aplicação da nova legislação (MAGANO, 1991, p. 134). Nessa perspectiva, a Constituição da República de 1988 assegura no art. 5º, XXXVI, em cláusula pétreia, e com natureza jurídica de direito fundamental, a segurança jurídica e a estabilização das relações sociais, *in verbis*:

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

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Segundo a ideia consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro de direito adquirido, de Carlos Francesco Gabba, configura-se o direito adquirido quando restam preenchidos todos os requisitos legais para a fruição do direito, o qual se incorpora ao patrimônio jurídico do seu titular, sem que tenha ocorrido a produção de todos os seus efeitos – pois, do contrário, seria direito totalmente consumado e não adquirido (*apud*, PEREIRA, 2015, p. 127).

Por outro lado, o art. 6º da LINDB prevê a regra da aplicação imediata da lei, desde que respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

O direito intertemporal brasileiro é produto, pois, de uma mescla entre a adoção da regra do efeito imediato e da teoria da proteção do direito adquirido (teoria de Gabba). Desse modo, ao buscar soluções para problemas de direito intertemporal, o intérprete deve partir da aplicação imediata da lei, respeitados o núcleo intangível do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Ocorre que as questões de direito intertemporal assumem maior complexidade em contratos de trato sucessivo ou execução diferida, em que se sucedem constantemente direitos e obrigações, característica esta marcante do contrato de trabalho. O problema do direito intertemporal nos contratos de prestação sucessivas e duradouras envolve saber-se se a lei nova deve, ou não, respeitar os efeitos presentes e futuros das situações consolidadas sob a égide da lei revogada.

De fato, a natureza desse tipo contratual, de prestações sucessivas, não autoriza a retroatividade da nova lei, tendo em vista a existência de um único acordo que domina toda a vida do contrato firmado, e não uma sucessão de contratos mês a mês. Assim, se houve um ajuste entabulado e concluído em meio a determinado contexto normativo, há ato jurídico perfeito, que não pode ser vulnerado pela nova lei. Pode-se falar, ainda, em direito adquirido a uma situação contratual pretérita, porquanto possuem as partes o direito de que as prestações sucessivas se desenvolvam em consonância com os ajustes originários. Portanto, em aplicação ao princípio da irretroatividade das leis, a lei antiga continua a reger os efeitos dos contratos celebrados sob a sua égide, em respeito ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (MIZIARA, 2017, p. 35).

Em outras palavras, a retroatividade da nova lei representaria violação da confiança à manutenção da continuidade da ordem jurídica, quebra da autonomia contratual e frustração de expectativas legítimas fundadas na exigência de boa-fé nas relações entre particulares. Ademais, a retroatividade de lei mais prejudicial representaria alteração contratual lesiva, o que viola o disposto no art. 468 da CLT. Os contratantes têm, nesses termos, o direito de ter o contrato cumprido na forma ajustada, inclusive quanto aos seus efeitos.

Cabe ressaltar, ademais, que o Brasil adota o sistema constitucional de proteção ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido, o que implica limitação não apenas do julgador, mas também do legislador, que não poderá estabelecer disposições legais com efeito retroativo que importem violação ao direito adquirido.

3 CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO

A doutrina especializada inclinava-se à aplicação imediata da lei material trabalhista aos contratos em curso. Isso porque as leis trabalhistas têm surgido para incrementar o padrão normativo aplicável aos trabalhadores, o que vai ao encontro da maior proteção ao trabalhador, parte vulnerável na relação empregatícia.

Para Mauricio Godinho Delgado (2018, p. 281), o princípio da aderência contratual consiste em critério básico e informador dos efeitos intertemporais no ramo justtrabalhista, de modo que preceitos normativos e cláusulas contratuais tendem a aderir ao contrato de trabalho com intensidade e extensão temporais diferentes. Para o autor, a aderência contratual tende a ser absoluta em relação a cláusulas contratuais expressa ou tacitamente convencionadas pelas partes, e apenas relativa no tocante às normas jurídicas:

É que as normas não se incrustam nos contratos empregatícios de modo permanente, ao menos quando referentes a prestações de trato sucessivo. Ao contrário, tais normas produzem efeitos contratuais essencialmente apenas enquanto vigorantes na ordem jurídica. Extinta a norma, extinguem-se seus efeitos no contexto do contrato de trabalho. Tem a norma, desse modo, o poder/atributo de revogação, com efeitos imediatos – poder/atributo esse que não se estende às cláusulas contratuais (DELGADO, 2018, p. 282).

195

Délio Maranhão (1982, pp. 25-26), por sua vez, ao tratar da aplicação do Direito do Trabalho no tempo, afirma que as normas de proteção ao trabalho constituem um estatuto legal sobre o qual repousa a relação individual de trabalho, em que prepondera o interesse público. Desse modo, modificada a lei, modifica-se este estatuto que integra os contratos em curso. Para o autor “não pode haver *direito adquirido* contra normas de caráter geral, impessoal e objetivo, que constituem a *base necessária* do ato concreto, pessoal e subjetivo”, tendo em conta que as leis se referem “àquele mínimo de garantias, contra o qual a vontade individual é inoperante” [grifo consta do original].

Complementa Octavio Bueno Magano (1991, pp. 134-135) afirmando que o conflito resultante da sobreposição de normas no tempo

para as situações de *facta pendentia* - que são aquelas que ocorrem antes do advento da lei nova mas cujos efeitos se projetam no tempo - são parcialmente regulados pela lei anterior, quanto aos efeitos anteriores ao advento da lei nova, e parcialmente pela nova legislação, quanto aos efeitos posteriores à vigência desta, o que corresponderia à doutrina do efeito imediato da lei nova, de Paul Roubier.

E esclarece:

[...] o quadro supratranscrito supõe que a lei nova encerre norma de direito público ou de ordem pública; tratando-se de lei meramente dispositiva, os efeitos posteriores dos *facta pendentia* podem continuar sob o império da lei anterior, se nesse sentido for a vontade das partes.

[...] a lei trabalhista tem, via de regra, aplicação imediata, abrangendo todos os efeitos posteriores dos *facta pendentia*.” (MAGANO, 1991, pp. 134-135)

196 Contudo, a consagração do trabalho como valor central na Constituição (arts. 1º, IV, e 170, *caput*), a interpretação conforme a Constituição, tendo em conta a garantia da melhoria das condições sociais do trabalhador e a proteção do trabalhador (art. 7º, *caput* e I, CRFB), e o caráter fundamental de todos os direitos que integram o Título II da Constituição impõem ao intérprete a adequação e a conformidade da aplicação da lei trabalhista, com vistas à máxima proteção conferida pelo ordenamento jurídico a esses direitos. Ademais, há perquirir-se acerca da razão pela qual as normas trabalhistas possuem a nota do interesse público, caracterizando-se como de ordem pública, na lição de Délio Maranhão e Octavio Bueno Magano, a fim de solucionar a questão acerca da aplicação da Lei n. 13.467/2017 aos contratos vigentes.

4 ESPECIFICIDADES DA APLICAÇÃO DA LEI TRABALHISTA

A característica essencial do Direito do Trabalho advém da direção teleológica desse ramo jurídico especializado que consiste, segundo Mauricio Godinho Delgado (2013, p. 73), na melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica. Nessa perspectiva, o núcleo basilar dos princípios especiais do Direito do Trabalho compõe-se, dentre

outros, do princípio da imperatividade das normas trabalhistas e do princípio da condição mais benéfica.

O princípio da imperatividade das normas trabalhistas impõe restrições à autonomia da vontade com vistas a assegurar eficazmente certas garantias ao empregado, hipossuficiente na relação contratual firmada; o princípio da condição mais benéfica, por seu turno, exige a garantia, ao longo do contrato, da situação contratual mais vantajosa ao trabalhador, que se reveste de direito adquirido (DELGADO, 2013, pp. 83 e 89).

Para Guilherme Guimarães Feliciano (2013, p. 248), o princípio da condição mais benéfica é, na verdade, uma micromanifestação do princípio do não retrocesso social, limitando a reversibilidade dos direitos adquiridos em violação do princípio da confiança e da segurança dos cidadãos.

Segundo J.J. Gomes Canotilho (1996, pp. 468-469), a vedação ao retrocesso social identifica níveis de garantias sociais alcançadas para um patamar de efetivação de normas constitucionais que, se reduzido, implica violação à segurança jurídica e frustra o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais:

[...] os direitos sociais e econômicos (ex. direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. [...] o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de *direitos adquiridos* (ex. segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural*. [grifos constam do original] (CANOTILHO, 1996, pp. 468-469)

Cabe destacar, ainda, que, para Ingo Wolfgang Sarlet (2015, pp. 464-465), o princípio da proibição do retrocesso no âmbito do direito constitucional brasileiro decorre do princípio do Estado democrático e social de Direito, impondo um patamar mínimo de segurança jurídica, o que abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica. Por outro lado, o princípio da proteção da confiança impõe ao poder público, inclusive como exigência da boa-fé nas relações entre os particulares, “o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da

ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas”.

No corte microsocial, o princípio da condição mais benéfica promove efeitos concretos nos contratos individuais de trabalho, de acordo com Américo Plá Rodriguez (2000, p. 137), citando Alonso García: a) a nova regulamentação ou disposição de caráter geral, aplicável a um conjunto de situações trabalhistas, altera-lhes as condições anteriores, desde que essas não sejam mais benéficas ao trabalhador (porquanto, neste caso, integrariam o patrimônio jurídico dos empregados); e b) a nova regulamentação deve respeitar, como situações concretas reconhecidas em favor do trabalhador, as condições anteriores que lhes resultem mais benéficas.

Acerca da eficácia temporal da legislação trabalhista, cumpre recordar que a própria CLT traz em seu art. 912 a seguinte regra: “Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação”. Há lembrar, contudo, que o art. 444 da CLT consagra o caráter contratual e a livre disponibilidade das normas trabalhistas, salvo “tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”. A interpretação sistemática dos dispositivos deixa claro que as normas de caráter imperativo na CLT são aquelas que incitam a proteção do trabalhador, quer no plano econômico, quer no plano da saúde e segurança do trabalho.

Isso porque é no reconhecimento da desigualdade material entre as partes contratantes da relação de trabalho subordinado que se constrói a proteção normativa da relação de emprego. E a intervenção estatal na autonomia privada das partes contratantes da relação empregatícia somente se justifica para garantir padrões mínimos de dignidade ao ser humano trabalhador.

Tal interpretação está em consonância, ademais, com a razão de ser do Direito do Trabalho, aquilo que distingue a relação contratual trabalhista dos demais contratos civis, legitimando a restrição da autonomia privada dos contratantes, diante da disparidade social e econômica, e da existência de subordinação entre os contratantes.

Por fim, há ressaltar que o *caput* do art. 7º da CRFB consagra cláusula de irreversibilidade dos direitos sociais dos trabalhadores, de modo que o regime de direitos trabalhistas aplicável deve ser definido a partir da centralidade ao trabalho digno e do princípio da proteção do trabalhador, prevalecendo, pois, no conflito de leis no tempo, a norma vigente ao tempo da constituição do direito, salvo norma posterior mais benéfica.

5 O POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA NO TST E NO STF

Tendo em conta serem as duas Cortes, Tribunal Superior do Trabalho e Supremo Tribunal Federal, constitucionalmente responsáveis pelo controle e uniformização da jurisprudência sobre matérias de ordem infraconstitucional e constitucional, respectivamente, passa-se a analisar, de maneira breve, o entendimento firmado por esses Tribunais acerca do conflito temporal de normas.

a) Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho

199

Analisando-se os entendimentos sumulados pelo Tribunal Superior do Trabalho, verifica-se que havia uma tendência jurisprudencial pela aplicação da lei trabalhista de forma imediata para os contratos em vigor.

Nesse sentido, a Súmula n. 248 do TST, que trata do adicional de insalubridade, dispõe que, se uma Portaria do Ministério do Trabalho considerar que determinada atividade laboral não mais é insalubre, o trabalhador perde o direito ao respectivo adicional:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. DIREITO ADQUIRIDO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A reclassificação ou a descaracterização da insalubridade, por ato da autoridade competente, repercute na satisfação do respectivo adicional, sem ofensa a direito adquirido ou ao princípio da irredutibilidade salarial.

Também, a Súmula n. 441 do TST, que trata do aviso-prévio proporcional, assegura o direito aos contratos vigentes, desde que o término da relação contratual se dê a partir da data da sua vigência:

AVISO PRÉVIO. PROPORCIONALIDADE - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

O direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço somente é assegurado nas rescisões de contrato de trabalho ocorridas a partir da publicação da Lei nº 12.506, em 13 de outubro de 2011.

A nova redação da Súmula n. 191 do TST, contudo, ao tratar da aplicabilidade da redução da base de cálculo do adicional de periculosidade dos eletricitários, demonstra mudança de entendimento do TST, com fundamento na necessidade de salvaguardar o direito adquirido, no princípio da irretroatividade das leis e no princípio da irredutibilidade salarial. A Superior Corte Trabalhista firmou posicionamento no sentido de que os antigos eletricitários teriam o direito adquirido a continuar a perceber o adicional de periculosidade com a base de cálculo mais vantajosa da lei anterior; portanto, a Lei n. 12.740/2012 somente seria aplicável aos contratos firmados a partir de sua vigência:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO (cancelada a parte final da antiga redação e inseridos os itens II e III) - Res. 214/2016, DEJT divulgado em 30.11.2016 e 01 e 02.12.2016

I. O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais.

II. O adicional de periculosidade do empregado eletricitário, contratado sob a égide da Lei nº 7.369/1985, deve ser calculado sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial. Não é válida norma coletiva mediante a qual se determina a incidência do referido adicional sobre o salário básico.

III. A alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário promovida pela Lei nº 12.740/2012 atinge somente contrato de trabalho firmado a partir de sua vigência, de modo que, nesse caso, o cálculo será realizado exclusivamente sobre o salário básico, conforme determina o § 1º do art. 193 da CLT.

O mesmo posicionamento, pela preservação do direito adquirido à situação consolidada quando da formação do contrato de trabalho, pode ser verificado em recente julgado da Terceira Turma do TST, acerca do direito de arena:

RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/14. DIREITO DE ARENA. CONTRATO INICIADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 9.615/98

E EXTINTO POSTERIORMENTE AO ADVENTO DA LEI Nº 12.395/2011. DIREITO DE ARENA. PERCENTUAIS APLICÁVEIS. 1. O direito processual consagra o princípio da lei do tempo rege o ato (*tempus regit actum*). Aplica-se em regra a legislação vigente ao tempo em que os atos processuais foram praticados e as situações jurídicas consolidadas.

2. A LINDB por sua vez declara em seu art. 6º, § 2º, que são direitos adquiridos aqueles que seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. Se incorporam definitivamente ao patrimônio jurídico do titular.

3. *“Não constitui demasia enfatizar que, no sistema de direito constitucional positivo brasileiro, a eficácia retroativa das leis (a) é excepcional, (b) não se presume, (c) deve emanar de texto expreso de lei e - circunstância que se reveste de essencialidade inquestionável - (d) não deve e nem pode gerar lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada.”* (STF-AI 244.578/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ 18.09.1999).

4. Considera-se contrato por prazo determinado, aquele cuja duração dependa de termo prefixado ou da execução de serviços específicos ou ainda da realização de certo acontecimento passível de previsão aproximada, na forma do art. 443, § 1º, da CLT, cujos direitos de percepção para o futuro são estabelecidos na data da contratação.

5. Discute-se em que medida os efeitos futuros de um contrato - ato jurídico perfeito - firmado e consolidado sob a égide da Lei nº 9.615/98 seriam atingidos pelo advento da Lei nº 12.395/11.

6. O texto original do art. 42, § 1º, da Lei nº 9.615/98, cognominada de Lei Pelé, assegurava ao atleta profissional um percentual mínimo de 20% (vinte por cento) a título de direito de arena, salvo convenção em contrário. A Lei nº 12.395/11, entretanto, alterou a redação original do texto legal, para reduzir o referido percentual de 20% para 5%.

7. Na hipótese, o primeiro período do contrato de trabalho fluiu sob a égide do texto original do art. 42, 2º, da Lei nº 9.614/98, 42, § 1º, da Lei nº 9.615/98, que assegurava ao atleta profissional um percentual mínimo de 20% (vinte por cento) a título de direito de arena. Assim, entende o autor, na esteira do princípio constitucional do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), que faz jus àquele percentual em relação a todo o período contratual.

8. *“Em relação a esse interregno contratual que antecedeu a vigência da Lei nº 12.395/11, deve, de fato, ser aplicado o percentual de 20%, em observância ao comando constitucional insculpido no art. 5º,*

XXXVI, que assegura que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada – afastando-se, portanto, qualquer retroatividade da Lei nº 12.395/11 aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência – uma vez que somente se admite a retroatividade média ou máxima, por permissão expressa emanada do Poder Constituinte Originário, o que não se verifica em relação ao presente tema. Esta Corte vem entendendo que, nos períodos que antecederam a Lei nº 12.395/11, o percentual previsto para o direito de arena poderia ser maior, mas nunca inferior aos 20% legalmente previstos, de modo que a expressão: “salvo convenção em contrário”, presente no texto do dispositivo em análise, somente poderia referir-se à forma de distribuição do percentual entre os atletas ou à ampliação do percentual, mas não à sua redução.” Logo, o percentual mínimo aplicável ao caso dos autos é o aquele vigente na data em que as partes formalizaram o contrato de trabalho, ou seja, antes da entrada em vigor da Lei nº 12.395/11. Devido, portanto, a aplicação do percentual de 20% a título de direito de arena em relação a todo o período do contrato de trabalho, em estrita observância ao princípio do direito adquirido. Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial e provido. (TST-RR-1597-67.2013.5.0003. Terceira Turma. Relator Ministro Alexandre Agra Belmonte. Data disponibilização DJE 5-4-2018)

Também e no mesmo sentido, a SBDI-I do TST acerca da incidência da Lei nº 11.788/2008 aos contratos de estágio em curso firmados sob a égide da Lei nº 6.494/1977:

Contrato de estágio. Lei nº 11.788/2008. Não incidência aos contratos em curso firmados sob a égide da Lei nº 6.494/1977. Com base no art. 5º, XXXVI, da CF e no art. 6º da LINDB, a Lei nº 11.788/2008 não se aplica aos contratos de estágio que, embora estivessem em execução quando de sua entrada em vigor, foram firmados sob a égide da Lei nº 6.494/1977. Para que a lei retroagisse, seria necessário haver disposição expressa nesse sentido. Ocorre que, ao contrário, a nova Lei do Estágio limita sua incidência apenas à prorrogação dos contratos em curso (art. 18), mantendo-se, portanto, a aplicação da Lei nº 6.494/1977 aos ajustes entabulados durante a sua vigência. Sob esses fundamentos, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu dos embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, deu-lhes provimento para, restabelecendo a sentença, julgar improcedente a reclamação trabalhista. (TST-E-RR-40000-68.2009.5.07.0014, SBDI-I, rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 5-4-2018)

Cabe ressaltar, ainda, a proposta de revisão da jurisprudência

consolidada do TST, aprovada na 4ª Reunião Ordinária de 2017, realizada no dia 11 de outubro do mesmo ano, pela Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos, referente às alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017. Aponta a Comissão para a aplicação imediata e irrestrita da Lei n. 13.467/2017, a partir de sua vigência, aos contratos que estão em curso, desde que não afete direito adquirido do empregado ou do empregador.

Nesses termos, no que tange à extinção de direitos dos empregados pela Lei n. 13.467/2017, entendeu a Comissão haver direito adquirido dos trabalhadores à sistemática da lei antiga, não se aplicando, pois, a nova lei aos contratos de trabalho vigentes em 11-11-2017. Assim, a Lei n. 13.467/2017 somente se aplicaria aos contratos firmados a partir de sua vigência, entendimento que se aplicaria, por exemplo, no tocante ao direito às horas *in itinere*, computáveis como jornada de trabalho (Súmula n. 90 do TST); à obrigatoriedade de cômputo na jornada de trabalho das horas *in itinere* (Súmula n. 320 do TST); à integração das diárias de viagem ao salário que excedam a 50% do salário do empregado (Súmula n. 101 do TST); à base de cálculo para a integração das diárias para viagem ao salário do empregado (Súmula n. 318 do TST); e à supressão ou redução da gratificação de função percebida por dez anos ou mais pelo empregado (Súmula n. 372 do TST).

b) Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, nas vezes em que se manifestou sobre a possibilidade de retroatividade mínima da nova lei, ou seja, a sua aplicação aos efeitos futuros dos contratos anteriormente firmados, negou-a. O entendimento firmado pela Suprema Corte é no sentido de que, embora o ato possa ter sido praticado sob a égide da nova lei, a sua causa é anterior e repousa no negócio jurídico celebrado em conformidade com a lei antiga, devendo seus efeitos ser por ela regidos, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade das leis.

Nesse sentido, é possível citar a seguinte decisão da Suprema Corte, proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade:

Ação direta de inconstitucionalidade. - Se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa lei retroativa (retroatividade mínima) porque vai interferir na causa,

que e um ato ou fato ocorrido no passado. - O disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Precedente do S.T.F. - Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. [...] Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, “*caput*” e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991. (STF - ADI: 493 DF, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 25/06/1992, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 04-09-1992 PP-14089 EMENT VOL-01674-02 PP-00260 RTJ VOL-00143-03 PP-00724)

Portanto, tem-se que a tese predominante no Supremo Tribunal Federal é da inaplicabilidade da lei posterior a contratos firmados anteriormente à sua vigência, cabendo salientar, contudo, que a Corte não firmou, ainda, posicionamento especificamente sobre contratos que versem sobre matéria trabalhista.

6 CADUCIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808/2017

A caducidade da Medida Provisória 808/2017 no dia 23-4-2018 traz à luz nova discussão acerca da aplicabilidade da Lei n. 13.467/2017 aos contratos celebrados anteriormente à data do início da vigência desta, conforme expôs Homero Batista Mateus da Silva (2018) nos seus canais de comunicação na internet. Isso porque o art. 2º da MP 808/2017, de duvidosa constitucionalidade, tendo em conta a garantia constitucional do direito adquirido, dispõe ser aplicável a reforma trabalhista aos contratos de trabalho vigentes.

Assim, se a norma afirma que a Lei n. 13.467/2017 seria aplicável de imediato e tendo essa norma sido derrogada, é possível entender-se, a *contrario sensu*, que a perda da eficácia do art. 2º da referida Medida Provisória implica a inaplicabilidade da Reforma Trabalhista aos contratos em curso tão somente pelo fundamento da derrogação de seu texto.

Ademais, sendo medidas provisórias destinadas a assuntos relevantes e urgentes (art. 62, CRFB), poder-se-ia sustentar que a Presidência da República considerou relevante e urgente declarar que a Reforma

Trabalhista seria aplicável aos contratos em cursos, e o Congresso Nacional não considerou nem relevante nem urgente esse posicionamento.

Ainda, ausente decreto legislativo a respeito, caberia sustentar, conforme tese de autoria de Guilherme Guimarães Feliciano (2018), aprovada no 19º CONAMAT, que as regras materiais da Reforma Trabalhista se aplicam aos contratos anteriores a 11-11-2017 somente durante o período de vigência da MP 808; para o restante do período, tendo em conta a perda da eficácia do art. 2º da MP 808, essas regras não são aplicáveis.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência acerca da controvérsia acerca da possibilidade de incidência da Lei n 13.467/2017, às situações contratuais trabalhistas em curso, conclui-se pela necessidade de salvaguarda das situações consolidadas sob a égide da lei revogada, ressaltando-se normatização mais benéfica.

Isso porque a natureza desse tipo contratual, de prestações sucessivas, não autoriza a retroatividade da nova lei, tendo em vista a existência de um único acordo que domina toda a vida do contrato firmado, e não uma sucessão de contratos mês a mês. Preserva-se, pois, o ato jurídico perfeito constituído no ajuste entabulado e concluído em meio a determinado contexto normativo. Por outro lado, há direito adquirido a uma situação contratual pretérita, porquanto possuem as partes o direito de que as prestações sucessivas se desenvolvam em consonância com os ajustes originários.

Tem-se, ademais, que as normas de caráter imperativo na CLT, na forma prevista no art. 912 da CLT, são aquelas que incitam a proteção do trabalhador, quer no plano econômico, quer no plano da saúde e segurança do trabalho, porquanto a intervenção estatal na autonomia privada das partes contratantes da relação empregatícia somente se justifica para garantir padrões mínimos de dignidade ao ser humano trabalhador.

Há ressaltar, por fim, que o *caput* do art. 7º da CRFB consagra cláusula de irreversibilidade dos direitos sociais dos trabalhadores, de modo que o regime de direitos trabalhistas aplicável deve ser definido a partir da

centralidade ao trabalho digno, do princípio da proteção do trabalhador, do princípio da condição mais benéfica protegida pelo caráter imperativo das normas constitucionais trabalhistas, em especial o princípio do não retrocesso social, prevalecendo, pois, no conflito de leis no tempo, a norma vigente ao tempo da constituição do direito, salvo norma posterior mais benéfica.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1996.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso Crítico de Direito do Trabalho: Teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013.

206 _____ **Aplicação da Reforma Trabalhista aos Contratos Individuais de Trabalho celebrados antes de 11/11/2017. Caducidade da MP 808**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/conamat/teses-plenaria-final>>. Acesso em: 21 maio 2018.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. v. 1. Parte geral. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr: Editora da Universidade de São Paulo, 1991.

MAGALHÃES, Joalvo. **Aplicabilidade da reforma trabalhista aos contratos celebrados antes da sua vigência**: Parte I. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/page/2>>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. _____: Parte II. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/aplicabilidade-da-reforma-trabalhista-aos-contratos-celebrados-antes-da-sua-vigencia-2-01032018>>. Acesso em: 15 maio 2018.

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 10. ed. Rio de Janeiro: ed. Da Fundação Getulio Vargas, 1982.

MIZIARA, Raphael. Eficácia da Lei n. 13.467/2017 no tempo: critérios hermenêuticos que governam a relação entre leis materiais trabalhistas sucessivas no tempo. In: Miziara, Raphael [Coord. *et al.*] **Reforma trabalhista e os novos direitos material e processual do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. p. 31-50

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 1. **Introdução ao direito civil**: teoria geral de direito civil. 28. ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. ed. Tradução de

Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Magistratura e Temas Fundamentais do Direito:** Reforma Trabalhista e Direito Intertemporal. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus. **Ideias sobre o mundo do trabalho:** Algumas cascas de banana espelhadas pela MP 808. Disponível em: <<https://www.facebook.com/professorhomero/posts/2064146753808625>>. Acesso em: 23 abr. 2018.



OS JUÍZES DO TRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA: PRIMEIROS HORIZONTES DE CONSENSO

Guilherme Guimarães Feliciano¹
Ney Maranhão²

Resumo: O texto expõe e analisa, em perspectiva crítica, os resultados finais do 19º Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (XIX CONAMAT), ocorrido em Belo Horizonte/MG, na primeira semana do mês de maio, entre os dias 2 e 5. Os autores centram foco, basicamente, nas duas comissões que se debruçaram sobre a Reforma Trabalhista: a Comissão n. 3, sobre o Direito Material do Trabalho, e a Comissão n. 4, sobre o Direito Processual do Trabalho (e que, pelo grande número de inscritos, acabou se subdividindo em duas subcomissões, a 4-A e a 4-B). As teses aprovadas na plenária do XIX CONAMAT passaram a ser as posições oficiais da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho a propósito da Lei n. 13.467/2017, constituindo-se como os primeiros horizontes de consenso entre os magistrados trabalhistas a respeito dessa polêmica lei.

209

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. CONAMAT. Teses.

1 Guilherme Guimarães Feliciano é Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté. Professor associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Penal pela USP e em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Livre-docente em Direito do Trabalho pela USP. Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA). darkggf@uol.com.br.

2 Ney Maranhão é Juiz do Trabalho no TRT da 8ª Região (PA/AP). Professor do Curso de Direito da Universidade Federal do Pará (Graduação e Pós-Graduação “stricto sensu”). Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - Largo São Francisco, com estágio de Doutorado-Sanduiche junto à Universidade de Massachusetts (Boston/EUA). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade de Roma/La Sapienza (Itália). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. ney.maranhao@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Em texto anterior – que mereceu o título “*O novo enigma da esfinge: como os juízes do trabalho tratarão a Reforma Trabalhista?*”³ – havíamos discutido o problema da *interpretação/aplicação* da Lei n. 13.467/2017 – a “Lei da Reforma Trabalhista” – pelos juízes do Trabalho de todo o Brasil. Os juízes do trabalho aplicaríamos, afinal, a tão criticada Reforma Trabalhista? E *como* a aplicaríamos?

Respondíamos, na ocasião, que os juízes trabalhistas *evidentemente* aplicaríamos a Lei n. 13.467/2017, porque é assim, afinal, que as Repúblicas funcionam (e não seria diferente com a República Federativa do Brasil): o Poder Legislativo aprova as leis (como de fato o fez, quanto à Reforma Trabalhista, em julho de 2017), o Poder Executivo as sanciona (como também o fez, no mesmo mês de julho, sem qualquer dos vetos supostamente prometidos ao Senado da República) e o Poder Judiciário, enfim, interpreta-as e aplica-as. Então, quanto a isto, jamais houve dúvida razoável.

210

Coisa diversa é indagar *como* os juízes do trabalho interpretarão/aplicarão a Reforma Trabalhista. E, àquela altura, a resposta foi: “*não sei*”. E complementava: precisamente neste prévio “não saber” reside, em todo caso, a garantia do cidadão de que o seu litígio será examinado por um juiz natural, imparcial e tecnicamente apto para, à luz das balizas constitucionais, convencionais e legais, “*dizer a vontade concreta da lei*”, como queria CHIOVENDA.

A partir destes meses de *maio e junho*, entretanto, passa a ser possível “antecipar” as compreensões que possivelmente resultarão dominantes – ou, ao menos, as que certamente serão relevantes (ainda que afinal não perdurem, ante as pacificações de sentido que virão do Tribunal Superior do Trabalho e do próprio Supremo Tribunal Federal) – em torno da polêmica Lei da Reforma Trabalhista. Isto em razão de dois eventos.

O primeiro, relativo ao *direito processual intertemporal*, relaciona-se com a divulgação, pelo Tribunal Superior do Trabalho, de uma minuta de instrução normativa que deverá servir como *recomendação de entendimento*,

3 Fonte: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/juizo-de-valor/como-juizes-do-trabalho-tratarao-a-reforma-trabalhista-06102017>> Acesso em: 09 jun. 2018.

para os juízes do trabalho de todo o país (e não poderá efetivamente ser mais do que isto, a teor do que já decidiu a própria Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho – Processo n. 0017652-49.2016.5.00.0000/Cons⁴ –, ou estaríamos violando a garantia do juiz natural e a independência técnica dos magistrados), quanto à aplicação das novas regras processuais da Lei n. 13.467/2017 aos processos judiciais instaurados **antes** de 11-11-2017 (data em que a nova lei entrou em vigor). Desse evento, porém, não cuidaremos aqui, mesmo porque, até o momento em que fechávamos este texto, a minuta de instrução normativa publicada⁵ ainda não havia sido votada pelo Pleno do TST.

O segundo, com objeto bem mais abrangente – a alcançar praticamente todos os aspectos processuais e materiais da Lei n. 13.467/2017 –, diz com a realização do **19º Congresso Nacional dos Magistrados da**

4 A consulta foi formulada pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), quanto à natureza da Instrução Normativa n. 39/2016 – aprovada pela Resolução n. 203, de 15.3.2016, do Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, para dispor sobre a aplicabilidade do CPC de 2015 ao processo do trabalho –, e obteve por resposta, em conclusão, o seguinte: “1) a interpretação do Juiz do Trabalho em sentido oposto ao estabelecido na Instrução Normativa nº 39/2016 não acarreta qualquer sanção disciplinar; 2) a interpretação concreta quanto à aplicabilidade das normas do CPC (Lei nº 13.105/2015), em desconformidade com as regras da Instrução Normativa nº 39/2016 não desafia o manejo da correição parcial, por incabível à espécie, até porque a atividade hermenêutica do ordenamento jurídico exercida pelo magistrado encerra tão somente o desempenho da sua função jurisdicional, o que não implica em tumulto processual para os efeitos do caput do art. 13 do RICGJT, apto a ensejar a medida correicional; 3) como consequência lógica da resposta atribuída à segunda questão, tem-se por prejudicada a terceira questão e, por conseguinte, a sua resposta. Todavia, compre salientar que a Instrução Normativa nº 39/2016 foi aprovada considerando a imperativa necessidade de o Tribunal Superior do Trabalho firmar posição acerca das normas do novo Código de Processo Civil aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, e, assim, resguardar às partes a segurança jurídica exigida nas demandas judiciais, evitando-se eventual declaração de nulidade em prejuízo da celeridade processual. Ressalte-se que tal imperativo se revela ainda mais premente diante das peculiaridades do Direito Processual do Trabalho, advindas da relação material celebrada entre empregados e empregadores, na qual se verifica, a rigor, a condição de hipossuficiência do trabalhador. Por esse motivo é que se espera a colaboração e comprometimento dos órgãos da Justiça do Trabalho de primeiro e de segundo graus, a fim de que adequem os seus atos processuais aos parâmetros estabelecidos na Instrução Normativa nº 39/2016, com vistas à uniformização das normas a serem aplicadas no âmbito do Processo do Trabalho”. A decisão, do então Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, Min. Renato de Lacerda Paiva, é de 1º de setembro de 2016.

5 Confira-se: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Parecer+Comiss%C3%A3o.pdf/adfce987-afaf-c083-89ea-459f08f25209>

Justiça do Trabalho (XIX CONAMAT), em Belo Horizonte, na primeira semana do mês de maio, entre os dias 2 e 5. O CONAMAT é o evento que, nos termos do Estatuto da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, abriga as reuniões ordinárias da sua Assembleia Geral, “*órgão soberano da ANAMATRA, [que] compõe-se de todos os Magistrados Associados, ativos ou inativos, podendo deliberar sobre qualquer matéria estatutária ou de relevância para a Magistratura ou para o Poder Judiciário*” (art. 13, *caput* e §1º). E o 19º CONAMAT prestou-se exatamente a discutir e deliberar, no âmbito da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – que congrega mais de quatro *mil* juízes do Trabalho –, quais as posições oficiais da entidade acerca da **Reforma Trabalhista**, aprovada pouco menos de seis meses antes, por intermédio da Lei n. 13.467/2017. Seu tema central, com efeito, foi o dos “*Horizontes para a Magistratura: Justiça, Trabalho e Previdência*”. E, para além das conferências e dos painéis científicos oferecidos aos congressistas, eles próprios foram chamados para o debate associativo dos grandes temas do momento para a Magistratura e a Justiça do Trabalho, distribuindo-se por *cinco comissões temáticas*, a saber:

212

- **Comissão 1:** Perspectivas para a Justiça do Trabalho: autonomia, efetividade, justiça social;
- **Comissão 2:** Magistratura, previdência e prerrogativas;
- **Comissão 3:** Reforma Trabalhista: Constituição, tratados internacionais e Direito do Trabalho; e
- **Comissão 4:** Reforma Trabalhista: acesso, garantias processuais e efetividade.

Aprovadas as teses dos congressistas nas comissões temáticas – e as rejeições, por seu turno, eram irrecorríveis –, seguiam para debate e aprovação (ou rejeição) em plenária. Nas comissões, admitiram-se, para os enunciados de teses, emendas aditivas, supressivas e modificativas; já em plenária, apenas emendas supressivas (e, num caso e noutro, desde que não *desnaturassem* o sentido original da tese). E assim se aprovaram, afinal, exatas **103 teses** (de 111 aprovadas nas comissões temáticas), que passam a compor o pensamento oficial da ANAMATRA a respeito dos assuntos nelas versados. E que *senalizam*, por evidente, qual o pensamento dominante dos juízes do Trabalho acerca desses mesmos assuntos.

O presente artigo pretende, nessa alheta, trazer a lume, para o

conhecimento geral e para o debate público, os **resultados finais** do 19º CONAMAT, basicamente nas duas comissões que se debruçaram sobre a **Reforma Trabalhista**: a *Comissão n. 3*, sobre o Direito Material do Trabalho, e a *Comissão n. 4*, sobre o Direito Processual do Trabalho (e que, pelo grande número de inscritos, acabou se subdividindo em duas subcomissões, a 4-A e a 4-B). Essas teses aprovadas na plenária do CONAMAT passam a ser, como dito, as *posições oficiais* da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho a propósito da Lei n. 13.467/2017.

Voilà.

2 O 19º CONAMAT E AS TESES DE DIREITO MATERIAL DO TRABALHO: CIÊNCIA, COERÊNCIA E RESISTÊNCIA

Para início de registro, merece enfática menção o reconhecimento, pelos magistrados trabalhistas participantes do 19ª CONAMAT, de que “*o princípio da proteção deve ser compreendido como fundamento para a aplicação de uma regra jurídica, sob pena de não ser reconhecida como norma jurídica trabalhista*”, reafirmando-se, ainda, a “*subsistência do caráter tuitivo do direito do trabalho*” (Comissão 3).

213

De fato, histórica e cientificamente, o Direito do Trabalho se estrutura, em sua própria essência normativa, como mecanismo de compensação jurídica da natural desigualdade socioeconômica havida entre os integrantes das relações empregatícias, destinando-se a tutelar a parte materialmente vulnerável desse especial liame jurídico, a saber, a classe trabalhadora. A tese é por demais útil para refrear qualquer equivocado impulso científico tendente a anular a racionalidade protetiva intrínseca ao fenômeno juslaboral, erigindo-se, assim, como firme ponto de apoio para uma interpretação adequada dos diversos dispositivos legais advindos com a Reforma Trabalhista.

Ainda no âmbito da hermenêutica jurídica – e em íntima conexão com o enunciado anterior –, destacamos outra tese aprovada, desta feita para apontar que a Lei nº 13.467/2017 deve ser interpretada à luz de “*interpretação sistemática e finalística, conforme a Constituição*”, enxergando-se essa técnica como um verdadeiro dever do magistrado “*com respeito no*

*artigo 2º do Código de Ética da Magistratura/CNJ, bem como nos artigos 1º, 8º e 139 do Código de Processo Civil, além do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e artigos 8º, caput e 769 da CLT” (Comissão 3). A tese é importantíssima na medida em que, a par de preservar o socialmente legítimo escopo protetivo do Direito do Trabalho, exige do intérprete compromisso de engajamento técnico na difícil tarefa de conferir mínima sistematicidade à Reforma Trabalhista, algo extremamente relevante à vista do notório déficit democrático havido no processo legislativo, de modo a estabelecer profícuo cenário de diálogo normativo da Reforma Trabalhista não apenas consigo mesma, como dado da realidade científica que deve portar coerência interna, mas também com o ordenamento jurídico trabalhista como um todo, bem assim e sobretudo com os próprios vetores formais e materiais que norteiam nossa Carta Magna e fundam nosso estado Democrático de Direito (*v.g.*, dignidade humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, redução das desigualdades sociais e promoção do bem de todos).*

Levando em conta que não é a Constituição Federal que deve ser lida à luz da lei, mas, sim, a lei que deve ser lida à luz da Constituição Federal, o enunciado, em síntese, bem enfatiza a centralidade do prisma constitucional para a atividade interpretativa de todo e qualquer enunciado normativo, técnica que se apresenta ao magistrado também como um genuíno dever ético-funcional. Não sem razão, também figuram entre os enunciados aprovados um a preceituar que “*será autoritária e antirrepublicana toda ação política, midiática, administrativa ou correicional que pretender imputar ao juiz do trabalho o “dever” de interpretar a lei n. 13.467/2017 de modo exclusivamente literal/gramatical*” (Comissão 3), outro a referir que “*os direitos e garantias fundamentais como patamar mínimo entre o negociado e o legislado*” (Comissão 3) e mais um a estabelecer que “*o exercício da autonomia privada coletiva, mesmo com a expansão prevista no art. 611-A/CLT, está limitado às questões concernentes aos interesses coletivos e individuais das categorias representadas, não sendo válida cláusula que precarize direitos sociais decorrentes de matérias constitucionalmente estabelecidas como de política de estado, por serem de ordem pública e de interesse social*” (Comissão 3). Assertivas mais que oportunas, na medida em que vivemos tempos estranhos onde até mesmo a ameaça de extinção da Justiça do Trabalho tem sido levantada

como elemento de convencimento na formação de um verdadeiro exército de burocratas especializados na técnica de reproduzir, acriticamente, o frio texto da lei, tarefa que, vale dizer, passa bem ao largo da relevância que a função jurisdicional detém no Estado Democrático de Direito, máxime perante um país tão desigual e carente de afirmação concreta da dignidade humana.

Cumprido dar destaque, igualmente, ao enunciado que firma a necessidade de se estabelecer crivo de compatibilidade vertical da Reforma Trabalhista também com os *standards* internacionais protetores dos direitos humanos no mundo do trabalho, fixados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). De fato, estabelece a tese aprovada que, mesmo que não se reconheça a inconveniência de toda a Reforma Trabalhista, *“há de se fazer pontualmente o controle de convencionalidade dos dispositivos por ela alterados”*, porquanto *“o Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter supralegal das convenções internacionais, devendo as leis ordinárias estar em consonância com a normatividade internacional, mormente no que se refere aos direitos humanos”* (Comissão 3). Como se vê, trata-se de mais um válido esforço em demonstrar que a Lei nº 13.467/2017 não tem existência jurídica em si e por si, mas deve ser lida e compreendida com um mínimo de sinergia normativa também para com os tratados e as convenções internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil (o que decerto inclui as Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil), instrumentos que o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido como portadores de caráter supralegal (CF, art. 5º, §§ 2º e 3º; STF, HC 87.585/TO e RE 466.343/SP), ou seja, diante dos quais a legislação ordinária deve prestar necessária adstrição e respeito. Nessa mesma linha de reforço de uma percepção sistemática e adequada da nova regência jurídico-trabalhista, vale trazer à baila enunciado também aprovado perante o 19º CONAMAT, cujo teor afirma que *“a Lei nº 13.467/17 não é uma lei superior às demais. Não faz letra morta da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais relativos aos direitos humanos e aos direitos sociais, nem se sobrepõe aos princípios, conceitos e institutos jurídicos do direito do trabalho”* (Comissão 3).

Quanto à discutidíssima questão de direito intertemporal que envolve a Reforma Trabalhista, a que nos reportamos no início deste texto, os magistrados trabalhistas participantes do 19º CONAMAT aprovaram

enunciado no sentido de que “o art. 2º da MP nº 808/2017, ao prescrever que ‘aplicam-se aos contratos de trabalho vigentes, na integralidade, os dispositivos da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017’, violou o princípio da irretroatividade da lei (CF, art. 5º, XXXVI), corolário dos princípios da segurança jurídica e da confiança”, estabelecendo, justamente por isso, relevante posicionamento assegurador de que, no que tange à incidência da nova legislação nos contratos firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, “norma legal que reduza ou suprima direitos assegurados no sistema legal deverá, necessariamente, como regra geral, ser examinada de forma restritiva quando na hipótese de sua aplicação a um caso concreto” (Comissão 3). O enunciado, como se percebe, exterioriza o pensamento da magistratura trabalhista presente no conclave no sentido de que, como regra, os dispositivos de direito material que criem novas figuras, eliminem direitos ou estabeleçam restrições desfavoráveis aos trabalhadores somente valham para as relações de emprego inauguradas no novo ambiente normativo da Lei nº 13.467/2017.

216

O 19º CONAMAT também produziu enunciados específicos a respeito da contribuição sindical e a possível queda de sua compulsoriedade, sem dúvida um dos temas mais polêmicos da Reforma Trabalhista. Nesse particular, os magistrados presentes ao CONAMAT aprovaram tese, por maioria, no sentido de que “é inconstitucional a exigência de autorização prévia e expressa dos empregados, trabalhadores avulsos, agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais”, diante do “caráter tributário da contribuição sindical, em flagrante ofensa aos arts. 8º, IV, e 146, III da Constituição Federal e ao art. 149 do Código Tributário Nacional, que se equipara a lei complementar” (Comissão 3). Trata-se de balizamento relevante no contexto de uma miríade de decisões judiciais antagônicas a respeito do assunto. Tal sinalização confere reforço à tese da inconstitucionalidade da alteração legislativa promovida pela Reforma Trabalhista, revelando que a discussão continuará acesa e, de fato, demanda aprofundada e detida reflexão. Da mesma forma, aprovou-se enunciado asseverando que “a fixação de contribuição, conforme tomada de decisão em assembleia geral dos membros da categoria, não se contrapõe ao princípio da liberdade de associação sindical consagrado pela Constituição Federal de 1988” (Comissão 3), mais uma diretriz demasiadamente polêmica, mas que, de toda forma, representa o pensar da maioria dos presentes no importante conclave organizado pela ANAMATRA e que, por certo, bem

pode servir como reforço argumentativo em julgamentos vindouros que com essa tese se afinam.

Quanto ao teletrabalho, valiosíssimos enunciados foram aprovados. Estabeleceu-se, por exemplo, que o teletrabalhador fará jus a horas extras “*nos casos em que for possível o acompanhamento ou controle indireto da jornada de trabalho pelo empregador, ainda que por meios informatizados ou telemáticos*” (Comissão 3), o que traduz pertinente aplicação do princípio da primazia da realidade – vetor axiológico central no Direito do Trabalho – e exprime importante fator de garantia de cumprimento de anseios constitucionais e internacionais relacionados ao direito à desconexão. Semelhantemente, foi aprovada tese bastante útil para conferir um mínimo de balizamento técnico e segurança jurídica à complexa temática do dever patronal de controle dos riscos inerentes ao teletrabalho. Com efeito, estabeleceram os participantes do 19º CONAMAT que “*sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, a visita ao local de trabalho para fins de fiscalização do meio ambiente laboral, deverá se dar: (i) com a anuência e presença do empregado ou de alguém por ele indicado; (ii) a visita ao local de trabalho só deve ter por objeto o controle da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho; (iii) em horário comercial segundo os usos e costumes do local; (iv) com respeito aos direitos fundamentais – intimidade e vida privada – do empregado*” (Comissão 3). Da mesma forma, firmou-se enunciado estabelecendo que “*o acidente ocorrido no local onde o teletrabalho é exercido durante a atividade profissional do teletrabalhador é presumido como acidente de trabalho (art. 8º da CLT c/c artigo L1222-9 do Código do Trabalho francês)*” (Comissão 3), diretriz que propicia integração normativa por tudo elogiável – no rumo, aliás, de tese de livre-docência defendida perante a Universidade de São Paulo, em 2009, por um dos autores deste texto⁶ –, na medida em que busca no direito francês base jurídica suficiente e razoável para solucionar questões não expressamente resolvidas na regência jurídica brasileira.

A respeito do trabalho intermitente, figura que tem suscitado variadas interpretações e atraído inúmeras dúvidas entre os intérpretes, os debates científicos travados no 19º CONAMAT também ofertaram

6 V. FELICIANO, Guilherme G. *Do pré-contrato de trabalho: O contrato preliminar de trabalho no iter da contratação laboral: abordagem comparativa e jusfundamental*. São Paulo: LTr, 2010. Passim.

relevantes contributos jurídicos. De fato, firmou-se, por exemplo, que “*seja observado salário mínimo mensal, justo e razoável, como prevê a Constituição (artigo 7º, IV, V e VII) e a Convenção nº 95 da Organização Internacional do Trabalho*” (Comissão 3), bem como que “*o contrato de trabalho intermitente, previsto pela Lei nº 13.467/2017, é inconstitucional por violar o regime de emprego, a dignidade humana, o compromisso com a profissionalização e o patamar mínimo de proteção devido às pessoas que necessitam viver do seu trabalho, ferindo, ainda, o direito de integração na empresa (art. 7º, I da Constituição)*”, frisando-se, ainda, que “*a cidadania para o trabalho se expressa no direito à ocupação digna, que contemple condições mínimas de proteção jurídica, segurança e igualdade, além de previsibilidade e permanência do trabalhador no mercado*” (Comissão 3). Cuidam-se de teses ousadas e francamente denunciadoras do abissal distanciamento normativo existente entre a regência jurídica do contrato de trabalho intermitente e mínimos parâmetros ético-civilizatórios estabelecidos em nossa Constituição Federal para o labor humano.

218

No que diz respeito ao instituto das horas *in itinere*, a magistratura trabalhista presente no 19º CONAMAT avalizou importante sinalização de parte da doutrina⁷ que tem defendido a manutenção da consideração do lapso de deslocamento como tempo à disposição do empregador – devidamente remunerado, portanto – “*caso o transporte seja fornecido pelo empregador e estando o local de trabalho situado em local de difícil acesso ou se não houver transporte público regular*” (Comissão 3). Verdadeiramente, do novo texto do parágrafo 2º do art. 58 da CLT não constou que o pagamento dessas horas de trajeto também esteja excluído nas excepcionais hipóteses em que o local da prestação de serviço for de difícil acesso ou não servido por transporte público regular. Registre-se, a propósito, que o legislador reformista não revogou disposições legais que consideram o período de deslocamento em condições especiais como tempo à disposição do empregador, como se dá com mineiros (CLT, art. 294) e ferroviários (CLT, art. 238, § 3º), o que só reforça a razoabilidade desse encaminhamento hermenêutico, ainda que pelo clássico expediente da analogia, cujo uso em seara juslaboral é

7 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 e da MP nº 808/2017. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 51.

igualmente afeiçoado pelo mesmo art. 8º celetista. A questão, portanto, não é tão simples e certamente ainda atrairá muita discussão.

Quanto ao fenômeno da terceirização, vale referir acerca de enunciado a estabelecer que, *“em interpretação conforme a Constituição, é ilícita a terceirização da atividade permanente da empresa, excetuada a hipótese do trabalho temporário”*, bem como que, *“a teor do art. 5º-A da Lei nº 6.019/1974, a terceirização de atividade-meio torna-se igualmente ilícita quando: (a) a prestadora de serviços não exerce atividade empresária típica (p. ex., “laranjas”); (b) a prestadora de serviços não é sociedade empresária ou não pode exercer atividade empresária típica (p. ex., associações civis e cooperativas em geral); e (c) a prestadora de serviços não detém idoneidade econômica para suportar os encargos trabalhistas e previdenciários ordinários decorrentes da atividade contratada. Em todos esses casos, tomadora e prestadora responderão solidariamente pela reparação de ofensa ou violação a direitos laborais”* (Comissão 3). Da mesma forma, há enunciado asserindo que *“a Lei nº 6.019/74, alterada pela lei nº 13.467/2017, no que tange à prestação de serviços a terceiros, não se aplica à administração pública direta ou indireta, em razão do disposto no art. 37, caput e incisos I e II da Constituição Federal”* (Comissão 3), bem assim garantindo responsabilidade objetiva e solidária da contratante tomadora em temática alusiva à saúde do trabalhador com amparo no postulado constitucional da isonomia e no próprio Direito Ambiental, impondo-se, para isso, *“necessária aplicação do art. 225, parágrafo 3º da CF c/c art. 14, parágrafo 1º da Lei 6.938/81, na interpretação sistemática do artigo 4º-C da Lei 6.019/74, com redação dada pelo art. 2º da Lei 13.467/17”* (Comissão 3). Perceba-se o profícuo esforço hermenêutico contido nessas proposições teóricas, que, em essência, apenas retratam referenciais normativos perfeitamente hauridos no ordenamento jurídico-constitucional com vistas a conferir balizamentos mais equânimes à tutela jurídica do trabalho terceirizado, amenizando, com isso, a grave precarização que essa modalidade contratual naturalmente suscita, inclusive com a perversa majoração de riscos labor-ambientais, em nítida ofensa ao disposto no art. 7º, XXII, da Carta Constitucional.

Ainda no âmbito do Direito Material do Trabalho, soa interessante fazer expressa alusão a enunciado que dispõe sobre *“a obrigatoriedade da assistência sindical na rescisão do contrato de trabalho, independentemente do*

tempo de serviço, e o seu conseqüente procedimento devem ser respeitados quando previstos em convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho” (Comissão 3), proposição que está afinada não só com o princípio protetivo e o fomento constitucional à autonomia privada coletiva (art. 7º, XXVI), como também com o próprio discurso de prevalência do negociado sobre o legislado que permeou toda a gestação da Reforma Trabalhista. Afinal, não se há de partir para a insana exegese de que o negociado só prevalecerá quando mais prejudicial à classe trabalhadora. Esse tipo de assertiva jurídica ofenderia não apenas a essência tuitiva do Direito do Trabalho, como também os próprios fins sociais a que esse ramo jurídico se destina (LINDB, art. 5º) e a inequívoca diretriz constitucional que assegura a constante melhoria da condição social da classe obreira (art. 7º, *caput*, *in fine*).

Ao final desta seção, também vale fazer destaque ao enunciado que propugna que *“o art. 442-B da CLT deve ser interpretado no sentido da existência de contrato de trabalho, quando houver prestação de serviços de modo exclusivo ou não, com a ausência de autonomia e presença dos requisitos do contrato de trabalho (art. 9º, 2º e 3º da CLT), afastando-se a pejotização para possibilitar que o empregado faça jus aos benefícios previstos para a categoria profissional à qual pertence, valorizando a sua sindicalização”* (Comissão 3), referencial teórico importante não apenas para coibir fraudes à correta configuração de elos de emprego, fazendo valer os princípios da primazia da realidade e da boa-fé objetiva, mas sobretudo para, alargando o campo de visão do intérprete, enxergar no art. 442-B da CLT também um perigoso risco ao direito fundamental à sindicalização, inibindo-se, assim, a ocorrência de qualquer resultado jurídico que importe supressão do efetivo gozo do *status* jurídico de associado sindical.

3 O 19º CONAMAT E AS TESES DE DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO: GARANTISMO PROCESSUAL

O 19º CONAMAT produziu diversas teses no campo do direito processual do trabalho. Confira-se, desde logo, aquela que estabelece serem *“inaplicáveis as alterações da Reforma Trabalhista aos processos em curso antes da sua vigência, face ao princípio tempus regit actum e tendo em vista a*

irretroatividade da lei processual nova para alcançar atos praticados na vigência da lei anterior, adotando-se, para tanto, as regras existentes no momento da distribuição da ação, sobretudo quanto aos institutos que exercem influências diretas sobre o direito material, como a gratuidade da justiça, os requisitos da peça de ingresso e a sucumbência” (Comissão 4-A). O enunciado, todavia, merece críticas. É que, ao asseverar que devem ser adotadas *“as regras existentes no momento da distribuição da ação”*, *tout court*, sem ressalvas, o preceito acaba negando a aplicação da teria do isolamento dos atos processuais, consagrada em nosso ordenamento jurídico, a referir que se aplicam ao ato processual a lei vigente quando de sua prática. Assim, tal como aprovado, o enunciado legitima, por exemplo, que os específicos processos que se iniciaram antes da Reforma Trabalhista durante todo o seu curso, não importa quanto tempo durem em sua tramitação, em nenhum momento recebam contagem de prazos em dias úteis, o que, com todo o respeito, não nos parece razoável. Perceba-se, além disso, que o texto da tese é nitidamente contraditório, pois invoca o brocardo *“tempus regit actum”*, entretanto defende que a lei processual a incidir não é a da prática do ato, mas, sim, a do ajuizamento da ação, o que é coisa bem diversa da ideia nele contida.

Já no que concerne à questão de direito intertemporal envolvente da ideia de sucumbência, andou bem, a nosso ver, o material produzido, ao aduzir que *“são inaplicáveis aos processos em curso por ocasião do início de vigência da lei da “Reforma Trabalhista”, os novos dispositivos que preveem sucumbência quanto aos honorários advocatícios e, mesmo ao beneficiário da justiça gratuita, de exigibilidade de pagamento de honorários periciais na hipótese de sucumbência na pretensão que demandou a perícia”* (Comissão 4-A). Aqui, impõe-se, de fato, posicionamento mais sensível e afinado com os princípios da proteção da confiança, vedação da decisão surpresa e boa-fé objetiva processual, evitando-se atribuição de encargos financeiros não ventilados quando do ajuizamento da ação, máxime pelo fato de que esses institutos, a bem da verdade, justamente por esse marcante efeito pecuniário, acabam por deter natureza jurídica híbrida, a um só tempo processual e material.

As novas disposições sobre a petição inicial trabalhista também foram objeto de reflexão no 19º CONAMAT. A plenária aprovou tese no sentido de que *“indicação de valor do pedido na inicial não é liquidação e não limita o valor da condenação”* (Comissão 4-A), convergindo para os vários

entendimentos doutrinários que não divisam, no novo parágrafo 1º do art. 840 da CLT, a exigência de detalhamentos formais por meio de memória de cálculos, mas a simples indicação do valor do pedido, de acordo com as balizas fáticas e documentais ofertadas pelo autor; e, para mais, revela a compreensão de que, em todo caso, o valor apontado pelo reclamante na petição inicial não vincula a condenação, sendo, portanto, plástico e flexível. Não temos dúvidas de que a tese tenta militar no campo da informalidade e simplicidade, princípios marcantes no processo do trabalho, oferecendo-se como um norte interpretativo em meio à larga polêmica que o assunto tem instigado, especialmente perante profissionais da advocacia que estão enfrentando a difícil problemática diária de delimitar valores aos pedidos da exordial trabalhista em meio a todas as dificuldades que corriqueiramente permeiam esse tipo de peça processual. Afinal, o trabalhador usualmente não detém, no início da lide, elementos documentais aptos a ensejar uma apuração precisa e rigorosa do exato montante a ser postulado.

222 Aprovou-se, de mesma cepa, enunciado a estabelecer que “*a exordial que não atende os requisitos legais enseja oportunidade para emenda e não imediata sentença sem exame do mérito, sob pena de desrespeito ao direito autoral à integral análise da causa*” (Comissão 4-A). Essa diretriz hermenêutica certamente se escora no princípio da primazia do julgamento de mérito, altamente enfatizado no novo CPC (arts. 4º, 6º e 488), evidenciando seus reflexos no processo do trabalho, com impactos positivos dentro dos marcos constitucionais de máxima eficiência e plena garantia do contraditório e da ampla defesa, com resolução efetiva de lides sociológicas (e não a mera extinção formal de processos).

O 19º CONAMAT também oferece exegese útil ao art. 844, § 5º, da CLT, apontando que tal dispositivo “*não impede os efeitos da revelia*” (Comissão 4-A). Nesse novel preceito celetista traz-se norma mitigadora da exigência da presença física do reclamado ou preposto seu na primeira audiência, admitindo que se afaste a revelia caso compareça ao ato seu advogado e apresente contestação, diante da valorização do ânimo de defesa que a lei agora passa a abraçar. Contudo, o afastamento da revelia pela presença solitária do advogado do reclamado munido da defesa não afasta necessariamente seu efeito principal. Concentrada ou fracionada a audiência inicial, a ausência do reclamado com advogado presente munido

de contestação não implicará mais revelia, de fato, mas decerto persistirá sua confissão ficta, pois seu não comparecimento inibe a hipótese de obtenção da confissão real pela impossibilidade de realização de seu interrogatório. Por isso, é feliz e acertada a proposta hermenêutica chancelada em plenária.

No que tange à celeuma que tem girado em torno do art. 841, § 3º, da CLT, e a fixação do exato momento em que o autor pode formular desistência da ação sem necessitar da anuência da parte contrária, propõe-se tese a expressar que *“a CLT estabelece que o momento processual próprio para o demandado ‘oferecer a contestação’ é na audiência, após rejeitada a conciliação e efetuada a leitura da petição inicial. Ainda que a parte demandada remeta a contestação antes da fase processual prevista em lei, não há razão para a anuência enquanto não atingido tal momento processual”* (Comissão 4-A). Ora, como se sabe, a teor do art. 847 da CLT, no âmbito da processualística laboral, a contestação não é entregue ou considerada entregue na abertura da audiência, mas apenas depois do insucesso dos primeiros esforços para obtenção de solução consensual do litígio. Conseqüentemente, o reclamante pode desistir unilateralmente da reclamação até o início da primeira audiência, ainda que já presente o reclamado e desde que, frustrada a primeira proposta conciliatória, ainda não tenha contestado a ação. O enunciado agrega ainda um excelente argumento abonador dessa tese ao dispor, em sua parte final, que *“a defesa só é validamente ‘oferecida’ quando alcançado o momento previsto em lei à prática do ato processual. Assim não fosse, não caberia aditamento oral à peça escrita enviada até a audiência, em face da preclusão consumativa”*. Assertiva irrepreensível.

Também há tese aduzindo ser *“inconstitucional a expressão ‘será feita pela taxa referencial (TR)’ do art. 879, § 7º DA CLT (incluído pela Lei nº 13.467/2017), devendo ser utilizado o IPCA-E para atualização dos créditos decorrentes da condenação judicial”* (Comissão 4-A). A proposta é estreitamente relacionada com decisões do STF que reconheceram a utilização do IPCA-E como índice de atualização monetária de dívida da Fazenda Pública no período entre a inscrição do débito em precatório e seu efetivo pagamento (ADI 4.357/DF e ADI 4.425/DF). Todavia, o Tribunal Superior do Trabalho, em Arguição de Inconstitucionalidade nº 479-60.2011.5.04.0231, declarou a inconstitucionalidade da expressão *“equivalentes à TRD” constante do art. 39 da Lei nº 8.177/91. Entendeu o TST, realizando uma declaração*

de inconstitucionalidade por arrastamento do mencionado dispositivo, que, ao permanecer aquela regra, “a cada dia o trabalhador amargará perdas crescentes resultantes da utilização de índice de atualização monetária do seu crédito que não reflete a variação da taxa inflacionária” (trecho da ementa do voto do Relator). Fazendo uma interpretação conforme a Constituição, considerou o TST, na oportunidade, que o direito à atualização monetária dos créditos trabalhistas deve ser preservado, no entanto, deve-se expungir do texto legal a expressão que atenta contra a Constituição, definindo-se o direito à incidência de índice que reflita a variação integral da “*corrosão inflacionária*”, dentre os diversos existentes (IPC, IGP, IGP-M, ICV, INPC e IPCA, por exemplo), acolhendo-se o IPCA-E⁸. Mais recentemente, em acórdão publicado em Embargos Declaratórios, no dia 30 de junho de 2017, o TST, atribuindo efeito modificativo ao julgado, no que toca aos efeitos produzidos pela decisão em tela, decidiu fixar o índice a partir de 25 de março de 2015, realizando-se, assim, a modulação. Portanto, a tese aprovada no 19º CONAMAT propõe que se faça desde logo rigoroso crivo crítico do art. 879, § 7º, da CLT, na esteira do quanto vem decidido o STF a respeito das insuficiências da TR enquanto instrumento jurídico de recomposição da inflação e promoção de eficaz salvaguarda do direito fundamental de propriedade do credor trabalhista.

224

Também é possível ver enunciado colocando em xeque a validade do disposto no art. 899, § 11, da CLT, ao permitir a substituição do depósito recursal em dinheiro por fiança bancária ou seguro garantia judicial, “*em razão da sistemática aplicável a esse tipo de instrumento, limitada a determinado tempo de vigência e, portanto, incompatível com o sistema recursal brasileiro, baseado na indeterminação do tempo*” (Comissão 4-A). Nesse particular, a Reforma Trabalhista resolve problema histórico dos reclamados. É que, não raro, ocorre do empregador ter patrimônio, mas não liquidez que permita proceder ao depósito recursal. Como se vê, a partir da vigência da Lei nº 13.467/2017, o depósito recursal poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial. Assim, o recorrente poderá buscar junto a uma instituição financeira garantia equivalente ao valor do depósito recursal,

8 Fonte: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=118578&xanoInt=2012&qtdAcesso=18579101>. Acesso em 7 de maio de 2018.

viabilizando, assim, o preparo para interposição do apelo. O caráter relativamente precário dessas garantias é agora base para uma crítica que, segundo pensamos, apesar de razoável, dificilmente vingará na prática, dada a expressa previsão legal viabilizadora da utilização dessa ferramenta, sem cogitações maiores a respeito de sua temporalidade. De todo modo, pode o magistrado promover rigoroso controle de validade desses instrumentos com vistas a garantir sua máxima eficácia no processo trabalhista, inclusive ordenando oportunas revalidações e substituições com o escopo de preservar a inteireza de seus escopos processuais.

Importante enunciado processual diz com que a fixação da tese de que *“não há como impedir a execução de ofício. A execução é fase essencial da atividade jurisdicional e, portanto, cumpre ao juiz promover todos os atos necessários para entregar a quem o tem, o direito judicialmente declarado”* (Comissão 4-A). A proposta busca manter a eficiência e a celeridade da jurisdição trabalhista (CLT, art. 765) como fatores de concretização do princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII). Nem se olvide, aliás, que a própria Carta Magna impõe a execução oficiosa de contribuições previdenciárias apuradas nas condenações trabalhistas (art. 114, VIII), não se podendo admitir que o acessório seja executado ex officio e não o possa a verba principal – geralmente de caráter alimentar. Por conta disso e de outros fatores que o tempo não nos permite alinhar, não há dúvidas de que remanesce ao magistrado a faculdade de, querendo, por exegese sistemático-constitucional, promover a execução de ofício da execução trabalhista, ainda que o exequente tenha constituído causídico a tanto habilitado. Afinal, o devedor não tem direito fundamental a uma duração lenta do processo. Antes, pelo contrário, é o credor quem tem o direito fundamental a um processo célere e eficiente, cabendo ao magistrado garantir meios hábeis ao alcance desse relevante desiderato constitucional.

Nessa mesma trilha de eficiência e celeridade, ganha destaque enunciado aprovado a afirmar que *“nos casos em que há inadimplemento de verbas rescisórias, cujo caráter de subsistência imediata é inegável, legitimando a urgência do provimento, é possível a aplicação dos artigos 520 e 521 do CPC para liberar imediatamente o depósito recursal ao reclamante”* (Comissão 4-A). Sem dúvida, trata-se de proposta inteiramente viável, senão recomendável, em situações de profunda necessidade material em processo trabalhista

com perseguição de créditos de natureza alimentar e credor imerso em situação de desemprego – cenário relativamente comum no cotidiano da Justiça do Trabalho. Medida dessa magnitude decerto atende aos princípios constitucionais da celeridade, eficiência e duração razoável do processo (art. 5º, XXXV e LXXVIII). Ainda nessa linha de máxima eficiência, desta feita por meio do instituto da antecipação dos efeitos da tutela, destacamos importante outro enunciado, cujos termos seguem: “*Intensificação da tutela antecipada como instrumento do processo trabalhista. Observância da dignidade humana e da valorização social do trabalho. Duração razoável do processo. Dispositivos do CPC combinados com o art. 765, da CLT*” (Comissão 4-A).

No tocante ao tema do alcance do benefício da gratuita da justiça, outra faceta altamente polêmica da Reforma Trabalhista, vale destacar enunciado a firmar que “*as regras que determinam o pagamento de custas em processo arquivado ao trabalhador e que impedem ajuizamento de ação sem a prévia quitação de custas pelo beneficiário da justiça gratuita encerram texto manifestamente inconstitucional, colidindo com os artigos 5º, XXXV, LIV e LXXIV da Constituição Federal de 1988*” (Comissão 4-B). Ademais, há enunciado estampando o seguinte texto: “*A pessoa natural que receba salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do valor máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social automaticamente é beneficiária da justiça gratuita, independentemente de declaração de hipossuficiência ou de qualquer outra prova*” (Comissão 4-B). Na mesma senda protetiva, verifica-se tese no sentido de que “*estando desempregado o autor da demanda trabalhista, presume-se a insuficiência econômica, independentemente do último salário percebido ou de qualquer outra prova documental, bastando a mera declaração do interessado para a concessão da benesse (art. 99, §3º, CPC/15)*” (Comissão 4-B). São todos enunciados que promovem correto crivo de compatibilidade constitucional sobre o texto da Reforma Trabalhista, garantindo-se ao hipossuficiente econômico eficácia plena quanto ao direito fundamental estampado no art. 5º, LXXIV, da CF/1988 (“*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”).

Chama-nos a atenção, ademais, arguto enunciado que propõe solução para aquelas situações em que, não mais se podendo determinar a antecipação de honorários periciais (CLT, art. 790-B, § 3º), a produção da prova técnica se vê inviabilizada porque o perito informa não poder

executar seu serviço sem o necessário custeio de gastos iniciais que só a antecipação poderia viabilizar. Assim, propõe-se em tese aprovada no 19º CONAMAT: *“O fato de o perito judicial exigir a antecipação de honorários para realização da perícia não ofende o § 3º do art. 790-B da CLT, devendo, na ausência do pagamento do valor fixado pelo juiz, o processo ser julgado em conformidade com a regra de distribuição do ônus da prova, partindo de presunção em favor do reclamante. Isso porque pertence ao empregador a responsabilidade pelos riscos criados no ambiente de trabalho, sendo direito dos trabalhadores a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (inciso XXII, do art. 7º da CF)”* (Comissão 4-B). Logo, tratando-se de temática envolvendo meio ambiente do trabalho e uma vez sendo do empregador o dever de controle de riscos e o dever de efetiva manutenção do equilíbrio do labor-ambiente, por certo recai sobre a empresa reclamada o ônus de provar suas alegações. E se a prova pericial se revelar imprescindível nos autos e o perito se negar a cumprir o encargo, de fato, surge um problema a ser resolvido por quem é detentor do encargo probatório. Nessa linha de raciocínio, consultada a demandada a respeito e mantendo a postura que gera impossibilidade concreta de realização da prova pericial, estaria o magistrado, então, segundo a tese em testilha, autorizado a encerrar a instrução processual e julgar o processo à luz das regras de distribuição do onus probandi, proferindo julgamento solucionador do caso, sobretudo porque o processo precisa tramitar em duração razoável (CF, art. 5º, LXXVIII).

Ainda a respeito de honorários periciais em relação ao beneficiário da justiça gratuita, cumpre-nos também lançar foco no enunciado que afirma a seguinte tese: *“O fato de o trabalhador ter percebido crédito trabalhista em ação judicial não elide, por si só, a situação de miserabilidade jurídica de beneficiário da justiça gratuita, sendo inconstitucional a previsão do art. 790-B, § 4º, da CLT de compensação de crédito trabalhista para pagamento dos honorários periciais”* (Comissão 4-B). De fato, como bem destacado no texto do enunciado em foco, *“os créditos trabalhistas reconhecidos em juízo são de natureza alimentar superprivilegiada e marcados pela intangibilidade (...). A regra viola o princípio da isonomia, o direito fundamental de amplo acesso à jurisdição e à garantia fundamental de gratuidade judiciária (...), impondo à parte juridicamente pobre condição financeira para litigar”*. Cuida-se de

compreensão correta da regência jurídico-constitucional que deve permear a questão, não sendo legítima que o credor pobre em processo trabalhista seja tratado de maneira mais rigorosa que o credor pobre em processo civil, já que no CPC não há previsão semelhante de retenção abrupta de créditos. Para além dessa importante mácula ao postulado constitucional da isonomia (arts. 3º, IV, e 5º, *caput*), o regramento sob crítica também fere de morte o direito fundamental igualmente constitucional à assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV).

4 O 19º CONAMAT E O PAPEL DE SUAS TESES: EPÍLOGO

Como palavras finais, vale aproveitar o espaço para **repelir**, com a elegância possível, as reações figadais que logo vieram, à vista do caráter tuitito das teses aprovadas por ocasião do 19º CONAMAT, de alguns segmentos políticos mais reacionários. Chamou a atenção, por todos, o obscurante artigo publicado pelo Deputado Rogério Marinho, relator do PL n. 6.787/2016 – o da Reforma Trabalhista –, no jornal “*O Globo*”.

228

Teses aprovadas em CONAMATs, ou em quaisquer outros eventos de natureza político-científica realizados por magistrados, não são vinculantes; e nem poderiam sê-lo. Jamais foram anunciadas como definitivas, como se vinculassem os juízes do Trabalho. É elementar, para o aluno de primeiro semestre de qualquer curso de Direito que se preze, a constatação de que teses de fóruns e congressos de Magistrados não se confundem com súmulas de jurisprudência editadas por Tribunais.

Súmulas de jurisprudência, vinculantes ou não, sintetizam a reiteração e a convergência das decisões de um tribunal judicial sobre certo tema, visando a agilizar julgamentos de causas repetitivas e sinalizar a definição do entendimento da corte para os demais tribunais do país e também para os cidadãos. As teses de fóruns e congressos científicos, por sua vez, decorrem de estudos e debates científicos, objetivando: **(a)** orientar a atuação política e científica da entidade promotora; e **(b)** colaborar para

9 Fonte: <<https://oglobo.globo.com/opinia/juizes-contra-lei-22719562>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

a evolução da atividade judicante. Veja-se, p. ex., o que fez o Conselho da Justiça Federal, cujo Centro de Estudos Judiciários realizou, em agosto último, a *I Jornada de Direito Processual Civil*, a aprovar, em torno do novo Código de Processo Civil (2015), nada menos que 107 proposições¹⁰, a partir de debates e votações entre juízes. Seriam também “vinculantes” ou “autoritárias”? Certamente **não**.

Diga-se, outrossim, que todos os juízes deste mundo utilizam, para a interpretação e a aplicação de novos textos de lei, da combinação de variadas técnicas hermenêuticas, como a interpretação lógico-sistemática e teleológica, o controle de convencionalidade e o controle difuso de constitucionalidade, acolhido pelo Ocidente desde pelo menos 1803 (*Marbury v. Madison*). Tal controle difuso pode ser exercido para considerar a constitucionalidade da lei em tese, embora seus efeitos restrinjam-se ao caso concreto. Assim, p. ex., se a escala 12x36 firmada sem negociação coletiva for inconstitucional, como entendemos ser, esse reconhecimento haverá de se dar necessariamente “*in abstracto*”, ainda que a declaração ocorra em cada caso concreto no qual se apresentar. Tal inconstitucionalidade, na perspectiva de um mesmo juiz, não variará em função de processos, autores ou réus; e nem poderia.

229

Esses esclarecimentos servem, finalmente, para que se compreenda que qualquer tentativa de tolher a liberdade científica e/ou de expressão de uma associação civil trará sempre consigo, explícita ou subjacentemente, o desapareço pelo pluralismo dialógico; ou ainda, a depender da origem da censura e da natureza da associação destinatária (se, p. ex., uma associação de juízes), uma repulsa implícita à própria separação constitucional dos poderes da República. Recusar a uma associação civil, na esfera legítima de sua atuação institucional, o direito de promover seus próprios estudos e debates – o que tem sido feito livre e proficuamente, no caso da ANAMATRA, desde 1990 –, é retroceder ao século XVIII e à Lei Le Chapelier (1791), demonizadora dos “corpos intermediários” (que atuam entre o Estado e o indivíduo - como são, p. ex., as associações, os partidos políticos e os sindicatos). Nada há de “moderno” nisto.

10 Fonte: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2017/setembro/cej-divulga-enunciados-da-i-jornada-de-direito-processual-civil>> Acesso em: 09 jun. 2018.

REFERÊNCIAS

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 e da MP nº 808/2017. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. II. 2. ed. Trad.: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Edição Saraiva, 1965.

FELICIANO, Guilherme G. **Do pré-contrato de trabalho**: o contrato preliminar de trabalho no iter da contratação laboral: abordagem comparativa e jusfundamental. São Paulo: LTr, 2010.



CONSIDERAÇÕES SOBRE O NOVO PRAZO DO ART. 477, §6º, DA CLT

Gustavo Luiz Poli¹
Ricardo Córdova Diniz²

Resumo: Dentre as inovações da “Reforma Trabalhista”, está a modificação do prazo para o pagamento, ao empregado, das verbas devidas pela extinção do contrato de trabalho. Outrora, havia uma diferenciação de prazos a depender do jaez do contrato de trabalho e da modalidade do aviso prévio. Agora, há um único prazo com termo final determinado, de modo a uniformizar os prazos distintos da lei pretérita, mas foi estabelecida uma duração diversa de *até dez dias contados a partir do término do contrato*. Considerando que o período de aviso prévio integra o tempo de serviço do empregado e a sua proporcionalidade discrepa segundo o tempo de relação de emprego até o momento de sua concessão, a literalidade do novo art. 477, §6º, da CLT enceta a possibilidade de um empregado dispensado ter de esperar até cem dias (sendo 90 dias do aviso prévio mais 10 dias do prazo legal) para receber as verbas devidas. Com a atenção voltada para implicações como essa, o presente artigo visa estudar a matéria e sugerir uma solução interpretativa que privilegie a segurança jurídica, o não retrocesso e as garantias trabalhistas mínimas, não se olvidando, também, da interação de Princípios como o da Proteção e da Razoabilidade.

231

Palavras-chave: Prazo legal. Reforma Trabalhista. Interpretação.

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

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

1 INTRODUÇÃO

Dentre as inovações trazidas ao ordenamento juslaboral brasileiro pela Lei nº. 13.467/2017, que concretizou a intitulada “Reforma Trabalhista”, está a modificação do prazo para o pagamento, ao empregado, das verbas devidas pela extinção do contrato de trabalho (art. 477, §6º, da CLT).

Outrora, havia uma diferenciação de prazos a depender do jaez do contrato de trabalho (por tempo determinado ou indeterminado) e da modalidade do aviso prévio concedido (alíneas a e b do §6º do art. 477 da CLT). Agora, há um único prazo com termo final determinado, de modo a uniformizar os prazos distintos da lei pretérita, mas foi estabelecida uma duração diversa de *até dez dias contados a partir do término do contrato*.

Tendo em conta que o período de aviso prévio integra o tempo de serviço do empregado (art. 487, §1º, da CLT), bem como que a proporcionalidade do aludido aviso discrepa segundo o tempo de relação de emprego contabilizado até a sua concessão, a literalidade do art. 477, §6º, da CLT, com as alterações da Lei nº. 13.467/2017, enceta a possibilidade fática de um empregado dispensado ter de esperar até cem dias (sendo 90 dias do aviso prévio mais 10 dias do prazo legal) para receber as verbas decorrentes da extinção contratual e demais providências relacionadas à ruptura do pacto laboral.

Isso, inegavelmente, além de causar insegurança jurídica e litigiosidade, é ruim para o trabalhador e para o meio social.

É com a atenção voltada para implicações como essa, cuja probabilidade de acontecimento material é patente nessa fase subsequente ao início da vigência da Lei nº. 13.467/2017, que este artigo visa estudar a matéria e sugerir uma solução interpretativa que privilegie a segurança jurídica, o não retrocesso e as garantias trabalhistas mínimas, não se olvidando, também, da interação de princípios como o Princípio da Proteção e da Razoabilidade.

Admitindo-se que, no momento, é escassa a jurisprudência sobre o tema versado, o estudo se norteará pela correspondente doutrina em formação e por outras fontes como: textos legais, recursos de interpretação

normativa, princípios do direito e observação do que sinalizavam os entendimentos judiciais correlatos até o momento da reforma.

2 O PRAZO LEGAL DE PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS: O ART. 477, §6º, DA CLT ANTES E DEPOIS DA REFORMA TRABALHISTA

A MP³ n.º. 89/1989, editada no Governo Sarney, incluiu ao art. 477 da CLT o §6º, *in verbis*:

§ 6º. O pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverá ser efetuado nos seguintes prazos:

- a. até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato; ou
- b. até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando da ausência do aviso-prévio, indenização do mesmo ou dispensa de seu cumprimento.

Posteriormente, a MP foi convertida na Lei n.º 7.855/1989, mantido incólume o conteúdo legal supratranscrito (salvo o hífen em “aviso-prévio”, que foi suprimido) e tornando definitiva a sua inserção ao Diploma Consolidado.

233

Vale ressaltar, por necessário, que a MP também engranzou ao art. 477 da CLT o §8º, que dispõe:

§ 8º A inobservância do disposto no § 6º deste artigo sujeitará o infrator à multa de 160 BTN, por trabalhador, bem assim ao pagamento da multa a favor do empregado, em valor equivalente ao seu salário, devidamente corrigido pelo índice de variação do BTN, salvo quando, comprovadamente, o trabalhador der causa à mora.

No tocante a esse dispositivo sancionatório, também houve conversão na Lei n.º. 7.855/1989 com manutenção integral do seu teor.

É certo que o desiderato legislativo da norma instituidora (MP depois convertida em lei) foi o de impor, objetivamente, um mandamento regulatório do aspecto temporal envolvendo o pagamento dos importes devidos pela extinção do contrato de trabalho.

3 Medida Provisória.

Não se pode negar, salvo no caso de demissão devido à obtenção de nova colocação profissional, que a situação de desemprego é a mais difícil para o trabalhador, daí a importância das verbas oriundas do término do pacto até então existente e o cabimento de um prazo para o respectivo adimplemento, bem como das consequências caso descumprida, pelo empregador, a obrigação de dar quantia certa.

Lançada essa premissa, necessário enfatizar que, para fins práticos no caso de litígio trabalhista, é indissociável o exame do §6º em combinação com o §8º do art. 477 da CLT, afinal, uma vez inobservado o prazo legal, interessará ao ex-empregado reclamante a multa pecuniária estabelecida; e, para que o juiz da causa aprecie o requerimento, terá de averiguar, necessariamente, se foi tempestivo o pagamento das verbas oriundas da ruptura do liame laboral. Então, o §8º do art. 477 da CLT perfaz o pedido, enquanto o §6º (seu desatendimento) se constituirá na causa de pedir.

A redação do §6º do art. 477 da CLT anteriormente reproduzida esteve vigente desde sua criação, perdurando, pois, por quase trinta anos no cotidiano das relações de emprego.

Ao longo desse período, naturalmente, a dicção legal em comento, em especial o alcance da incidência da sanção prevista (art. 477, §8º, da CLT), foi objeto de interpretações variadas na jurisprudência, sendo que algumas cizânias hão de perdurar mesmo após a modificação operada pela Lei nº 13.467/2017.

Exemplificativamente:

Súmula nº 110 do TRT4

MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. JUSTA CAUSA. É devida a multa do art. 477, § 8º, da CLT nos casos em que é afastada em juízo a justa causa para a despedida do empregado, com a conversão em dispensa imotivada.

Súmula nº 125 do TRT12

REVERSÃO DA JUSTA CAUSA EM JUÍZO. MULTA DISPOSTA NO ART. 477, § 8º, DA CLT. NÃO INCIDÊNCIA. A rescisão contratual por justa causa de iniciativa do empregador, quando revertida judicialmente em dispensa imotivada, não acarreta a aplicação da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT.

Ementa de Acórdão do TRT7

[...] MULTA DO ARTIGO 477, § 8.º, DA CLT. PERTINÊNCIA. No momento em que a reclamada entende nada ser devido ao reclamante, a título de verbas salariais e/ou rescisórias, **assume o risco, em caso de reconhecimento de alguma verba, da obrigatoriedade de pagamento da multa do artigo 477, § 8.º, da CLT**, já que não o fez na época oportuna. (...)

(Processo nº. 0001636-29.2011.5.07.0023. Classe Processual: RO. Relatoria: Des. Emmanuel Teófilo Furtado. Revisora: Des. Dulcina de Holanda Palhano. Órgão Judicante: 1ª Turma. Julgado em 12/08/2015. Acórdão Publicado em 17/08/2015). (Grifo inserto)

Ementa de Acórdão do TRT12

MULTA DO ARTIGO 477 DA CLT. INDEVIDA. A multa do § 8º do art. 477 da CLT é aplicável tão somente quando as verbas rescisórias não foram pagas no prazo legal. **A circunstância de haver diferenças de verbas reconhecidas em Juízo não enseja a multa em apreço.**

(Processo nº. 0000207-33.2017.5.12.0005. Classe Processual: RO. Relatoria: Des. Wanderley Godoy Júnior. Órgão Judicante: 1ª Câmara. Julgado em 07/03/2018. Acórdão Publicado em 18/04/2018). (Grifo inserto)

235

Eis que, com o advento da Reforma Trabalhista, sobreveio mudança significativa: foram revogadas as alíneas do art. 477, §6º, da CLT e positivada alteração do texto legal, que assim ficou:

A entrega ao empregado de documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes bem como o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverão ser efetuados **até dez dias contados a partir do término do contrato.** (sem grifo no original)

Conquanto não tenha sido objeto de reconstrução legislativa e, assim, permanecido com a mesma elocução, o §8º do art. 477 da CLT, obviamente, está na órbita de incidência da nova redação do §6º pelos motivos antes cintilados.

Em epítome, aboliram-se os prazos dísparos antes existentes segundo o naipe do contrato de trabalho e do aviso prévio, unificando-se o critério temporal e adequando-se o vaticínio normativo à atualidade, mormente ao se ter em mente que o desfazimento do vínculo de emprego, em determinadas

ocasiões, não se resume só ao pagamento das verbas rescisórias, envolvendo outras providências de ordem documental e burocrática também necessárias à perfeita terminação da relação jurídica.

No entanto, a inovação ululante está no fato de que a contagem do decêndio legal apenas se inicia depois do término do contrato. E, conforme se expôs na introdução, no que tange à aplicação do novel comando do §6º do art. 477 da CLT (e, por conseguinte do seu §8º), é inarredável a ponderação sobre os consecutivos jurídicos do aviso prévio (a projeção contratual).

É verdade que a mudança na norma do art. 477, §6º, da CLT não impede o empregador de pagar as verbas rescisórias e satisfazer as demais obrigações acessórias no menor tempo possível após comunicar a dispensa ao empregado. Entretanto, não se pode ignorar que a nova regra dá margem à probabilidade do cumprimento desses deveres ocorrer estritamente ao final do prazo, o qual pode se estender por longo lapso temporal a depender da duração do aviso prévio e, por decorrência, do termo final da relação jurídica.

De toda sorte, é premente não perder de mira que o art. 477 da CLT, aqui jungido o augúrio dos seus §§6º e 8º, consubstancia norma de cunho penal, justificando, *a priori*, a imposição de interpretação restritiva, própria dos preceitos jurídicos desse tipo conforme os parâmetros gerais de hermenêutica.

Nesse sentido, pronuncia a jurisprudência:

MULTA DO § 8º DO ART. 477 DA CLT. FALTA DE HOMOLOGAÇÃO SINDICAL DO TRCT. NÃO PRESUNÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE NO PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. No que diz respeito à penalidade de que trata o parágrafo oitavo do art. 477 da CLT, a falta de homologação do TRCT pelo Sindicato não torna presumida a intempestividade das verbas rescisórias, já que o parágrafo sexto do mesmo artigo trata de pagamento. **Em se tratando de norma que impõe uma obrigação, a sua interpretação deve sempre ser restritiva.** No mesmo sentido é o teor da Súmula 69 deste Regional.

(TRT-12. Processo nº. 0002154-46.2015.5.12.0053. Classe Processual: RO. Relatoria: Des. José Ernesto Manzi. Órgão

Judicante: 1ª Câmara. Julgado em 25/10/2017. Acórdão Publicado em 31/10/2017). (grifos insertos)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO – **PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS – MORA – MULTA ESTABELECIDADA EM CLÁUSULA CONVENCIONAL – NATUREZA PUNITIVA – INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA**. 1. **A norma que impõe penalidade deve sofrer interpretação restritiva, não cabendo estendê-la a situação distinta daquela para a qual foi estabelecida**. Por essa razão, não há falar em aplicação da multa de natureza punitiva, conjecturada em norma convencional – *in casu*, a cláusula 34ª da CCT trazida aos autos pela parte autora –, além do termo previsto expressamente em seu preceito. Recurso ordinário parcialmente acolhido.

(TRT-6. Processo nº. 0193500-93.2008.5.06.0281. Classe Processual: RO. Relatoria: Des. Pedro Paulo Pereira Nóbrega. Revisora: Des. Maria Clara Saboya Albuquerque Bernardino. Órgão Judicante: 3ª Turma. Julgado em 21/07/2010. Acórdão Publicado em 28/07/2010). (grifos insertos)

[...] **MULTA DO ART. 477 DA CLT**. DIFERENÇAS DE VERBAS RESCISÓRIAS RECONHECIDAS POR DECISÃO JUDICIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. VERIFICADA. Na hipótese de complementação ‘reflexa’ das verbas rescisórias, a penalidade é incabível, posto que, **em se tratando de norma de caráter punitiva, sua interpretação é sempre restritiva**, que, na espécie, refere-se, expressamente, a “parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação”, **não se podendo elastecer a abrangência do preceito** para envolver diferenças devidas em decorrência de decisão judicial. Recurso de revista conhecido e provido. (...)

(TST. Processo nº. 0556989-51.1999.5.09.5555. Classe Processual: RR. Relatoria: Des. Convocado José Antônio Pancotti. Órgão Judicante: 4ª Turma. Julgado em 12/05/2004. Acórdão Publicado em 04/06/2004). (grifos insertos)

O peso dessa orientação interpretativa não pode ser desconsiderado na análise a que se propõe esse estudo, mas, consoante se exporá no último item, a sua adoção isolada na aplicação do dispositivo legal em epígrafe origina um impasse.

Com isso, no item adjacente, versar-se-á de forma mais profunda sobre o aviso prévio para, depois, no derradeiro tópico do desenvolvimento desse artigo, buscar uma exegese em torno do cenário jurídico exurgido

com as novidades ensartadas na CLT em julho de 2017 e com vigência principiada em novembro do mesmo ano.

3 O AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL, SEU EFEITO DE PROJEÇÃO NO CONTRATO DE TRABALHO E SUA IMPLICAÇÃO NO TOCANTE AO ART. 477, §§ 6º E 8º, DA CLT

O aviso prévio é direito constitucional dos trabalhadores (art. 7º, inciso XXI, da Carta Republicana de 1988).

Apesar de o aviso prévio não ser devido em todos os tipos de extinção contratual, dentre as características que lhe são inerentes, tem-se a duração na proporção do tempo de serviço, assegurado um trintídio como prazo mínimo. Insta ressaltar, outrossim, que a exegese tencionada se volta para os casos em que incide o direito *in quaestio*.

238

Esse escalonamento entre o lapso de aviso e o interregno da relação de emprego é antevisto pela Constituição Federal desde a sua promulgação em 1988, mas se tratava de norma de eficácia limitada, incapaz de produzir os seus efeitos de imediato e com plenitude.

E, apenas em 2011, foi editada a lei necessária à regulamentação da proporcionalidade do aviso prévio nos termos constitucionais.

Dispõe a Lei nº. 12.506, de 11 de outubro de 2011:

Art. 1º O aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.

Logo, *ex vi legis*, a duração do aviso prévio é variável (de 30 a 90 dias) na medida do tempo de serviço de cada trabalhador em proveito de quem o empregou.

Além dessa peculiaridade, o período do aviso prévio integra o tempo de serviço do empregado para todos os efeitos legais de acordo com o art. 487, §1^o⁴, da CLT, de modo que seu prazo projeta o contrato de trabalho, seja ele laborado ou indenizado.

Relevante, aqui, a parte inicial do art. 489, *caput*, da CLT, que preceitua: “*Dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo...*”.

Na doutrina, Delgado (2015, p. 1.277) leciona: “*O prazo do aviso-prévio, seja o padrão (30 dias), seja o proporcional (até mais 60 dias), integra-se ao contrato para todos os fins (art. 487, § 1º, in fine, CLT)*”.

Barros (2011, p. 758), em sua preleção, profere: “*Cumpre frisar que o aviso prévio trabalhado ou indenizado integra **sempre** o tempo de serviço do empregado. (...)*” (grifo do original).

Por sua vez, a jurisprudência pacificada do TST explicita situações determinadas frente ao que diz a lei, valendo como ilustração os seguintes enunciados:

Súmula nº 182:

AVISO PRÉVIO. INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA. LEI Nº 6.708, DE 30.10.1979. O tempo do aviso prévio, mesmo indenizado, conta-se para efeito da indenização adicional prevista no art. 9º da Lei nº 6.708, de 30.10.1979.

Súmula nº 305:

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO. INCIDÊNCIA SOBRE O AVISO PRÉVIO. O pagamento relativo ao período de aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito a contribuição para o FGTS.

Súmula nº 371:

AVISO PRÉVIO INDENIZADO. EFEITOS. SUPERVENIÊNCIA DE AUXÍLIO-DOENÇA NO CURSO DESTA. A projeção do contrato de trabalho para o futuro, pela concessão do aviso prévio indenizado, tem efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. No caso de concessão de auxílio-doença no curso do aviso prévio,

⁴ “*A falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço*”.

todavia, só se concretizam os efeitos da dispensa depois de expirado o benefício previdenciário.

Orientação Jurisprudencial nº 82 da SDI-1:

AVISO PRÉVIO. BAIXA NA CTPS. A data de saída a ser anotada na CTPS deve corresponder à do término do prazo do aviso prévio, ainda que indenizado.

Orientação Jurisprudencial nº 83 da SDI-1:

AVISO PRÉVIO. INDENIZADO. PRESCRIÇÃO. A prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso prévio. Art. 487, § 1º, CLT.

Orientação Jurisprudencial nº 268 da SDI-1:

INDENIZAÇÃO ADICIONAL. LEIS Nº. 6.708/79 E 7.238/84. AVISO PRÉVIO. PROJEÇÃO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. Somente após o término do período estabilitário é que se inicia a contagem do prazo do aviso prévio para efeito das indenizações previstas nos artigos 9º da Lei nº 6.708/79 e 9º da Lei nº 7.238/84.

Orientação Jurisprudencial nº 367 da SDI-1:

AVISO PRÉVIO DE 60 DIAS. ELASTECIMENTO POR NORMA COLETIVA. PROJEÇÃO. REFLEXOS NAS PARCELAS TRABALHISTAS. O prazo de aviso prévio de 60 dias, concedido por meio de norma coletiva que silencia sobre alcance de seus efeitos jurídicos, computa-se integralmente como tempo de serviço, nos termos do § 1º do art. 487 da CLT, repercutindo nas verbas rescisórias.

Infere-se, assim, que a relação de emprego tem seu fim perfectibilizado somente após o encerramento do interstício do aviso prévio, daí porque esse período é receptivo ao surgimento de outros direitos e deveres para as partes conforme o caso, circunstância essa observada nos verbetes acima e, de forma nítida, no art. 391-A, *caput*, da CLT:

A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, **ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado**, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (grifo inserto)

No assento supra, percebe-se que a lei reserva, inclusive, a aquisição de garantia de emprego à gestante, direito esse dotado de contundência por obstar a dispensa imotivada enquanto perdurarem sua incidência.

Esse atributo do direito trabalhista em enfoque é relevante ao se ver o teor do art. 477, §6º, da CLT com sua nova redação dada pela Lei nº. 13.467/2017, transcrita no item anterior. Os consectários da interpretação jurídica, tal como alocado na introdução, podem implicar em prazo deveras longo para que o empregador pague as verbas rescisórias e cumpra as providências administrativas do término do liame laboral, o que não se revela benéfico ao trabalhador que tem rompido o vínculo de emprego.

É imperioso dar ênfase ao fato de que a presciência do art. 477, § 6º, da CLT (com a alteração da Lei nº. 13.467/2017), acoplada ao acréscimo do tempo de aviso no cômputo total do contrato do trabalho, se interpretada de forma meramente literal, dá azo às seguintes hipóteses:

DATA DA DISPENSA	TEMPO DE SERVIÇO ATÉ A DISPENSA	DURAÇÃO DO AVISO	FIM DO CONTRATO DE TRABALHO	FIM DO PRAZO DO ART. 477, §6º, DA CLT
04/12/2017	4 anos	42 dias	15/01/2018	25/01/2018
20/01/2018	7 anos	51 dias	12/03/2018	22/03/2018
01/02/2018	16 anos	78 dias	20/04/2018	30/04/2018
23/04/2018	22 anos	90 dias	22/07/2018	01/08/2018

241

Em tese, quanto maior o lapso de aviso prévio, maior o período para o efetivo cumprimento, pelo empregador, dos deveres decorrentes da dispensa.

Diante disso, mostra-se cogente destacar que, iniciada a vigência da Lei nº 12.506/2011 e tornado eficaz o art. 7º, inciso XXI, da CRFB⁵ /1988, houve uma eclosão de dúvidas, no âmbito das relações empregatícias, quanto aos assuntos imbricados ao aviso prévio proporcional. Por tal razão, o serviço adjunto do então denominado MTE⁶ editou a Nota Técnica nº. 184/2012 esclarecendo alguns pontos da novel regulamentação.

Preconiza a aludida Nota Técnica:

II. Análise

1. Da aplicação da proporcionalidade do aviso prévio em prol

⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada aos 05/10/1988.

⁶ Ministério do Trabalho e Emprego.

exclusivamente do trabalhador

Com base no art. 7º, XXI da Constituição Federal, entendemos que o aviso prévio proporcional é aplicado somente em benefício do empregado.

O entendimento acima se fundamenta no fato de que durante o trâmite do projeto de lei, fica evidenciado o intuito do poder legiferante em regular o disposto no referido dispositivo. Ora, o dispositivo citado é **voltado estritamente em benefício dos trabalhadores, sejam eles urbanos, rurais, avulsos e domésticos.**

Ademais, o art. 1º da Lei 12.506/11, é de clareza solar e não permite margem a interpretação adversa, uma vez que será concedida a proporção aos empregados:

(...)

3. Da projeção do aviso prévio para todos os efeitos legais

Ressaltamos que o aviso prévio proporcional será contabilizado no tempo de serviço do trabalhador para todos os efeitos legais.

Nesse sentido, a projeção será devidamente levada em consideração, na conformidade do §1º, do art. 487 e Orientação Jurisprudencial da Seção de Dissídios Individuais – I nº 367, do TST, respectivamente:

(...) (grifo do original)

A orientação formalizada pela pasta ministerial, especialmente a que consta do subitem nº. 1 do excerto supra, constitui-se em um guia valioso na aplicação material do aviso prévio proporcional.

Isso porque, dentre as indagações surgidas a partir da vigência da Lei nº. 12.506/2011, uma interpretação meramente linguística da norma permitiria, por exemplo, que um empregado com 10 anos de serviços para seu empregador, caso submetido ao aviso prévio laborado, tivesse de trabalhar durante cerca de sessenta dias após ter ciência da sua dispensa, algo que ressoaria, no mínimo, contraditório com o interesse voltado para o fim da relação existente e, quiçá, sequer gerasse alguma serventia concreta para ambos os sujeitos.

Assim, quando o aviso é dado na forma trabalhada e sua duração será superior a trinta dias, o interstício máximo de serviço perdurará por um trintídio e os dias restantes serão pagos (indenizados), o que, em nada, prejudica o trabalhador.

Não se desprezando essa diretriz, consubstanciada em documento de ordem político-administrativa destinado à utilidade comum, entende-se que ele também merece atenção no procedimento interpretativo do art. 477, §§6º e 8º, da CLT com a mudança engranzada pela Lei nº. 13.467/2017. Essa concepção será esclarecida na sequência.

Dessarte, passa-se ao último tópico do desenvolvimento do presente artigo.

4 O NOVO ART. 477, § 6º, DA CLT E A INADEQUAÇÃO DE SUA INTERPRETAÇÃO EXCLUSIVAMENTE PELO CRITÉRIO GRAMATICAL

Nesse momento da pesquisa, constatou-se: **a)** o prazo do art. 477, § 6º, da CLT foi alterado para até 10 dias após a extinção do pacto laboral; **b)** por conseguinte, há interferência direta na aferição do cabimento da multa prevista no § 8º do mesmo artigo; **c)** os referidos dispositivos reclamam, via de regra, a interpretação restritiva; **d)** o aviso prévio proporcional integra o tempo de serviço e, só depois do seu decurso, tem-se aperfeiçoado o fencimento definitivo do vínculo de emprego; **e)** como restou redigido pela mudança legal mais recente, o art. 477, § 6º, da CLT, pode desencadear tempo de até cem dias de espera para o cumprimento das obrigações pecuniárias e administrativas da extinção contratual; **f)** a orientação do Ministério do Trabalho, com o advento da Lei nº. 12.506/2011, é de que a proporcionalidade do aviso prévio é interpretada e se destina individualmente ao benefício do trabalhador.

243

Toda norma jurídica recém-criada está sujeita a questionamentos diversos; porém, indene de dúvidas, o mais proeminente deles será sobre a sua eficácia real. Nesse lamiré, é inextricável verificar o desiderato prático que norteou a vontade legislativa ínsita à norma gerada. E, em se tratando do Direito do Trabalho que, dentre outros, é conduzido pelo Princípio da Proteção, obviamente, a cogitação natural é de que as leis novas visam contribuir para a busca da igualdade material na relação entre capital e trabalho, flagrantemente díspar, e impulsionar o progresso social e, como reflexo, o desenvolvimento nacional.

Preocuparam-se o constituinte e o legislador infraconstitucional com o fim da relação de emprego sem justa motivação, sobretudo porque a situação de desemprego não é benéfica para a sociedade, sendo despidendo comentar sobre todas as suas más consequências. O próprio inciso I do art. 7º da Carta Magna de 1988, apesar de ainda não regulamentado, dá um claro exemplo desse anseio.

Especificamente no que concerne ao prazo para pagamento das verbas oriundas do fim do vínculo de emprego, ao menos até a Reforma Trabalhista, apontava a jurisprudência solidificada do TST:

Orientação Jurisprudencial nº 14 da SDI-1:

AVISO PRÉVIO CUMPRIDO EM CASA. VERBAS RESCISÓRIAS. PRAZO PARA PAGAMENTO. Em caso de aviso prévio cumprido em casa, o prazo para pagamento das verbas rescisórias é até o décimo dia da notificação de despedida.

244 Depreende-se, pois, que as decisões judiciais consubstanciavam rigor exegético no sentido de que, não sendo caso real de aviso prévio trabalhado (na hipótese do precedente sedimentado, o “cumprimento em casa”, que não tem previsão em lei), o prazo legal assinalado principiava a partir do último dia de labor. Isso vai ao encontro da interpretação restritiva imposta ao art. 477, § 6º e 8º, da CLT, encontrando-se, aqui, uma visível colisão entre a jurisprudência (até o momento, não revista pela Corte Superior) e essa inovação da Lei nº 13.467/2017.

Se é verdade que a Reforma Trabalhista tem o fim de modernizar o regramento juslaboral brasileiro, adequando-o às atuais necessidades da realidade do país, bem como estimular a recuperação do pleno emprego e da economia brasileira, não se concebe que tenha almejado impor ao trabalhador que recebeu a denúncia vazia do seu contrato de trabalho um longo lapso cronológico de espera para auferir os valores a que faz jus, bem como os trâmites formais do rompimento do liame.

É fato público e notório que a maior parte das obrigações comerciais e civis ordinárias, aqui contempladas aquelas envolvendo as necessidades básicas humanas, costumam envolver prazos mensais. Em convergência, é o disposto no art. 459, *caput*⁷, da CLT. Desse jeito, presumem-se os prejuízos

7 “O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser

do obreiro quando as verbas que lhe são devidas não são pagas em, no máximo, trinta dias.

Ora, não é razoável o estabelecimento de regra que, linguisticamente, implica em prazos que variam até cem dias para o pagamento das verbas rescisórias e para a entrega dos documentos comprobatórios do fim do pacto de emprego. E, por razoabilidade, adota-se o que diz a doutrina:

Plá Rodriguez (1978, p. 251) ensina:

Por sua vez, razoabilidade é a qualidade do razoável. E razoável é definido como o regulado, o justo, o conforme à razão.

(...)

Reduzido, pois, à expressão mais simples, podemos dizer que o princípio da razoabilidade consiste na afirmação essencial de que o ser humano, em suas relações trabalhistas, procede e deve proceder conforme à razão.

Poderia talvez ser dito que uma afirmação tão elementar não é exclusiva do Direito do Trabalho, mas própria de todos os ramos do direito. Toda a ordem jurídica se estrutura em torno de critérios de razão e de justiça, que partem da natureza da pessoa humana e buscam concretizar um ideal de justiça.

245

Delgado (2015, p. 197-198), por sua vez, é incisivo ao afirmar que:

[...] Conforme explicitamos em outra obra, “*dispõe o princípio da razoabilidade que as condutas humanas devem ser avaliadas segundo um critério associativo de verossimilhança, sensatez e ponderação. Não apenas verossimilhança, viabilidade aparente, probabilidade média; mas também, ao mesmo tempo, sensatez, prudência, ponderação. Há, como se vê, um claro comando positivo no princípio da razoabilidade: ele determina que se obedeça a um juízo tanto de verossimilhança como também de ponderação, sensatez e prudência na avaliação das condutas das pessoas. Há, por outro lado, um indubitável comando negativo no mesmo princípio: ele sugere que se tenha incredulidade, ceticismo quanto a condutas inverossímeis, assim como no tocante a condutas que, embora inverossímeis, mostrem-se insensatas*”.

Cabe sopesar que se fala do último pagamento ao empregado em

estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações”.

relação ao vínculo findo (direitos da extinção contratual), ou seja, daquele que se dá no momento em que ele é privado do seu meio de sustento (emprego) e se depara com a necessidade de recolocação no mercado de trabalho, uma seara permeada de vicissitudes.

Ademais, enquanto direito constitucional, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço tem o irretorquível escopo de favorecer os trabalhadores, pelo que não há sentido jurídico ou lógico para que o obreiro que tenha prestado maior período de labor para seu empregador seja prejudicado com a sujeição a um prazo demasiadamente estendido para o recebimento das verbas oriundas do término do seu contrato de trabalho em face da integração do aviso.

Retine como contraditório que o empregado beneficiado na incidência do art. 7º, inciso XXI, da CRFB/1988 e da Lei nº 12.506/2011 seja prejudicado, pelo efeito sistêmico do ordenamento jurídico, na incidência do art. 477, § 6º, da CLT.

246

É justamente devido a esse panorama que granjeia campo o Princípio Tutelar do Direito do Trabalho, o qual direciona não só a criação de normas jurídicas, mas também sua interpretação, à proteção do trabalhador, parte hipossuficiente das relações de trabalho.

Não obstante, considerado esse intuito do ordenamento juslaboral, é oportuno citar o art. 133 do Código Civil de 2002, que vaticina: “Nos testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes” (grifo inserto).

Evidentemente, a estipulação dos prazos do art. 477, § 6º, da CLT visou estabelecer mandamento protetivo e benévolo aos trabalhadores, até porque não seria racional uma posição com finalidade contrária exatamente quando o liame empregatício deixa de existir.

Sopesadas essas circunstâncias, haure-se que o dispositivo civil reproduzido acima permite, sim, a incidência de sua exceção (presunção do prazo em favor do credor) na aplicação do novo prazo do art. 477, § 6º, da CLT, visto que todo o contexto jurídico em torno desse corrobora a tese de

que se destina à defesa do empregado dispensado.

Ainda, a título de registro, é fato que o implante dos prazos do art. 477, § 6º, da CLT ocorreu no final da década de 1980, quando o Brasil sofria com um intenso processo inflacionário, ou seja, havia um aspecto econômico considerável para se destinar esses marcos temporais à defesa dos ex-empregados.

De outra banda, transparece inegável que a adoção de prazos distintos (a depender da projeção do aviso prévio) para o pagamento das verbas rescisórias e demais atos correlatos não é consentânea ao Princípio da Isonomia. Isso porque a diferenciação temporal somente em decorrência de outro direito devido na dispensa injustificada (aviso prévio e sua integração), além de incongruente, como visto acima, não se justifica racionalmente ao se considerar que trabalhadores com tempos de serviço diferentes (em seus últimos vínculos) padecem igualmente das mesmas dificuldades quando dispensados sem justa causa.

Forte nessa reflexão, entende-se que a interpretação literal do art. 477, § 6º, da CLT não parece adequada, posto que seu resultado não se harmoniza com o desiderato inerente ao arcabouço justralhista.

247

Por isso, não se deve computar, na contagem do aludido prazo legal, o intervalo referente ao aviso prévio proporcional cabível, iniciando-se o seu curso no dia seguinte ao último de prestação de serviço. Privilegia-se, assim, a orientação de que a proporcionalidade do aviso prévio é interpretada apenas em prol trabalhador (Nota Técnica nº 184/2012 do Ministério do Trabalho).

Apesar de se encontrar em fase inicial nesse período imediatamente posterior à vigência da Lei nº 13.467/2017, a doutrina admite essa solução hermenêutica. A referendar, eis o dizer de Cassar e Borges (2017, p. 58-59):

Houve uniformização do prazo para pagamento: 10 dias. O § 6º do art. 477 aponta que o prazo flui da extinção do contrato. Ora, o legislador cometeu um equívoco ao fixar um único marco para o início da contagem do prazo de dez dias, pois não distinguiu o trabalhador que trabalha até o fim do contrato daquele que recebe o aviso prévio indenizado. Imaginemos um empregado com 25 anos de casa, demitido sem justa causa, com aviso prévio indenizado. Não é crível imaginar que o empregador teria 100 dias para pagar as

verbas da rescisão, aí incluídos o salário e a liberação do FGTS. Não foi esta a intenção do legislador. Desta forma, a melhor interpretação que se extrai do final do § 6º do art. 477 da CLT e que o prazo de 10 dias é contado da extinção efetiva do contrato, salvo nas hipóteses em que o aviso prévio é indenizado, quando a contagem deve ser feita da comunicação da dispensa.

Sem dissensão, Delgado M. G.; e Delgado G. N. (2017, p. 179), explanam:

Como a nova Lei revogou as alíneas “a” e “b” do § 6º precedente – dispositivos que faziam diferenciação no critério de contagem desse prazo de dez dias –, deve-se interpretar que a intenção legal foi a de estabelecer prazo único de dez dias contado do dia do término efetivo do contrato (senão houver aviso prévio – caso de contratos a termo) ou do dia do término *fático* do contrato de trabalho, se houver aviso prévio indenizado (ou seja, do dia da comunicação do pré-aviso) ou se se tratar de pedido de demissão pelo próprio empregado, com dispensa de cumprimento de seu aviso.

Naturalmente, se o aviso prévio for do tipo trabalhado, esse prazo de dez dias conta-se do término do cumprimento do aviso.

248

E, mesmo que se defendesse a consideração da duração mínima do aviso prévio, o que totalizaria em quarenta dias o prazo legal do art. 477 da CLT, resta cristalino que esse critério seria menos benéfico se comparado com o mencionado antes, atraindo a aferição pelo Princípio Protetivo.

Destaca-se que o entendimento aplicado em relação à bilateralidade entre aviso trabalhado e proporcionalidade (prestação de serviços por trinta dias e indenização dos dias restantes) abrange conjuntura diversa, qual seja, a eventual obrigação de trabalho durante o aviso prévio, não se amoldando adequadamente à questão do prazo legal sob análise.

Não se olvidando de que o vaticínio legal examinado, a rigor, não admite interpretação extensiva, tem-se que, uma vez seguida uma leitura refratária da lei, o resultado disso seria a chancela jurídica a algo completamente destoante do arcabouço jurídico trabalhista: a espera por interregno variável até cem dias para a percepção dos pagamentos da extinção do vínculo, hipótese infensa ao anseio de suporte jurídico e financeiro à parte mais fraca da relação que se acaba, sujeitando-a à rotatividade no mundo do trabalho.

Dessarte, a redação art. 477, § 6º, da CLT de acordo com a Lei nº 13.467/2017 não deve ser interpretada literalmente, relativizando-se, moderadamente, a exigência de interpretação restritiva.

Modernizar não é retroceder.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Decorridos quase trinta anos da promulgação da Carta Magna atualmente em vigor, o povo brasileiro percebe, notadamente, as dificuldades em se concretizar os vários direitos e garantias nela insculpidos. Há muito a realizar.

Assim como em relação, por exemplo, aos direitos à saúde e à educação, no Direito do Trabalho, o cenário não é diferente, sobretudo quando se vê a ausência de regulamentação de direitos constitucionais como a proteção à relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, inciso I) e a proteção em face da automação (art. 7º, inciso XXVII).

É por isso que a Reforma Trabalhista, em que pesem as polêmicas existentes sobre ela, é o maior desafio, na atualidade, para os operadores jurídicos trabalhistas, afinal, a própria composição do TST não demonstra, ainda, um consenso mínimo sobre as muitas indagações que surgiram com a alteração da CLT.

No entanto, é certo que a Lei nº 13.467/2017, por ser norma de patamar ordinário, não transmuta os Princípios que guiam o Direito Material e Processual do Trabalho nem está acima da Constituição, mormente porque o valor social do trabalho é fundamento da República (art. 1º, inciso IV, da CRFB/1988) e a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*, da CRFB/1988).

Este artigo abordou uma das dúvidas sobre a nova lei. Seria prudente e razoável computar a integralidade do aviso prévio na contagem do prazo instituído no art. 477, § 6º, da CLT?

Bem, de tudo o que perscrutou sobre o tema, a conclusão repousa na ideia de que não se poderá levar a cabo uma simples interpretação

gramatical da nova redação do dispositivo legal avaliado, sob pena de encetar repercussões nefastas para todos os envolvidos no âmbito das relações de emprego.

O art. 487, § 1º, da CLT garante a integração do aviso prévio no tempo de serviço do trabalhador, ou seja, é uma norma que visa à aquisição de alguns direitos em prol do empregado e não a prorrogação de prazos em desfavor desse, pelo que se assimila (especialmente com as discussões surgidas com a vigência da Lei nº 12.506/2011) que a proporcionalidade preconizada no art. 7º, inciso XXI, da Constituição Federal é interpretada exclusivamente em favor do trabalhador.

Ora, eventual aceitação da tese de que, no caso de aviso prévio de noventa dias, o pagamento das verbas decorrentes da extinção contratual ocorrerá dentro de cem dias, implica em admitir, por consectário, que o saldo de salário poderá ser pago em prazo superior a trinta dias. Igualmente, de forma ilustrativa, ter-se-ia que admitir que a empresa que dispensa um empregado com um ano e dez meses de trabalho, sem aviso prévio e sem que tenha gozado férias durante o contrato, deverá pagar a dobra prevista no art. 137 da CLT.

Portanto, o entendimento pela literalidade do art. 477, § 6º, da CLT não se mostra vantajoso aos empregados nem aos empregadores.

Imprescindível, pois, ter em mente que os desígnios de modernização legal não podem desmerecer a segurança jurídica e os ideais de não retrocesso dos direitos mínimos, havendo que preponderar a curial interação dos Princípios Tuitivo e da Razoabilidade, tal como expedido no item anterior.

Enfim, conclui-se pela contagem do prazo legal em enfoque a partir do último dia trabalhado pelo empregado dispensado, porquanto a guardada a critério diverso, que catalisasse exegese por prazos superiores a trinta dias (podendo variar até cem), pareceria superficial fidelidade à interpretação restritiva, mas seria, a bem da verdade, a materialização de uma hipótese antagônica às nuances do Direito Juslaboral.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 6 maio 2018.
- _____. **Decreto-Lei nº. 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: 28 abr. 2018.
- _____. **Lei nº. 7.855, de 24 de outubro de 1989**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, atualiza os valores das multas trabalhistas, amplia sua aplicação, institui o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7855.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.
- _____. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 21 maio 2018.
- _____. **Lei nº. 12.506, de 11 de outubro de 2011**. Dispõe sobre o aviso prévio e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12506.htm>. Acesso em: 6 maio 2018.
- _____. **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 nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 28 abr 2018.
- _____. **Medida Provisória nº. 89, de 22 de setembro de 1989**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, atualiza o valor das multas trabalhistas, amplia sua aplicação, institui o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/1988-1989/089.htm#art1>. Acesso em: 28 abr 2018.
- _____. TST. Jurisprudência. **Consulta Unificada**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>>. Acesso em: 3 maio 2018.
- _____. _____. **Livro de Súmulas**, OJs e PNs. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/63003/Livro-Jurisprud-18-12-2013-igual-IRem.pdf>>. Acesso em: 8 maio 2018.
- CEARÁ. TRT-7ª Região. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www3.trt7.jus.br/consultajuris/pesqacordao.aspx>>. Acesso em: 1º maio 2018.
- CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma**

Trabalhista. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Secretaria de Relações do Trabalho. Coordenação-geral de Relações do Trabalho. **Nota Técnica nº. 184, de 7 de maio de 2012.** Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/nota-tecnica-MTE-184_2012.pdf>. Acesso em: 7 maio 2018.

PERNAMBUCO. TRT-6ª Região. **Jurisprudência.** Consulta de Acórdãos. Disponível em: <<http://apps.trt6.jus.br/consultaAcordaos/se>>. Acesso em: 2 maio 2018.

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

RIO GRANDE DO SUL. TRT-4ª Região. **Súmulas.** Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/sumulas>>. Acesso em: 1º maio 2018.

SANTA CATARINA. TRT-12ª Região. **Consulta Físicos/Virtuais – 2º Grau.** Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br/juris/scripts/form-juris.asp>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. _____. **Consulta PJe – 2º Grau.** Disponível em: <<http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/browse>>. Acesso em: 2 maio 2018.

_____. _____. **Súmulas.** Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/portal/areas/consultas/extranet/UNIFORMIZACAO%20DE%20JURISPRUDECIA/SUMULASDOTRT12REGIAO.jsp#_Toc110>. Acesso em: 1º maio 2018.



O PRINCÍPIO TRABALHISTA DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Josias Bruno Rüediger¹

Janaina Silveira Soares Madeira²

Resumo: O presente estudo trata do Princípio Trabalhista da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva em face do Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição. O tema é importante em razão das mudanças legislativas no tratamento da matéria, advindas da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, denominada de Reforma Trabalhista, que passa a vigorar justamente no momento em que o Texto Constitucional de 1988 completa seus 30 anos, sendo inegáveis, deste modo, os desafios para a Justiça do Trabalho. Para esse trabalho optamos em discutir, de modo mais específico, a caracterização do Princípio Trabalhista da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva; a prevalência do Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição e os limites na aplicação dos princípios mencionados, ante as mudanças legais carreadas pela Reforma Trabalhista. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica, e o método é dedutivo, com nível de aprofundamento descritivo. As análises indicam que o Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição constitui limite ao Princípio Trabalhista da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva, não podendo ser afastada do Poder Judiciário Trabalhista a análise do conteúdo dos acordos e convenções coletivas de trabalho.

253

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Princípio da Intervenção Mínima na Vontade Coletiva. Jurisdição.

1 Acadêmico do nono período do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). brunoruediger@gmail.com.

2 Advogada trabalhista. Professora mestranda do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). janaina@holzmadeira.com.br.

1 INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista, promovida pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, representa uma mudança de paradigma no âmbito da Justiça do Trabalho, na medida em que acarreta alterações de cunho material e processual, que culminam em uma nova lógica trabalhista.

Nesse sentido, uma das grandes alterações carreadas pela legislação em comento foi a que restou positivada no §3º do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Trata-se da imposição de que na análise dos acordos e convenções coletivas, a Justiça do Trabalho deve se ater exclusivamente aos requisitos estabelecidos pela legislação civil, limitando sua atuação ante o Princípio Trabalhista da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva.

Nessa perspectiva, o estudo desta inovação legislativa se mostra altamente relevante, já que suscita acaloradas discussões quando analisado o Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição, insculpido no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88.

Frise-se que a Constituição detém supremacia sobre todos os demais diplomas legais, que a ela devem observância. Assim, a partir do complexo constitucional de proteção de direitos humanos trabalhistas e a fim de que se preserve o patamar mínimo civilizatório que estes asseguram, o tema conclama minuciosa reflexão.

Não se pode olvidar, em especial, dos direitos assegurados no art. 7º da Lei Maior e todos os seus corolários. Desta forma, manifestam-se Delgado e Delgado (2017, p. 31):

Ora, os princípios constitucionais do trabalho, com manifestas energias, eficácia e efetividade normativas, atuam, firmemente, sobre a ordem jurídica infraconstitucional, conforme se sabe, estabelecendo-lhe balizas intransponíveis a serem identificadas pelas técnicas da Hermenêutica Jurídica, inclusive a interpretação em conformidade com a Constituição da República – caso não seja realmente imprescindível o exercício do controle de constitucionalidade difuso ou direto pelo Poder Judiciário.

Ademais, a Reforma Trabalhista começa a ser aplicada justamente

no momento em que o Texto Constitucional de 1988 completa seus 30 anos. Inegáveis, deste modo, os desafios para a Justiça do Trabalho, que sempre representou a luta entre o capital e o trabalho, estabelecendo limites aos eventuais excessos, evitando o caos.

A Lei nº 13.467/2017, além de modificar as regras infraconstitucionais no âmbito da Justiça do Trabalho, busca alterar o modo como deve ser aplicada a jurisdição. Tal ocorre, especialmente, com o disposto no novel §3º do art. 8º da CLT. A partir desta previsão, busca-se restringir, por meio de uma lei infraconstitucional, direito assegurado constitucionalmente, que é a inafastabilidade da jurisdição, invertendo a lógica do sistema de proteção da pessoa humana.

O acesso amplo e irrestrito à tutela jurisdicional para discutir relações de trabalho é condição para a própria convivência social. Mitigá-lo ou pretender até mesmo eliminá-lo é, em última análise, comprometer o próprio sistema.

Tendo em consideração esses aspectos, o presente artigo procura discutir os limites hermenêuticos quanto à alteração do §3º do art. 8º da CLT, sob o prisma das garantias e direitos constitucionais. Assim, organizamos o texto em três sessões. Na primeira, será abordado o Princípio Trabalhista da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva, que estabelece o exame, pelo Poder Judiciário Trabalhista, tão somente, dos elementos essenciais do negócio jurídico para validade dos instrumentos coletivos. Em seguida, o Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição, que compreende a garantia de acesso à Justiça a todos para postular e defender seus direitos, por meio do exercício do direito de ação, obtendo o pronunciamento judicial. Por fim, realizamos algumas reflexões no sentido de subsidiar o debate sobre os limites na aplicação dos princípios mencionados ante as mudanças legais operadas pela Reforma Trabalhista.

255

2 O PRINCÍPIO TRABALHISTA DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA

Uma das mais significativas alterações carreadas pela Lei nº 13.467/2017, foi a que ocorreu no art. 8º da CLT, que, com a nova redação,

passa a contar com mais dois parágrafos, sendo que o novo §3º será o objeto do presente estudo, *in verbis*:

Art. 8º (...);

§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”.

A alteração legislativa em comento tem por escopo restringir a análise e interpretação dos acordos e convenções coletivas de trabalho exclusivamente aos elementos essenciais dos negócios jurídicos, observando-se as disposições do art. 104 do Código Civil - CC, as quais estabelecem que “a validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

256

Nas lições de Nahas *et al.* (2017, p. 62), “os elementos e requisitos dos negócios jurídicos serão constantemente reclamados nas interpretações das novas normas. Daí os §§1º e 3º fazerem referência a tais institutos do direito civil”.

Desta feita, a validade das normas estabelecidas nesses instrumentos jurídicos depende da observância daqueles requisitos formais insertos no ordenamento substantivo civil.

E, ainda, no âmbito da Lei nº 13.467/2017, observa-se que o legislador buscou sedimentar o Princípio Trabalhista da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva, por meio da redação do §1º do art. 611-A da CLT, *in verbis*:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...] §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.

A autonomia da vontade é princípio do Estado Democrático de Direito, que prioriza os efeitos e o alcance das convenções realizadas entre os particulares. Nesse sentido manifesta-se Bulgueroni (2015, p. 57):

Sabe-se que a autonomia da vontade é princípio basilar do Estado Democrático de Direito. Além de relacionar-se à esfera de liberdade individual do cidadão diante do Estado, também representa a possibilidade de autorregulação de interesses pelo particular, i.e., de criação de relações jurídicas segundo anseios concretos do produtor da norma (obviamente, sempre respeitada a legalidade).

Logo, busca-se prestigiar os termos estabelecidos por meio da negociação coletiva, em que as partes envolvidas criam as regras apropriadas à situação concreta de trabalho que vivenciam. Dentro desta lógica, extrai-se a lição de Nahas *et al.* (2017, p. 62):

A autonomia da vontade, importante característica do direito privado e coletivo, é um dos elementos essenciais dos contratos. No campo do direito coletivo, representa a garantia da liberdade sindical e está inserido neste dispositivo para indicar que não se pode ignorar a representatividade e legitimidade dos sindicatos nas negociações coletivas.

Além disso, a convenção e o acordo coletivo de trabalho têm como grande elemento diferenciador o âmbito de abrangência, ante a importância como instrumento de manifestação da autonomia coletiva. Essa é a lição de Bulgeroni (2015, p. 59):

Por seu turno, a autonomia privada coletiva (ou autonomia coletiva profissional) refere-se à possibilidade de composição de interesses mediante acordos entre grupos sociais, dos quais advêm normas abstratas que irão reger as relações individuais dos membros do grupo. A principal manifestação da autonomia coletiva, como se sabe, são as convenções e acordos coletivos de trabalho – os quais, quanto a seus efeitos, em muito se assemelham à legislação estatal, dela diferindo no que tange aos sujeitos criadores e ao processo de elaboração.

O próprio Texto Constitucional, no art. 5º, XXVI, reconhece a convenção e o acordo coletivo de trabalho, atribuindo às partes a possibilidade de criar direitos e obrigações a todos os envolvidos.

O acordo coletivo é realizado entre o sindicato da categoria profissional diretamente com uma ou mais empresas da categoria econômica. Já a convenção coletiva é realizada entre o sindicato da categoria profissional e o sindicato da categoria econômica. Diante da reforma operada com a Lei nº 13.467/2017, as condições estabelecidas em acordo coletivo sempre

prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva, conforme disposto no art. 620 da CLT.

Por conseguinte, a partir da leitura conjugada do §3º do art. 8º e do §1º do art. 611-A, ambos da CLT, denota-se a intenção de privilegiar as cláusulas estipuladas coletivamente, quer seja por meio de acordo ou convenção coletiva, blindando-as da análise do Poder Judiciário Trabalhista.

Portanto, há a consagração do Princípio Trabalhista da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva, e sobre esse novo instituto se manifestam Silva A. V. G. F. e Silva P. R. F. (2017, p.111):

Com efeito, o legislador adotou expressamente o princípio da intervenção mínima do Judiciário sobre os instrumentos coletivos negociados. Trata-se de um novo princípio de Direito do Trabalho que enfatiza e confere maior amplitude ao princípio constitucional da autonomia privada coletiva, tendo, portanto, amparo constitucional.

O Princípio Trabalhista da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva, corolário da autonomia privada coletiva, estabelece, assim, o exame pelo Poder Judiciário Trabalhista, tão somente, dos elementos essenciais do negócio jurídico para validade dos instrumentos coletivos negociais, o que se destaca da lição de Nahas *et al.* (2017, p.65):

O § 3º incluído pela reforma trabalhista consagra o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, que pode ser entendido como o comando de caráter normativo mediante o qual o Poder Judiciário, no exame da validade dos instrumentos coletivos negociais, deverá restringir sua análise exclusivamente aos elementos essenciais do negócio jurídico previstos no artigo 104 do Código Civil, quais sejam: a) agente capaz; b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável; c) forma prescrita ou não defesa em lei.

Trata-se, dessa forma, de imposição legislativa, segundo a qual na atividade judicial, os magistrados devem limitar ao máximo a sua atuação interpretativa. Por outro lado, tal hipótese não pode ser compreendida de modo a gerar situações incoerentes, sob esta perspectiva se manifestam Delgado M. G. e Delgado G. N. (2017, p.107):

A circunstância de o novo preceito normativo enfatizar a observância, no exame judicial dos instrumentos coletivos negociados (ACTs e CCTs), dos requisitos essenciais do negócio jurídico que estão

arrolados no art. 104 do Código Civil de 2002 (agente capaz: art. 104, I; objeto lícito, possível, determinado ou determinável: art. 104, li; forma prescrita ou não defesa em lei: art. 104, III), balizando essa atuação judicial pelo “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”, não deve, é claro, conduzir a conclusões interpretativas absurdas. Evidentemente que não cabe a conclusão de que o novo preceito legal permitiu a instauração no País, por intermédio da negociação coletiva trabalhista, de uma ordem jurídica anômala, anti-humanista e antissocial, que faça da Constituição da República, das normas internacionais imperativas no Brasil e das normas federais também imperativas uma exótica tabula rasa em desfavor da pessoa humana que viva de seu trabalho empregatício na economia e na sociedade brasileiras.

Desse modo, no atual Estado Democrático de Direito, consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, amplamente válido o Princípio Trabalhista da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva, que deve se harmonizar com a esfera social das relações trabalhistas.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Impende destacar, inicialmente, o que compreende a jurisdição. Em linhas gerais, pode ser definida como o poder-dever do Estado de aplicar a lei ao caso concreto. O Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição, também conhecido como Princípio do Acesso à Justiça, está consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, que determina: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em âmbito infraconstitucional, no Código de Processo Civil, o art. 3º reproduz o Texto Constitucional aduzindo “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Dessa forma, a inafastabilidade da jurisdição compreende a garantia a todos de acesso à justiça para postular e defender seus direitos, por meio do exercício do direito de ação, obtendo o pronunciamento judicial.

O que se observa é que o comando constitucional da inafastabilidade

da jurisdição tem uma dupla destinação, servindo ao Legislativo e ao Judiciário. Com relação aos legisladores, destaca-se a posição adotada por Câmara (2014, p.56):

Sob essa ótica, ressalte-se, o destinatário da norma contida no mencionado inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal é o legislador, o qual fica impedido de elaborar normas jurídicas que impeçam (ou restrinjam em demasia) o acesso aos órgãos do Judiciário. Embora essa não seja a única interpretação possível para o dispositivo, trata-se, sem dúvida, de importante exegese, com reflexos consideráveis na aplicação do princípio aqui estudado. Assim é que deve ser tida por inconstitucional qualquer norma jurídica que impeçam aquele que se considera titular de uma posição jurídica de vantagem, e que sinta tal posição lesada ou ameaçada, de pleitear junto aos órgãos judiciais a proteção de que se sinta merecedor.

Logo, os legisladores não podem impedir, nem mesmo criar mecanismos que dificultem sobremaneira ao jurisdicionado acesso ao Poder Judiciário. Toda a norma em sentido contrário sofrerá de vício de inconstitucionalidade. Corroborando esse posicionamento, prossegue Câmara (2014, p.58):

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, pois, tem como corolário o direito, por ele assegurado, à tutela jurisdicional adequada, devendo ser considerada inconstitucional qualquer norma que impeça o Judiciário de tutelar de forma efetiva os direitos lesados ou ameaçados que a ele são levados em busca de proteção.

O Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição dirige-se, também, ao Judiciário, especificamente ao magistrado. Assim, se há garantia a todos de acesso, tal direito corresponde a um dever jurídico de tutela, devendo o Estado tutelar as posições jurídicas que estejam sendo lesadas ou ameaçadas (CÂMARA, 2014, p. 57).

A partir do momento que o Estado avoca para si a jurisdição, os magistrados não podem se eximir da análise dos casos concretos que são submetidos ao seu crivo, tratando-se de efetivo poder-dever de aplicar a lei ao caso concreto.

O Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição não pode ser interpretado apenas sob o enfoque formal - ingresso em Juízo, mas também sob a perspectiva substancial - concessão de uma tutela justa e

efetiva. Esse é o entendimento esposado por Donizetti (2016, p. 31):

A interpretação do princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/1988) não pode se limitar, portanto, à mera possibilidade de ingresso em juízo; ao contrário, esse princípio deve ser interpretado compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, para a qual converge todo o conjunto de princípios e garantias constitucionais fundamentais do processo. E, para que se obtenha essa “garantia-síntese”, o constituinte positivou na lei maior uma série de princípios e garantias, impondo várias exigências ao sistema processual por meio de um conjunto de disposições que convergem para esse fim.

Nessa perspectiva, deve-se interpretar o Princípio Constitucional da Inafastabilidade da Jurisdição de maneira extensiva, abrangendo os seus aspectos formais e substanciais. O que, em última análise, contribui para a construção de uma ordem jurídica mais justa.

No direito brasileiro, a atuação judicial deve ser a mais ampla possível, abrangendo a possibilidade de se promover a defesa de direitos individuais, coletivos e, inclusive, o controle de atos da Administração Pública (SARLET, 2017).

261

Por outro lado, é possível o estabelecimento de condições para o exercício do direito de ação. Trata-se de restrições de ordem técnica profissional, sendo que detém previsão no ordenamento processual civil. Acerca deste tema, colaciona-se a lição de Gonçalves (2017, p.62):

A lei, porém, não pode impor outras restrições que sejam estranhas à ordem processual e dificultem o acesso à justiça. Por exemplo, não é lícito condicionar a garantia da ação ao esgotamento das vias administrativas (salvo a hipótese do art. 217, §1º, da CF, relacionado à Justiça Desportiva) ou exigir o prévio recolhimento do débito nas ações anulatórias ou declaratórias envolvendo dívidas fiscais.

Isso posto, estando presentes os requisitos da legitimidade e interesse (condições da ação), impõe-se ao Estado-Juiz o dever de analisar o pleito que lhe é submetido, não podendo ser negado ao jurisdicionado o acesso à jurisdição efetiva.

4 O PRINCÍPIO TRABALHISTA DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O presente estudo trata da inovação representada pelo §3º do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, incluído pela nº Lei 13.467/2017, que buscou restringir a análise das convenções e acordos coletivos de trabalho aos requisitos formais dos negócios jurídicos, previstos no art. 104 do Código Civil, bem como consagrou o Princípio da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva.

A metodologia é qualitativa, a qual se harmoniza aos objetivos da pesquisa, uma vez que analisa diferentes perspectivas, com variedade de abordagens e métodos, concedendo uma visão abrangente acerca do objeto de estudo (FLICK, 2009, p. 23). A pesquisa é bibliográfica, uma vez que analisadas as menções a respeito da matéria na legislação, artigos científicos, livros, revistas e internet. E o método é dedutivo, com nível de aprofundamento descritivo.

262

Aparentemente, a inclusão à CLT do dispositivo legal inserto no §3º do art. 8º busca dar maior primazia à autonomia da vontade coletiva e aos documentos jurídicos que daí resultam, aos acordos coletivos acertados entre empresa e sindicato dos trabalhadores ou às convenções coletivas, estabelecidas pelos sindicatos patronais e dos trabalhadores. Isso porque decorrem da manifestação da autonomia coletiva da vontade, ou seja, são as partes envolvidas que estabelecem os termos de tais instrumentos.

Não se pode criticar esse intuito do legislador, na medida em que a própria Constituição de 1988 assegura a esses atores sociais ampla liberdade de estabelecer as condições nas quais será desenvolvida a prestação do serviço (art. 5º, XXVI).

Entretanto, a realidade demonstra que esta liberdade negocial, por muitas vezes, é usada de modo irresponsável e prejudicial aos trabalhadores. É comum a existência de sindicatos que não se comprometem com a classe trabalhadora, que em sua atuação, na verdade, amenizam as divergências entre o capital e o trabalho e privilegiam os interesses patronais. O que se

observa, é que muitas das vezes essas ferramentas acabam por se tornar o agulhão de uma das partes envolvidas, normalmente os trabalhadores.

Não fosse suficiente, a intenção do dispositivo legal em comento é contraditória, aparentando querer limitar a atuação dos magistrados trabalhistas na aplicação da jurisdição, promovendo uma blindagem ao conteúdo dos acordos e convenções coletivas de trabalho.

Dessa feita, questiona-se: poderia ser afastado da análise da Justiça do Trabalho o conteúdo dos instrumentos coletivos? Estariam as cláusulas dos instrumentos coletivos blindadas da análise dos magistrados trabalhistas? Poderiam ser estabelecidas cláusulas que afrontem o patamar mínimo civilizatório dos direitos trabalhistas?

A partir dos referências teóricas já expostos, tem-se que o Princípio da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva encontra limite na garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição. A autonomia privada não é ilimitada, e, na hipótese de uma das partes envolvidas sentir-se prejudicada com os termos estabelecidos nos instrumentos coletivos, não se pode afastar a atuação do Poder Judiciário a fim de lhe assegurar os direitos que entender pertinentes.

263

O novel Princípio Trabalhista da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva não pode impedir o acesso ao Judiciário, inclusive daqueles que se sentirem lesados pelas cláusulas estabelecidas nos acordos e convenções coletivas de trabalho. E o magistrado deve deter ampla margem de atuação, podendo, inclusive, analisar o mérito das questões controvertidas a fim de prestar tutela jurisdicional realmente efetiva. Nesse sentido é o entendimento esposado por Santana (2017, p. 6):

A leitura inicial e isolada do referido art. 5º, XXXV, da CF, poderia dar a noção de que o cidadão teria apenas o direito de reclamar em juízo contra qualquer lesão ou ameaça a direito. Sabe-se, porém, que de uma leitura moderna do referido dispositivo surge a ideia de que a norma não garante apenas o direito de ação, mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça e, assim, um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva.

O Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, insculpido no inciso XXXV do art. 5º da CRFB/88 é uma garantia fundamental, que assegura ao jurisdicionado a possibilidade não só de ingressar em Juízo, mas de ter uma

análise efetiva dos pleitos que são submetidos à apreciação judicial. Não pode o magistrado se eximir de aplicar a lei ao caso concreto.

Com efeito, se forem verificadas irregularidades nos instrumentos coletivos, o magistrado tem o dever de aplicar as Leis e a Constituição em face de eventuais lesões ou ameaças de lesões a direitos, buscando promover o equilíbrio das relações estabelecidas, ideia que é corroborada por Schiavi (2017, p. 59):

A doutrina tem destacado importante papel do Judiciário Trabalhista na concretização e efetivação dos direitos fundamentais do trabalhador, não sendo este apenas a chamada “boca da lei”, mas livre para realizar interpretações construtivas e evolutivas do direito, a partir dos princípios constitucionais, com a finalidade de encontrar equilíbrio entre a livre-iniciativa e a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Dessarte, não pode um diploma infraconstitucional, como no caso em tela a Consolidação das Leis do Trabalho, restringir uma garantia constitucional. Ainda que se argumente adotar no sistema trabalhista a hierarquia flexível, não poderia servir de subterfúgio para a violação de direitos trabalhistas. Caso contrário, inverter-se-ia a lógica de proteção da pessoa humana (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 1º, inciso III).

Sendo assim, como todos os negócios jurídicos, os acordos e convenções coletivas de trabalho devem submissão às Leis e a Constituição. Portanto, há observar a hierarquia legal na aplicação das normas trabalhistas, especialmente levando-se em consideração a aplicação da hierarquia flexível, na qual sempre haverá a prevalência da norma que se afigurar mais favorável ao empregado. Sobre o tema, manifesta-se Schneider (2015, p. 3):

A atuação da autonomia privada nas relações jurídicas não é absoluta, uma vez que este instituto encontra limites na lei, em especial nos direitos fundamentais, os quais são fontes de obrigação e instrumentos de ajuste das implicações dos atos de autonomia privada quando se apresentam desproporcionais. Isto é, os direitos fundamentais atuam como limitadores da autonomia privada, fornecendo equilíbrio às relações intersubjetivas.

Ademais, as disposições dos acordos e convenções coletivas de trabalho não podem contrariar os direitos constitucionalmente resguardados

aos trabalhadores, como, por exemplo, os mencionados no rol do art. 7º da CRFB/88. Esse é o entendimento de Nahas *et al.* (2017, p. 65):

Não se desconhece que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre determinados assuntos (art. 611-A, da CLT). Mas, ainda que trate desses assuntos, a negociação coletiva não poderá implicar em fraude aos princípios norteadores do direito do trabalho sob pena de ilicitude do objeto.

A fim de corroborar esse entendimento, há de se observar que, qualquer norma que viole direitos humanos trabalhistas, sofrerá de ilicitude do objeto, ofendendo assim um dos requisitos do art. 104 do Código Civil Brasileiro, fazendo com que o magistrado adentre nos termos estabelecidos nos acordos e convenções coletivas de trabalho e declare a ilicitude.

Por conseguinte, deve ser dado ao §3º do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho interpretação conforme a Carta Magna, analisando-o de modo sistemático com todo o rol de direitos e garantias dos trabalhadores. De modo que continuam os magistrados trabalhistas livres para adentrar no mérito dos acordos e convenções coletivas de trabalho sempre que se verificar ofensas à lei, aos tratados e convenções internacionais e à Constituição.

265

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise sobre o Princípio da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva em face do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

Delineou-se que a Constituição é a condição de validade de todas as leis e que, portanto, a ela devem sujeição. Nesse contexto, verificou-se que a Lei nº 13.467/2017, em especial a disposição contida do §3º do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, não pode suplantare direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores.

A partir da análise do texto da Lei, bem como de exposição doutrinária, caracterizou-se o Princípio da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva, podendo-se afirmar que é um corolário da autonomia coletiva da vontade e deve se harmonizar com a esfera social das relações trabalhistas.

Na mesma linha, tem-se que o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição constitui limite ao Princípio da Intervenção Mínima na Autonomia da Vontade Coletiva, não se podendo afastar do Poder Judiciário Trabalhista a análise do conteúdo dos acordos e convenções coletivas de trabalho.

Denota-se que o tema, ainda, é recente e conclama minuciosa pesquisa, por isso se incentivam posteriores estudos na área.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Código Civil (2002)**. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/506294>>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- _____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Texto compilado até a Emenda Constitucional nº 99 de 14-12-2017. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_14.12.2017/ind.asp>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- _____. **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 nos 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. Brasília: DOU 14 jul. 2017.
- _____. **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (1943)**. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/535468>>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- BULGUERONI, Renata Orsi. **Negociação coletiva e fontes do direito do trabalho: propostas para a prevalência do negociado sobre o legislado nas relações de emprego**. 2015. Tese de Doutorado (Direito do Trabalho e Seguridade Social). Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-28112016-165416/pt-br.php>> Acesso em: 24 set. 2017.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2014.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no brasil: com os comentários à lei nº 13.467/2017**. São Paulo: LTI, 2017.
- FLICK, Uwe. **Introdução à pesquisa qualitativa**. 3 ed. São Paulo: Artmed Editora S.A., 2009.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2017.
- GONÇALVES, Marcus Rios. **Novo curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NAHAS, Therza *et al.* **CLT comparada urgente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SANTANA, Carlos Alberto de. **O princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional e o postulado da razoável duração do processo.** Revista Científica Indexada Linkania Júnior, ano 2 - nº 2 – fev./mar. 2012. Disponível em: < <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:bNu1A9ZWWhoJ:linkania.org/master/article/download/46/33+&cd=1&chl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 26 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang *et al.* **Direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da lei n. 13.467/17.** São Paulo: LTr Editora, 2017.

SCHNEIDER, Aline. **Direitos fundamentais x autonomia privada: análise teórica e prática do princípio da proporcionalidade como método de resolução de conflitos contratuais privados nas relações de consumo.** In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 138, jul. 2015. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16164&revista_caderno=9>. Acesso em: 16 set.2017.

SILVA, Alba Valéria Guedes Fernandes da; SILVA, Paulo Renato Fernandes da. **Aspectos interpretativos iniciais da reforma trabalhista e o princípio da intervenção mínima.** In: *Rev. do Trib. Reg. Trab. 10. Região*, Brasília, v. 21, n.2, 2017. Disponível em: < https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/125451/2017_silva_paulo_aspectos_interpretativos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 7 jun. 2018.



OS CONTORNOS DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA NO ÂMBITO DA REFORMA TRABALHISTA – UMA ANÁLISE À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Juliana Mattoso¹

Resumo: O objeto do presente artigo é apresentar considerações acerca das novas diretrizes conferidas pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) à autonomia privada coletiva sob o enfoque dos princípios, valores e objetivos prestigiados pelo constitucionalismo social então vigente no Brasil. O objetivo do presente estudo é demonstrar de que maneira a amplitude conferida pelo legislador infraconstitucional à autonomia privada coletiva é passível de resultar em afronta aos valores e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e, principalmente, à dignidade do trabalhador. Por fim, foi feito um comparativo entre o panorama da autonomia privada coletiva inaugurado com a CLT e a reformulação ocorrida com a vigência da Lei nº 13.467/2017 e posterior MP 808/2017, esta última com eficácia exaurida. O método de abordagem utilizado foi o indutivo e o levantamento de dados foi realizado por meio da pesquisa bibliográfica.

269

Palavras-chave: Autonomia Privada Coletiva. Reforma Trabalhista. Constitucionalismo Social. Dignidade do Trabalhador. Patamar Mínimo Civilizatório.

1 INTRODUÇÃO

Com o propósito de adequar a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943) às transformações econômicas, sociais e tecnológicas que ecoaram no cenário juslaboral a partir da segunda metade do Século XX, foi promulgada a Lei nº 13.467/2017, denominada “Reforma Trabalhista”. Alvo de críticas por parte de entidades de notória

¹ Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC – SP (2010). Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (TRT 9). julianamattoso@trt9.jus.br.

representatividade no cenário nacional, a Reforma Trabalhista acarretou a alteração de inúmeros dispositivos celetistas e a inserção de outros, dentre os quais se destacam os arts. 611-A e 611-B, cujo tema central é a autonomia privada coletiva.

Os dispositivos legais em questão conferiram nova roupagem ao instituto da autonomia privada coletiva no âmbito da pactuação das normas coletivas. O art. 611-A da CLT, inaugurou – de modo expresso, diga-se de passagem – a prevalência do negociado sobre o legislado no tocante a determinadas matérias, ao passo que o art. 611-B da CLT assumiu o papel de “filtro material” quanto ao conteúdo da norma coletiva, passando a caracterizar como ilícita a negociação que aludisse à supressão ou redução de direitos elencados de modo taxativo pelo legislador infraconstitucional.

Nesse contexto, o cenário que se projeta com a aplicação da Lei 13.467/2017 (e da MP 808/2017 durante sua vigência), no tocante à referida matéria, é o da sistemática violação dos direitos mínimos do trabalhador, preconizados pela Carta Política vigente como direito fundamentais sociais (art. 1º, inciso IV, e arts. 6º e 7º) materializados na legislação infraconstitucional trabalhista integralmente.

Sob essa perspectiva, o que se busca com o presente trabalho é realizar um breve estudo acerca das balizas da autonomia privada coletiva no contexto da CLT, da Constituição Federal de 1988, bem como da Reforma Trabalhista, a fim de demonstrar que a colocação em prática dos arts. 611-A e 611-B (inseridos na CLT pela Lei nº 13.467/2017) representa grave ameaça à evolução do Constitucionalismo Social no Brasil.

2 ASPECTOS RELEVANTES DO REGRAMENTO JUSTRABALHISTA VIGENTE ANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 A trajetória do direito sindical no Brasil – Dos primórdios ao modelo corporativo instaurado em 1943

Os debates inaugurais acerca dos direitos dos trabalhadores e das formas de solução de conflitos entre patrões e empregados no Brasil somente

tiveram início com a formalização do término da escravidão, ocorrida com o advento da Lei Áurea, assinada em 13 de maio de 1888, pela princesa Isabel.

Após a assinatura da Lei Áurea, os “ex-escravos”, ainda discriminados pela cor da sua pele, somaram-se à população pobre e passaram a ser incorporados nas áreas rurais em regiões estagnadas e sem terras disponíveis, a exemplo do Nordeste. Por sua vez, na região Sudeste (principalmente em São Paulo), começava a se destacar a silhueta do patrão e do trabalhador assalariado no bojo do primeiro surto industrial, ainda no século XIX.

Foi nesse contexto fático que a disciplina legal dos sindicatos no Brasil teve início em 1903 no meio rural, com a normatização advinda do Decreto nº 979 (1903), que autorizou a sindicalização dos profissionais da agricultura e das indústrias rurais. No meio urbano, a atividade sindical adquiriu notoriedade somente em 1907, a partir do Decreto nº 1.637, que organizou o sindicalismo urbano de profissões similares ou conexas, passando a dispor que seriam funções do sindicato o estudo, a defesa e o desenvolvimento dos interesses gerais da profissão e dos interesses individuais dos seus membros.

271

É digna de nota a força ideológica atribuída ao sindicalismo com a chegada ao Brasil do *anarco-sindicalismo* (ou anarquismo sindical) que aqui exerceu forte influência até 1920, tendo como seu ponto culminante as greves gerais de 1917 e 1919. Definido por Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 116) como um movimento de cunho político-sindical, o anarquismo sindical foi colocado em prática no Brasil com a divulgação pelos imigrantes italianos de uma doutrina que tinha como objetivo primordial o incentivo às conquistas da classe operária.

Em 1930, o intervencionismo estatal então instalado passou a ser refletido também na órbita trabalhista, o que resultou na redução do movimento operário estrangeiro sobre o brasileiro, com a consequente adoção de uma política trabalhista de base interveniente, em especial, após a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

A expressão “convenção coletiva de trabalho” foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro com o Decreto nº 21.761, de 23-08-1932, que não fazia distinção entre os instrumentos normativos (convenção coletiva e acordo coletivo), tratando-os indistintamente como convenção

coletiva. Por sua vez, o Decreto nº 24.694, de 12-07-1934, prescreveu o poder conferido aos entes sindicais para firmarem e sancionarem as convenções coletivas de trabalho.

Apenas quatro dias após esse Decreto, foi promulgada a Constituição Federal de 1934, fazendo alusão expressa a um rol de princípios norteadores da legislação trabalhista, dentre os quais constou o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho (art. 121, §1º, alínea j).

Diversamente do cenário constitucional até então verificado no Brasil, a Constituição Federal de 1934 inovou, rompendo com o modelo liberal até então prevalecente e preconizando o denominado Constitucionalismo Social, que teve como inspiração a Constituição Alemã de 1919 (Weimar).

Acerca da Carta Magna de 1934, são elucidativas as considerações de Daniel Sarmiento (2010, p. 31), para quem:

Ela incorporou uma série de temas que não eram objeto de atenção das constituições pretéritas, voltando-se à disciplina da ordem econômica, das relações de trabalho, da família, da educação e da cultura. A partir dela, pelo menos sob o ângulo jurídico, a questão social não poderia mais ser tratada no Brasil como caso de polícia, como se dizia na República Velha, mas sim como caso de direito, aliás, de Direito Constitucional.

Embora de curta duração (pouco mais de 3 anos), tendo sido substituída pela Constituição de 1937 (Estado Novo), não se olvida a importância do Diploma Constitucional de 1934 para elevação ao patamar constitucional de direitos mínimos do trabalhador, tais como salário mínimo, férias anuais e descanso semanal, além do incipiente reconhecimento das convenções coletivas de trabalho, mais tarde reafirmado pela Constituição de 1988.

Com a outorga da Constituição de 1937, novo retrocesso se verificou no tocante ao cenário juslaboral. O regime então implantado, marcado pelo autoritarismo², acarretou a minimização da força exercida coletivamente pelos trabalhadores, que passou a ser controlada pelo Estado.

2 Conquanto tenham sido mantidos alguns dos direitos individuais já garantidos pela Carta Magna de 1934, o regime imposto com a Constituição de 1937 teve feição autoritária.

Nesse sentido, a greve e o *lockout* foram proibidos e declarados recursos antissociais nocivos ao trabalho e ao capital, além de incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

Embora tenha sido reconhecida a liberdade sindical, a chancela estatal era imposta como contrapartida para que os sindicatos pudessem ter o direito à representação legal dos componentes da categoria. Por fim, no tocante à negociação coletiva, a Constituição em comento representou sua extensão a toda categoria, e não somente aos trabalhadores associados ao sindicato.

Neste cenário, em 1º de maio de 1941, Getúlio Vargas assinou a criação da Justiça do Trabalho, ao que se seguiu a assinatura da CLT, exatos dois anos depois, em 1º de maio de 1943. Acerca dos pormenores da assinatura da CLT, são elucidativas as seguintes informações extraídas do sítio do TST:

A Consolidação unificou toda a legislação trabalhista então existente no Brasil e foi um marco por inserir, de forma definitiva, os direitos trabalhistas na legislação brasileira. Seu objetivo principal é regulamentar as relações individuais e coletivas do trabalho, nela previstas. Ela surgiu como uma necessidade constitucional, após a criação da Justiça do Trabalho.

273

Em janeiro de 1942 o presidente Getúlio Vargas e o ministro do trabalho, Alexandre Marcondes Filho, trocaram as primeiras ideias sobre a necessidade de fazer uma consolidação das leis do trabalho. A intenção inicial foi criar a “**Consolidação das Leis do Trabalho e da Previdência Social**”.

(...)

Entre as fontes materiais da CLT, podem ser citadas três. Em primeiro lugar, as conclusões do 1º Congresso Brasileiro de Direito Social, realizado em maio de 1941, em São Paulo, para festejar o cinquentenário da Encíclica *Rerum Novarum*, organizado pelo professor Cesarino Júnior e pelo advogado e professor Rui de Azevedo Sodré. A segunda foram as convenções internacionais do trabalho. A terceira, a própria Encíclica *Rerum Novarum* (em português, “Das Coisas Novas”), o documento pontifício escrito pelo Papa Leão XIII a 15 de Maio de 1891, como uma carta aberta a todos os bispos sobre as condições das classes trabalhadoras.

Os pareceres dos consultores jurídicos Oliveira Viana e Oscar Saraiva, aprovados pelo ministro do Trabalho, também foram importantes.

O código foi ainda fortemente inspirada na Carta del Lavoro, do governo de Benito Mussolini, na Itália.

Foi nesse contexto fático, sob a influência do corporativismo de matiz italiana que teve origem a Consolidação das Leis do Trabalho em seu formato original.

Especificamente no que tange à autonomia privada coletiva, foram preservadas as diretrizes traçadas desde a assinatura do diploma celetista, até o início da vigência da Reforma Trabalhista³, ocasião em que se operaram as mudanças que serão objeto de análise nos tópicos seguintes.

2.2 Aspectos gerais da negociação coletiva – o modelo celetista

A negociação coletiva trabalhista é conceituada por Raimundo Simão de Melo (2016) como um

processo de diálogo social entre patrões e empregados, na busca de um consenso e da elaboração de normas coletivas para serem aplicadas nas relações individuais de trabalho, sendo considerada a melhor e mais legítima forma de solução de conflitos sociais nas relações de trabalho.

A CLT, no seu texto original (art. 611, *caput* e § 1º), contemplava duas modalidades de negociação coletiva, quais sejam a convenção coletiva de trabalho⁴ e o acordo coletivo de trabalho⁵, ambas mantidas com a Reforma Trabalhista. A legitimação para a pactuação de negociações coletivas foi atribuída de maneira prioritária aos sindicatos⁶, tendo sido

3 Aqui deve ser ponderada a análise quanto à recepção ou não das normas de Direito Coletivo inseridas na CLT pela Constituição Federal de 1988, ocorrida à época da sua promulgação.

4 Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

5 § 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.

6 O §1º do art. 611 da CLT encontra correspondência no art. 8º, inciso VI da Constituição Federal de 1988, a qual impõe a obrigatoriedade de participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

conferida legitimação subsidiária⁷ ou substitutiva⁸ às entidades de grau superior (federações e confederações).

A negociação coletiva é um procedimento de solução de conflitos levado a efeito pelas próprias partes, sem a interferência de outros agentes, estando inserida na classificação da autocomposição como método de solução de conflitos. Nesse contexto, prestigia-se o debate, a exposição de ideias de ambas as categorias (ou da categoria profissional e da empresa, no caso de acordo coletivo), a fim de que seja obtido um consenso acerca das normas a serem aplicadas aos contratos de trabalho dos destinatários.

Acerca da autocomposição, Mauricio Godinho Delgado (2003, p. 121) explica que:

A autocomposição ocorre quando o conflito é solucionado pelas próprias partes, sem intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia. Ela verifica-se de três maneiras, às vezes significativamente distintas entre si. De um lado, o despojamento unilateral em favor de outrem da vantagem por este almejada (renúncia). De outro lado, a aceitação ou resignação de uma das partes ao interesse da outra (aceitação, resignação ou, ainda, submissão). Por fim, a autocomposição também ocorre por meio da concessão recíproca efetuada pelas partes (transação).

275

O referido jurista também defende que:

A negociação coletiva enquadra-se como citado, no grupo das fórmulas autocompositivas. Contudo, é fórmula autocompositiva essencialmente democrática, gerindo interesses profissionais e econômicos de significativa relevância social. Por isso não se confunde com a renúncia e muito menos com a submissão, devendo cingir-se, essencialmente, à transação (por isso fala-se em transação coletiva negociada).

7 Art. 611, § 2º As Federações e, na falta desta, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações.

8 Art. 617, § 1º Expirado o prazo de 8 (oito) dias sem que o Sindicato tenha se desincumbido do encargo recebido, poderão os interessados dar conhecimento do fato à Federação a que estiver vinculado o Sindicato e, em falta dessa, à correspondente Confederação, para que, no mesmo prazo, assuma a direção dos entendimentos. Esgotado esse prazo, poderão os interessados prosseguir diretamente na negociação coletiva até final.

O campo de aplicação das normas coletivas pode ser aferido tanto de forma subjetiva (levando-se em conta o grupo, categoria ou classe de pessoas abrangidas pelo espectro da norma) quanto objetiva (tendo em vista a dimensão territorial para fins de aplicação do complexo normativo).

No tocante às funções da negociação coletiva, tem prevalecido o entendimento esposado por Mauricio Godinho Delgado (2003, p. 123), para quem estas podem ser identificadas da seguinte forma:

a) geração de normas jurídicas; b) pacificação dos conflitos de natureza sócio-coletiva; c) função socio-política e, d) função econômica. Da complexidade de tais funções, pode-se extrair a importância da autocomposição firmada entre as categorias econômica e profissional, ao passo em que os seus efeitos são passíveis de serem sentidos não somente pelos envolvidos, mas em nível social.

276 — Acerca do conteúdo das negociações coletivas, pode-se destacar a presença de cláusulas obrigatórias (previstas no art. 613 da CLT, as quais versam eminentemente sobre os aspectos que devem estar presentes em todo e qualquer diploma normativo, a exemplo do prazo de vigência, das categorias abrangidas, dentre outros) e facultativas (aqui elencadas as que são inseridas conforme o arbítrio dos convenentes, cuja escolha se baseará em critérios de conveniência).

Em obra dedicada às normas coletivas, Ronaldo Lima Santos (2009, p. 219 e 223) menciona, ainda, as cláusulas obrigacionais, que são firmadas com o intuito de impor deveres e obrigações recíprocas aos convenentes, não se relacionando com o objeto material da norma coletiva (assim entendidos os direitos destinados ao contrato de trabalho em si) e as cláusulas normativas, que por sua vez, versam sobre o efetivo conteúdo da norma então pactuada (condições de trabalho, ajustes remuneratórios, benefícios, entre outros).

Por fim, é pertinente fazer menção aos princípios afetos à normatização coletiva, dentre os quais se voltam precisamente à autonomia privada os seguintes: a) princípio da criatividade jurídica na negociação coletiva (que traduz o poder conferido aos entes sindicais para a criação de normas jurídicas dotadas dos efeitos próprios desta e em harmonia com a legislação heterônoma) e b) princípio da adequação setorial negociada (que impõe como limites jurídicos da negociação, a observância de manutenção

de um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral assegurado pela legislação heterônoma estatal e a transação somente quanto a direitos de indisponibilidade relativa)⁹.

2.3 Os limites da autonomia privada coletiva no âmbito da CLT

Na língua portuguesa, a autonomia é conceituada como:

1. Capacidade de autogovernar-se, de dirigir-se por suas próprias leis ou vontade própria; soberania.
2. Faculdade própria de algumas instituições quanto à decisão sobre organização e normas de comportamento, sem se dobrar ou ser influenciadas por imposições externas.
3. SOCIOLOGIA, POLÍTICA. Autodeterminação político-administrativa de que podem gozar partidos, sindicatos, corporações, cooperativas etc., em relação ao país ou comunidade política dos quais fazem parte.
4. ADM Direito de se administrar livremente, dentro de uma organização mais vasta, liderada por um poder central. (...).

No contexto das relações humanas, pode-se afirmar que o termo autonomia traduz a possibilidade de determinada pessoa ou instituição traçar normas de conduta sem sofrer qualquer forma de controle. Dessa forma, a autonomia, por sua própria natureza, se contrapõe à heteronomia (entendida como condicionamento imposto por terceiro).

Acerca da extensão da autonomia, são elucidativos os dizeres do Procurador do Trabalho Ronaldo Lima Santos (2009, p. 105), que explica:

A noção de autonomia da pessoa, como ser individuado e inserido numa ordem maior (comunidade, sociedade, coletividade, família etc.), não condiz com o ilimite da sua esfera de liberdade, pois o homem não existe sozinho no mundo, convive em sociedade. Essa inserção da microsfera individual na macrosfera social justifica as limitações à autonomia individual em favor da proteção de interesses coletivos, observada a proporcionalidade.

A autonomia privada coletiva é um conceito fundamental do

⁹ O Ministro Mauricio Godinho Delgado também destaca em sua obra os princípios regentes das relações entre os seres coletivos trabalhistas, quais sejam: princípio da interveniência sindical na Normatização coletiva, princípio da equivalência dos contratantes coletivos e, princípio da lealdade e transparência na negociação coletiva.

Direito Coletivo do Trabalho, herdado do direito italiano, no qual se fundamenta e se justifica toda a produção normativa elaborada pelos sujeitos coletivos trabalhistas, das quais resultam as normas coletivas e tem como características: a) a prerrogativa de normatizar matérias afetas ao interesse dos convenentes; b) a concretude, por colocar em prática, de forma concreta os interesses buscados pelas categorias; c) o efeito vinculante, por tornar obrigatória a observância do que restar pactuado e d) possibilidade de sofrer restrição pelo ordenamento jurídico vigente.

Nos dizeres de Santi Romano (1947), citado por Ronaldo Lima Santos (2009, p. 113):

A concepção de autonomia privada nasce da admissão das vicissitudes que permeiam a vida de cada indivíduo, ensejando o reconhecimento de uma esfera de atuação individual que permita a cada um trilhar o seu caminho particular. Da constatação da não onisciência do ordenamento jurídico estatal - tal como era apregoado pela doutrina monista - , reconhece-se uma esfera de iniciativa jurídica individual que permita aos particulares em suas relações recíprocas, prover a satisfação interpessoal de suas necessidades.

(...)

A autonomia privada não se confunde com a mera liberdade de contratar ou com a simples liberdade natural; ela é mais do que isso. Trata-se da possibilidade do exercício de um poder ou de uma potestade. Poder de estipular normas jurídicas.

(...)

Se pelo lado dos seus titulares a autonomia privada constitui um poder com objeto e conteúdos próprios; por outro, ela torna-se objeto e conteúdo de normas estatais, pois as regras criadas pela autonomia privada acabam sendo determinadas negativamente pelas normas estatais que subtraem do poder privado autônomo determinadas matérias ou certos grupos de relações que o Estado reserva à sua regulamentação. Assim, a atividade normativa dos particulares, insere-se em espaços limitados ou autolimitados pelo ordenamento estatal.

Na diretriz das considerações acima transcritas, é pertinente trazer à baila o conteúdo do art. 444 da CLT¹⁰ em sua redação original, que exsurge

10 Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, às

como uma barreira de contenção à autonomia privada coletiva. Percebe-se que, embora o artigo em comento traga em seu bojo as convenções coletivas como limitação à livre estipulação das partes, situa, ao lado destas, as disposições de proteção ao trabalho (aqui entendidas as normas de saúde e medicina do trabalho, as que contemplam limitações à jornada de trabalho, dentre outras).

Nesse sentido, como explica o jurista Marcelo Moura (2013, p. 448):

As normas de proteção ao trabalho tutelam a vontade do empregado, aderindo automaticamente ao contrato de trabalho, e impedindo que haja negociação sobre as mesmas. O contrato mínimo legal – representado por um conjunto de normas irrenunciáveis – deve ser observado pelos contratantes, mesmo quando estes não manifestem, expressamente, tal intenção.

A autonomia privada não é (e nunca foi), portanto, absoluta. Deve ser conciliada com as garantias mínimas conferidas pelo ordenamento jurídico ao trabalhador, sobretudo no tocante às normas de proteção ao trabalho. Impensável, portanto, a pactuação de normas coletivas com conteúdo afrontoso ao núcleo intangível de direitos conferido ao trabalhador pelo regramento heterônomo, o que resultaria em sistemática violação do ordenamento jurídico e, em especial, da própria CLT, como fora exposto.

Desse modo, é forçosa a conclusão no sentido de que o esboço da autonomia privada coletiva presente na CLT desde a sua redação original¹¹ teve como pressuposto a submissão das cláusulas avençadas às disposições de proteção ao trabalho¹², não se havendo falar, em autonomia de grau absoluto.

convenções coletivas que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

11 Com o advento da Reforma Trabalhista, o art. 444 somente sofreu o acréscimo de um parágrafo, tendo sido mantido inalterado o seu *caput*.

12 As disposições de proteção ao trabalho foram notoriamente elasticizadas com o advento da Constituição Federal de 1988, como se verá adiante.

3 O PARADIGMA DOS DIREITOS DO TRABALHADOR A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

É sabido que o século XX foi marcado por uma onda de positivação dos direitos fundamentais e humanos nas Constituições, os quais eram, até então, reconhecidos somente nas declarações internacionais. Com a crise do Estado Liberal e a consagração do paradigma do Estado Social de Direito, foram rompidos os padrões formalistas de igualdade e liberdade, e as atenções voltaram-se para o alcance de mecanismos concretos de redução das desigualdades econômicas.

A essa tendência, foi conferida a denominação de Constitucionalização dos Direitos Sociais¹³, cuja importância foi objeto de análise por Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Christiana D'arc Damasceno Oliveira, na obra *O Direito do Trabalho Contemporâneo* (2010, p. 284):

A relevância da constitucionalização dos direitos dos trabalhadores e sua inserção no título dos direitos fundamentais apresenta uma dimensão material e uma dimensão formal, pois traduz a importância do trabalho para uma existência digna e assegura um conjunto de direitos e garantias específicos, voltados à tutela e promoção da pessoa nas relações trabalhistas, a vinculação dos poderes constituídos, em especial do legislador, que não está autorizado a suprimir tais direitos do texto constitucional, sendo, a teor do art. 5º, §1º, obrigado a reconhecer, também em relação aos direitos dos trabalhadores, aplicabilidade direta.

No cenário internacional, com o advento das Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), os direitos sociais¹⁴ passaram a ser compreendidos como segunda dimensão de direitos fundamentais, dentre os quais estão elencados os direitos específicos do trabalho.

No Brasil, por sua vez, foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que os direitos do trabalhador adquiriram o *status* de direitos

13 Aqui compreendidos os direitos do trabalhador.

14 Vidal Serrano Nunes Júnior (p. 70) apresenta como conceito de Direitos Sociais, o seguinte: “Fincados nestes pressupostos, podemos conceituar direitos sociais como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade”.

fundamentais sociais (art. 7º)¹⁵, passando a compor um núcleo intangível de garantias¹⁶. Logo, em seu art.1º, a Carta Política elencou como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, traduzindo a abertura do constituinte à liberdade de empresa e contrato, desde que resguardado o valor social do trabalho.

Também o Princípio da Proteção, como mandamento nuclear do Direito do Trabalho, está inserido de maneira expressa no *caput* do art. 7º, por meio da ressalva, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, que vem elucidar o vetor axiológico da vedação ao retrocesso social. Desse modo, pode-se dizer que todos os direitos sociais previstos no Capítulo II do Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 têm como finalidade essencial o alcance da dignidade da pessoa humana, o que justifica a caracterização dos direitos sociais como “fundamentais”.

Não se olvide que o art. 60, §4º, da Constituição Federal de 1988 impõe limites materiais ao poder constituinte reformador, dentre os quais se situam os direitos e garantias individuais como fragmento do núcleo intangível denominado “cláusulas pétreas.” De tal disposição se extrai que a proteção constitucional não se resume aos direitos fundamentais não específicos, abarcando também os direitos trabalhistas específicos.

No tocante à esfera da autonomia privada coletiva, a Carta Política reconheceu expressamente os acordos e convenções coletivas¹⁷ em paralelo com o propósito de prestígio à proteção ao trabalho¹⁸ e ao trabalhador, prescrevendo de modo taxativo as possibilidades de flexibilização das normas trabalhistas¹⁹.

Nesse sentido, são pertinentes os apontamentos realizados

15 Na Constituição de 1934, embora já tivessem sido previstos os direitos trabalhistas específicos, não lhes foi atribuída a carga valorativa observada na Constituição Cidadã.

16 Nos artigos 7º a 11º, a Constituição Federal prevê diversos direitos fundamentais propriamente trabalhistas, de feição individual e também coletiva.

17 Inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal.

18 Note-se que o valor social do trabalho figura no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, situado logo abaixo da dignidade da pessoa humana, que ocupa o inciso III do dispositivo em comento.

19 Citam-se os incisos VI, XIII, XIV e XV, como exemplos abertura à flexibilização.

precocemente à Reforma Trabalhista por Christiana D'arc Damasceno Oliveira (2010, p. 282), para quem:

[...] qualquer alteração substancial na CLT deverá estar em compasso com a Constituição da República, o que restringe reformas trabalhistas incisivas que eventualmente venham a malferir direitos que detêm o patamar de cláusula pétreia, sendo pertinente, na realidade, o aperfeiçoamento dos institutos protetivos já existentes, no sentido de otimização dos direitos fundamentais no trabalho, além de alterações hermenêuticas e legislativas a fim de ampliar a cobertura das modalidades de trabalhadores protegidos por direitos trabalhistas.

Diante desse panorama, é possível constatar que, com as inovações sociais trazidas pela Constituição de 1988, a normatização trabalhista na sua totalidade passou a se submeter ao espírito do constituinte originário, estando então vedada, toda e qualquer pactuação passível de supressão, redução ou afronta aos direitos fundamentais do trabalhador.

282 **3.1 A dignidade do trabalhador e a garantia do mínimo existencial como vedação ao retrocesso social (efeito *cliquet*)**

A temática alusiva à dignidade da pessoa humana é abordada na história desde a China Imperial (Século IV a.C.), quando os confucionistas afirmavam que cada ser humano nasce com uma dignidade que lhe é própria, sendo-lhe atribuída por ato da divindade. Também no período da Escolástica, Santo Tomás de Aquino associou a dignidade humana ao fato de o ser humano ter sido criado à imagem e semelhança de Deus. Somente com o Iluminismo alemão pregado por Kant ocorreu a chamada “dessacralização” da dignidade humana.

A doutrina constitucional majoritária situa a dignidade da pessoa humana na condição de meta-princípio, de modo que esta irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais. A partir dessa concepção, passa-se a exigir que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, tornando-se um fim em si mesmo.

Nesse sentido, Bernardo Gonçalves Fernandes (2015, p. 304) explica que:

[...] para alguns doutrinadores, parâmetros mínimos de aferição (vetores ou dimensões) devem ser sempre defendidos para consecução normativa (adequada) da dignidade da pessoa humana. São eles: a) não instrumentalização (concepção Kantiana de que o ser humano não pode ser tratado como um meio para atingir um determinado fim); b) autonomia existencial (cada pessoa deve ter o direito de fazer suas escolhas essenciais de vida e agir de acordo com elas, desde que não resultem em práticas ilícitas); c) direito ao mínimo existencial (direito derivado do Constitucionalismo Social a que existam condições materiais básicas para a vida enquanto pressuposto não só para a vida em si, mas para uma vida digna como condição para o exercício das liberdades privadas e públicas e d) direito ao reconhecimento (enquanto banimento das injustiças extrapatrimoniais).

Com relação à seara trabalhista, merecem destaque como parâmetros mínimos de dignidade a não instrumentalização e o direito ao mínimo existencial, os quais vão ao encontro da consecução do princípio da vedação ao retrocesso social, previsto em nível internacional no art. 11, §1º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)²⁰, bem como no art. 26 do Pacto de San José da Costa Rica²¹, por exemplo.

Também denominado de “efeito *cliquet*”, o princípio da vedação ao retrocesso social (ou princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais) teve origem na Europa (mais precisamente Alemanha, Espanha e Portugal) e, embora não expresso na Carta Magna de 1988, vem sendo desenvolvido na doutrina pátria. Trata-se de uma limitação material implícita à supressão dos direitos fundamentais sociais, seja por emenda à constituição ou mesmo por legislação infraconstitucional.

20 Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequando para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

21 Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Como aspecto negativo da vedação ao retrocesso social, destaca-se a imposição ao legislador quanto ao respeito à densidade normativa já atingida por alguns direitos fundamentais sociais. Por sua vez, sob o aspecto positivo, destaca-se o dever dos Poderes Públicos de implementação dos direitos sociais por meio da sua efetiva concretização.

No âmbito trabalhista, o rol inserto no art. 7º da Constituição Federal de 1988 traduz o mínimo existencial garantido aos trabalhadores, de modo que os direitos do trabalhador nele previstos representam, além de suporte, a própria essência da ordem constitucional, por estarem intimamente ligados à dignidade do trabalhador no âmbito do contrato de trabalho²².

Acerca da correlação entre a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, são elucidativas as considerações de Ingo Wolfgang Sarlet, para quem:

Neste contexto, cumpre registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, inobstante seja este o exemplo a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido. Negar-se o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (ainda mais em face da norma contida no artigo 208, § 1º, da CF, de acordo com o qual se cuida de direito público subjetivo) importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância.

Urge destacar, portanto, que, no âmbito trabalhista, a dignidade do trabalhador somente restara assegurada quando resguardados os direitos

22 Incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, reconhecida em âmbito nacional pelo STF por meio do voto-vista do ministro Gilmar Mendes, para quem “o entendimento segundo o qual os direitos fundamentais atuam de forma unilateral na relação entre o cidadão e o Estado acaba por legitimar a ideia de que haveria para o cidadão sempre um espaço livre de qualquer ingerência estatal.” No caso específico da relação de trabalho, tendo em vista a existência de desigualdade entre os contratantes, fala-se em eficácia diagonal dos direitos fundamentais.

mínimos que lhe foram conferidos pela Carta Política de 1988. Sob essa perspectiva, toda e qualquer disposição normativa que suprima (ou minimize) o alcance dos trabalhadores a esse patamar mínimo de direitos se afigurará inconstitucional, além de afrontosa ao art. 9º da CLT²³.

3.2 O art. 7º, XXVI, da CRFB passou a constituir cláusula irrestrita à negociação?

Não são poucos os adeptos da autonomia privada coletiva irrestrita no âmbito das negociações coletivas de trabalho, em especial no tocante aos atores sociais do setor empresarial, que buscam de forma incessante a redução dos custos e da burocracia inerentes à relação empregatícia. Todavia, diante da evolução do constitucionalismo social representada pelo arcabouço de direitos fundamentais sociais alçados ao patamar de cláusula pétrea, faz-se necessário ponderar a extensão do reconhecimento das negociações coletivas tal qual foi expresso pelo constituinte originário no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal de 1988.

Conforme o pontuado acima, é patente que a Constituição Federal vigente tem como vetores a dignidade da pessoa humana e a vedação ao retrocesso social, ladeados pelos direitos fundamentais do trabalhador, dentre os quais se situa o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (art. 7º, inciso XXVI), como componente do mínimo existencial desse segmento social, além de outros direitos “que visem à melhoria de sua condição social” (*caput* do art. 7º).

A leitura do art. 7º permite que se conclua que o reconhecimento das normas coletivas pelo constituinte originário tem como pressuposto a observância dos vetores axiológicos da Carta Política, não sendo viável a chancela de cláusulas normativas infraconstitucionais (autônomas e/ou heterônomas) que afrontem o patamar mínimo de direitos conferido pelo ordenamento jurídico ao obreiro.

Sob esse aspecto, é patente que o bloco de constitucionalidade²⁴ nas

23 Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

24 A expressão “bloco de constitucionalidade” foi desenvolvida na França, lastreando-se inicialmente nas normas do ordenamento jurídico apontadas como detentoras de status

relações de trabalho é composto pela cláusula de abertura de compreensão dos direitos fundamentais em acepção material, bem como pelos direitos formal e materialmente constantes no catálogo do Título II da Carta Magna e, por fim, pelos direitos fundamentais previstos em convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos que tenham sido ratificados pelo procedimento previsto no art. 5º, §3º, da Constituição²⁵.

A existência de um bloco de constitucionalidade indissociável da legislação infraconstitucional exige que, ao se colocar em prática o art. 7º, XXVI, da Constituição, devem os contratantes coletivos na condição de elaboradores da norma, levar em conta os vetores interpretativos da Unidade da Constituição²⁶, da Concordância prática²⁷ e da Força Normativa da Constituição²⁸.

Desse modo, ressei cristalino que o art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal não se traduz em cláusula irrestrita à negociação²⁹, impondo o respeito aos direitos fundamentais do trabalhador consignados no bloco de constitucionalidade, de modo que, em caso de eventual conflito, seja adotada a técnica da ponderação proposta por Dworkin.

286

constitucional. No Brasil, ainda que prevaleça o conceito de rigidez constitucional embasado pela supremacia formal, a noção de bloco de constitucionalidade vem sendo reforçada, voltando-se à maximização dos direitos fundamentais, especialmente nas relações de trabalho, para que se evite que o obreiro fique desassistido e vulnerável à atualização legislativa e ao exercício da autonomia privada coletiva em sentido deletério.

25 Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

26 A ideia desse princípio é evitar contradições, de modo que sejam eliminadas eventuais antinomias. Nesse sentido, as normas constitucionais devem ser consideradas em um sistema unitário de regras e princípios, com esteio no qual se entende que todas as normas constitucionais possuem a mesma hierarquia.

27 Também denominado de princípio da harmonização, segundo o qual os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto. Prioriza-se, assim, a igualdade de valor dos bens constitucionais.

28 Segundo esse princípio o intérprete deve extrair da norma máxima aplicabilidade.

29 Nesse sentido, também é pertinente a conceituação do princípio da irrenunciabilidade, que se traduz na impossibilidade de o trabalhador enquanto sujeito de direitos se privar das possibilidades ou vantagens estabelecidas em proveito próprio.

No tocante à ponderação, são pertinentes os ensinamentos de Ana Paula de Barcelos (2008, p. 55):

[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para *casos difíceis* (do inglês *'hard cases'*), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso.

Mauricio Godinho Delgado (2007) traça os parâmetros para análise acerca da ponderação de valores quando da formalização das normas coletivas ao conceituar o princípio da adequação setorial negociada:

Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justralistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

287

Em ambos os casos expostos pelo ministro, não há vedação ao reconhecimento da normatização coletiva, haja vista que, no primeiro deles, se verifica o implemento de benefícios e direitos que ampliam o núcleo mínimo de direitos estabelecidos pelo art. 7º da Constituição Federal e, no segundo, o objeto de negociação limita-se às normas de indisponibilidade meramente relativas³⁰ e, portanto, passíveis de flexibilização.

Todavia, é pertinente destacar o ensinamento do ministro Mauricio Godinho no que tange aos limites objetivos à adequação setorial negociada

30 Modalidade de salário e compensação de jornada, por exemplo.

e à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista, quais sejam:

Desse modo, ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação). É que ao processo negociado coletivo falece poderes de renúncia sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover transação (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas. Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta³¹ (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III, e 170, *caput*, CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de medicina e segurança do trabalho.

288

Logo, é de se concluir que o permissivo consignado no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal deve ser levado a efeito sem despojamento do intangível patamar civilizatório mínimo atribuído ao trabalhador (normas constitucionais, respeitadas as ressalvas expressamente própria Constituição³², normas de tratados e convenções internacionais em vigor no plano interno e normas legais infraconstitucionais que dissecam as garantias estabelecidas em nível constitucional, tais como preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas de identificação profissional, dentre outros).

31 Segundo Américo Plá Rodriguez: A lei estabelece a invalidade das renúncias e transações que têm por objeto os direitos indicados, tanto nos casos em que tais negócios são concluídos no ato de constituição da relação de trabalho ou durante a mesma, como nos casos em que eles são celebrados depois de seu término. (...) A fim de que a indisponibilidade não seja limitada à irrenunciabilidade, mas estendida à intransigibilidade, entende-se que a lei proíbe ao empregado não somente o sacrifício sem correspondência, que é a renúncia, como também sacrifícios eventuais que existem na transação, quando a retenção patronal puder ser maior que o devido.

32 Art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo.

4 A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA NO ÂMBITO DA REFORMA TRABALHISTA

Com o advento da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), a CLT foi alterada em diversos pontos, dentre os quais merece destaque o elastecimento da autonomia privada coletiva prevista no texto original da CLT, em detrimento da normatização heterônoma, com a inclusão na consolidação dos arts. 611-A³³ e 611-B³⁴.

33 A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; IV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa. § 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. § 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. § 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo. § 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito. § 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

34 Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV - salário mínimo; V - valor nominal do décimo terceiro salário; VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII - salário-família; IX - repouso semanal remunerado; X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI - número

Esses dispositivos legais surgiram como estremecimento aos limites já consolidados pela doutrina e jurisprudência à flexibilização dos direitos trabalhistas, o que induz à necessidade da sua análise pormenorizada, bem como da busca por uma solução às injustiças que poderão advir da sua colocação em prática.

4.1 O art. 611-A da CLT como violação ao patamar civilizatório mínimo garantido ao trabalhador

O art. 611-A da CLT estabelece de modo taxativo as matérias com relação às quais as normas coletivas passaram a ter prevalência sobre a legislação infraconstitucional, desprezando o núcleo mínimo de direitos estabelecidos constitucionalmente e regulamentados pela CLT e demais normas esparsas que compõem o arcabouço protetivo dos trabalhadores.

É sabido que, na seara trabalhista, a hierarquia das normas

290 de dias de férias devidas ao empregado; XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX - aposentadoria; XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; 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; XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX - tributos e outros créditos de terceiros; XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação. 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.

representada pela pirâmide normativa de Kelsen dá lugar ao princípio da norma mais favorável ao trabalhador (como desdobramento do princípio da proteção), de modo que, caso exista mais de uma norma regulamentando uma mesma situação jurídica, prevalecerá a norma mais favorável ao obreiro.

O exame quanto à norma mais favorável é feito caso a caso e, no tocante às negociações coletivas, obedece à Teoria do Conglobamento³⁵, que impõe a análise de cada uma das normas coletivas em seu conjunto (sem qualquer divisão do texto normativo, portanto), de modo que a mais favorável (observados os direitos e respectivas contrapartidas) seja colocada em prática.

Desse modo, a imposição pela Reforma Trabalhista quanto à prevalência da norma coletiva regulamentadora de determinadas matérias em detrimento da legislação infraconstitucional acarreta notável minimização da incidência do princípio da norma mais favorável, pois suprime a possibilidade de análise casuística do conteúdo da pactuação coletiva, impondo sua aplicação ainda que afrontosa ao arcabouço principiológico e normativo.

291

É inegável que o novo regramento resultará em um cenário de sistemática violação dos direitos mínimos do trabalhador, preconizados pela Carta Política vigente como fundamentos da República (art. 1º, inciso IV) e direitos sociais (arts. 6º e 7º) regulamentados pela legislação infraconstitucional trabalhista. Nesse sentido, a análise isolada do *caput* do dispositivo legal em destaque permite que se conclua se tratar de norma materialmente inconstitucional, ao passo que possibilita que os contratantes coletivos flexibilizem os direitos arduamente conquistados pelos trabalhadores ao longo de séculos de batalha.

Para exemplificar, cita-se um exemplo no qual a negociação coletiva preveja, com fundamento no art. 611-A, XIII³⁶, da CLT, que trabalhadores

35 Opõe-se à Teoria da Acumulação (também chamada de atomista), segundo a qual se deve extrair de cada norma as disposições mais favoráveis ao trabalhador, de modo a obter-se um somatório das vantagens extraídas de diferentes normas. A referida teoria não considera a norma como um conjunto, mas cada uma das partes de um texto normativo como itens separáveis.

36 Embora a MP 808/2017 tenha revogado o dispositivo em comento, aquela perdeu a eficácia, de modo que voltou a vigorar a Reforma Trabalhista em seu texto original.

submetidos a condições insalubres de trabalho (vide exemplo o labor dos cortadores de cana-de-açúcar submetidos a níveis elevados de calor) atuarão em prorrogação de jornada, sem necessidade de obtenção de licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho para tanto. No caso citado, não é difícil concluir que o resultado seria a clara e direta afronta à saúde do trabalhador (norma de ordem pública dotada de indisponibilidade absoluta e, portanto, irrenunciável) e, conseqüentemente, à dignidade do trabalhador.

A Reforma Trabalhista atribuiu um elastecimento desmedido à possibilidade de transação acerca dos direitos de indisponibilidade absoluta, alvo de proteção constitucional e infraconstitucional. Desse modo, é nítido o desprezo à dignidade do trabalhador e ao valor social do trabalho, na condição de vetores axiológicos da Carta Política vigente, além do rol mínimo de direitos trabalhistas estabelecido expressamente no art. 7º desta.

292 Com essa notória redução da limitação imposta à autonomia privada coletiva, tem-se um paradigma de prevalência do negociado sobre o legislado (ao menos no tocante às matérias previstas no art. 611-A da CLT), possibilitando a redução e/ou supressão dos direitos nas hipóteses de quebra da boa-fé no ato de formalização do negócio jurídico coletivo³⁷.

É pertinente ressaltar os dizeres da jurista Vólia Bonfim Cassar acerca do tema, pra quem, ao revés do que afirmam os defensores da Reforma: “a norma não teve como objetivo ampliar direitos, pois isso sempre foi possível,” transformando a “maioria dos direitos contidos na CLT, que não se encontram na Constituição Federal, em direitos disponíveis”.

A jurista diferencia, ainda, as hipóteses de flexibilização dos direitos trabalhistas e pondera a necessidade de tratamento legal em separado destas:

A flexibilização é a criação de exceções à regra rígida da lei para autorizar redução ou supressão de direitos antes garantidos. A flexibilização pode ser de duas espécies: 1ª – de adaptação; 2ª – por necessidade. A primeira visa tão somente adaptar o direito previsto em lei ou nas normas autônomas à realidade econômica-social da empresa empregadora. A segunda visa à manutenção da empresa, que, em virtude da crise econômica, está agonizando e morrendo. Logo, a segunda visa à sobrevivência da empresa.

37 Prática comum no Brasil, dada a frágil representatividade das categorias profissionais.

Portanto, as duas medidas não podem ser tratadas da mesma forma num mesmo dispositivo legal. Por isso, nas hipóteses de flexibilização para adaptação deve haver vantagem econômica compensatória em contrapartida à vantagem reduzida ou suprimida, sob pena de permissão de supressão de direitos para aumentar os lucros do empregador sem contrapartida para o empregado.

Não se olvida que o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva trazido a lume com o novel §3º do art. 8º da CLT³⁸ (ressalvado expressamente pelo §1º do art. 611-A da CLT) impõe a limitação da atividade jurisdicional quando da análise dos casos concretos envolvendo negociações coletivas firmadas sob a égide da Reforma. Esse dispositivo, também eivado de inconstitucionalidade, retrata o intuito do legislador de ver reduzida a incidência do controle de legalidade e constitucionalidade (seja pela via concentrada ou difusa) sobre a normatização autônoma, afrontando, assim, o direito de acesso à justiça, capitulado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 (inafastabilidade a jurisdição)³⁹.

4.2 Art. 611-B da CLT como limitação da atividade jurisdicional

293

Em contraposição ao conteúdo do art. 611-A da CLT, tem-se o art. 611-B, que estabelece (também de modo expreso) a ilicitude da supressão e/ou redução de alguns direitos pela via da norma coletiva. Ou seja, enquanto o primeiro elastece o âmbito de incidência da autonomia privada coletiva, impondo a aplicação da norma coletiva em detrimento da legislação infraconstitucional heterônoma, o segundo limita a autonomia privada coletiva exclusivamente quanto à supressão e/ou redução de um rol exaustivo de direitos.

38 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.

39 Em comentários ao projeto da Reforma Trabalhista, Vólia Bonfim Cassar esclarece que: “O texto proposto afirma que, na avaliação dos requisitos para validade da norma coletiva (acordo coletivo e convenção coletiva), o Judiciário deve analisar EXCLUSIVAMENTE os requisitos previstos no art.104 do Código Civil. Entretanto, há outros vícios que podem tornar nulo o negócio jurídico, como aqueles previstos nos arts.613 e 614 da CLT, bem como quando contrariar o art. 611-B constante do presente PL 6787/16, além da nulidade do ajuste coletivo, por contrariar normas constitucionais.”

Conquanto a leitura superficial do art. 611-B da CLT induza à conclusão de que o seu conteúdo atua como anteparo à minimização dos direitos fundamentais do trabalhador, questiona-se a constitucionalidade da fixação de um rol reduzido de direitos, ao qual foi imputada a pecha da ilicitude quando objeto de redução ou supressão.

Isso porque, conforme o já pontuado, o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 elenca, no rol de direitos fundamentais, o direito de acesso à justiça (inafastabilidade a jurisdição), subentendendo-se como desdobramento deste a possibilidade ampla e irrestrita de análise pelo Poder Judiciário quanto à licitude ou não de disposição contida em norma coletiva independentemente do seu alcance (restrição ou mera limitação) e matéria (insalubridade, jornada, etc.).

Na esteira desse entendimento, são notáveis as considerações traçadas por Vólia Bonfim Cassar acerca do dispositivo legal em estudo:

O artigo 611-B *caput* aponta, taxativamente, as matérias cuja negociação coletiva não pode dispor, considerando como “objeto ilícito” do negócio jurídico coletivo que infringir a regra, e, conseqüentemente, considerando nula a convenção e o acordo coletivo que reduzir ou suprimir tais direitos.

Entretanto, há outros direitos que também são considerados indisponíveis ou que casos que são considerados como objeto ilícito e que não constam dos incisos do artigo 611-B, como a contratação de empregado público sem concurso público, a contratação de empregado para prática de trabalho ou ato ilícito, a renúncia da dignidade do trabalhador, dos bens imateriais da personalidade etc.

Por outro lado, ao indicar nos incisos I a XXX o que não pode ser reduzido ou suprimido, o legislador deixa a entender que nas outras hipóteses pode, o que não é verdade. Não pode ser negociada, por exemplo, a garantia de mínimo para quem recebe remuneração variável, a proteção contra a automação, a dignidade da pessoa humana, dos pactos internacionais de direitos humanos vigentes no país entre outros direitos.

Sob essa perspectiva, defende-se a inconstitucionalidade parcial do artigo em comento, em razão da palavra “expressamente”, cuja exclusão do texto legal, o tornaria condizente com os valores defendidos pela Carta Magna e reproduzidos na legislação infraconstitucional. Nesse sentido, é também o entendimento do jurista Marcelo Moura (2018, p. 226):

A Constituição da República, de forma bem clara, estabeleceu os limites da flexibilização de direitos trabalhistas. Consequentemente, presumem-se ilegais e inconstitucionais quaisquer cláusulas coletivas, objeto de negociação, tendentes a reduzir ou suprimir qualquer direito além dos claramente definidos pela Constituição da República, conforme acima explicitado.

Logo, verifica-se que a limitação imposta pela Reforma Trabalhista é parcialmente inconstitucional por afrontar diretamente a atividade jurisdicional⁴⁰ como vertente do acesso à justiça garantido constitucionalmente aos sujeitos das convenções e acordos coletivos.

4.3 As alterações trazidas pela MP nº 808/17 no âmbito da autonomia privada coletiva

Editada com a finalidade de proceder a alguns ajustes na Reforma Trabalhista, a Medida Provisória nº 808/17 alterou 17 pontos dentre os mais de 100 artigos modificados na CLT pela Lei nº 13.467/17. No tocante à autonomia privada coletiva, com o advento da MP 808/2017, o art. 611-A passou a ser assim redigido:

A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

(...)

XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XIII - REVOGADO

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual.” (NR)

No tocante à autonomia privada coletiva, a modificação mais

⁴⁰ Aqui entendida da liberdade do julgador quanto à análise da norma coletiva independentemente da matéria que lhe seja objeto.

contundente diz respeito à advertência quanto à necessidade de observância dos incisos III e VI do art. 8º da Constituição Federal, os quais dispõem, respectivamente, que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas” e “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”.

A referida alteração foi objeto de reivindicação por parte dos sindicatos, que temiam a intervenção de outros entes, ou mesmo da comissão de empregados nas negociações coletivas. Do exposto, conclui-se que o *caput* do art. 611-A da CLT foi alterado apenas para reafirmar o que já constava como direito fundamental social dos trabalhadores no art. 8º da Constituição Federal vigente, razão pela qual se entende que não foram sentidas repercussões expressivas da MP sob o aspecto da autonomia privada coletiva.

296 Também merece destaque a modificação do art. 611-A, inciso XII, que passou a prever que o acordo ou convenção coletiva a respeito do enquadramento do grau de insalubridade somente prevalecerá sobre lei, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previsto em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho. Tais hipóteses deverão estar previstas no instrumento coletivo baseadas em laudo pericial confeccionado por médico ou engenheiro do trabalho, pois excluem a necessidade de licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho.

Recentemente, em 23-4-2018, esgotou-se o prazo de prorrogação da vigência da MP nº 808/17 e, por via de consequência, o texto original da Lei nº 13.467/17 voltou a disciplinar os contratos de trabalho. Com isso, nada será alterado com relação ao *caput* do art. 611-A da CLT, por se tratar de mera repetição do Texto Constitucional, de observância obrigatória, portanto. Quanto ao inciso XII do referido artigo, volta a ser despidianda a obediência às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, tal qual o previsto no texto original, repita-se, materialmente inconstitucional.

4.4 O panorama atual da autonomia privada coletiva e as possíveis consequências dele decorrentes

Diante do contexto evolutivo das normas trabalhistas, verifica-se que as diretrizes da autonomia privada coletiva no âmbito da Reforma Trabalhista representam um retrocesso no tocante ao avanço promovido pelo Constitucionalismo Social implementado pela Constituição Federal de 1988.

Tanto as disposições do art. 611-A da CLT quanto a limitação imposta à liberdade de atuação do julgador pelo art. 611-B da CLT retratam o descompasso entre a CLT vigente e os valores fundamentais preconizados pelo Constituinte Originário, divorciando-se do panorama desejado por este.

A Reforma Trabalhista, em especial, no tocante ao art. 611-A da CLT, representou o reconhecimento do art. 7º, XXVI, da Constituição Federal como cláusula de abertura irrestrita à negociação coletiva, uma vez que permite o total despojamento da legislação infraconstitucional regulamentadora das garantias naquele previstas. Sob esse enfoque, a Reforma despreza os vetores interpretativos da Unidade, Concordância prática e da Força Normativa da Constituição.

297

Esse contexto, somado à limitação da livre convicção jurisdicional imposta pelos arts. 8º, §3º, e 611-B, ambos da CLT, acarretará a ruína gradativa da consecução da dignidade no âmbito das relações de trabalho, haja vista a possibilidade de redução e, porque não dizer, supressão do patamar civilizatório mínimo do trabalhador (art. 7º, *caput*, da Constituição de 1988), conquistado a duras penas.

5 CONCLUSÃO

A previsão constitucional de reconhecimento das negociações coletivas, aliada à elevação do patamar dos direitos do trabalhador (então alçados à categoria de direitos fundamentais sociais), garantiu a imposição de limites aos contratantes coletivos, ao passo que os submeteu ao bloco de constitucionalidade.

Com o advento da Reforma Trabalhista, os limites conferidos

à autonomia privada coletiva foram elasticados de modo a ameaçar a intangibilidade dos direitos mínimos do trabalhador, garantidos expressamente pela Carta Política, possibilitando a ineficácia dos mandamentos constitucionais e a desmedida desobediência não só à lei infraconstitucional, mas a todo o arcabouço normativo que compõe a ideia de bloco de constitucionalidade.

Diante do cenário normativo contemporâneo, resta aos atores sociais e aos órgãos institucionais a tomada de medidas no sentido de uma mobilização para que sejam revistos diversos pontos inseridos pela Reforma Trabalhista, em especial no que tange à prevalência do negociado sobre o legislado, dada a repercussão em massa das disposições das normas coletivas.

Ao julgador trabalhista resta a tentativa de exercer de forma livre e independente os poderes que lhe são conferidos constitucionalmente (art. 5º, inciso XXXV) e observar o arcabouço principiológico do Direito do Trabalho em detrimento das normas coletivas que se afigurem afrontosas às disposições mínimas de proteção ao trabalhador, a par do que contemplam a previsão contida no art. 611-A da CLT e as limitações pormenorizadas no art. 611-B da CLT.

Impõe-se, ainda, a declaração de inconstitucionalidade, pela via difusa, dos artigos mencionados, por afrontarem clara e diretamente os direitos fundamentais do trabalhador, os valores sociais do trabalho, a dignidade do trabalhador e o acesso à justiça.

Somente por essas vias será possível realizar, ainda que de forma incipiente, o combate à precarização das relações de trabalho por meio das normas coletivas firmadas por sujeitos contratuais coletivos com pouca ou nenhuma representatividade e materializar o princípio da vedação ao retrocesso social enquanto limitação material implícita à supressão dos direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3.ed. Salvador: Armador, 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional**. In: A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos

fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em: 26 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei 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: 26 abr. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.

_____. **Breves comentários às alterações propostas pela Reforma Trabalhista**. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2017/05/09/breves-comentarios-principais-alteracoes-propostas-pela-reforma-trabalhista/> > Acesso em 1º abr. 2018.

CHAGAS, Gustavo Luís Teixeira; MIESSA, Elisson. **Legislação internacional de Direito do Trabalho e da proteção internacional dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-mai-07/constituicao-eficacia-direitos-fundamentais-relacoes-privadas> > Acesso em: 27 abr. 2018.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Estudos aprofundados da magistratura do trabalho**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao Trabalho Digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

EMILIANO, Eurípedes de Oliveira. **A técnica da ponderação como paradigma hermenêutico**. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-tecnica-da-ponderacao-como-paradigma-hermeneutico,44098.html> > Acesso em: 28 abr. 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

JUNIOR, Antonio Carlos Bratefixe. **Perda de vigência da MP 808/17 e os impactos na reforma trabalhista**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-abr-22/antonio-bratefixe-vigencia-mp-80817-reforma-trabalhista> > Acesso em 1º maio 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva,

2009.

MELO, Raimundo Simão de. **Os limites da negociação coletiva para o sistema jurídico brasileiro**. Jan. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-jan-22/reflexoes-trabalhistas-limites-negociacao-coletiva-sistema-juridico> >. Acesso em: 26 abr. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=EMnj> > Acesso em 26 abr. 2018.

MOURA, Marcelo. **Consolidação das Leis do Trabalho para Concursos**. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. **Reforma Trabalhista**. Comentários à Lei 13.467/2017. Salvador: Juspodivm, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 5.ed.São Paulo: LTr, 2008.

NETO, Silvio Beltramelli. **Limites da Flexibilização dos Direitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2008.

300

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988** – Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009

OLIVEIRA, Christiana D´arc Damasceno. **(O) Direito do Trabalho Contemporâneo. Efetividade dos Direitos Fundamentais e Dignidade de Pessoa Humana no mundo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 316.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em: 28 abr. 2018.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. Fac-similada. São Paulo: LTr, 2015.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. 2.ed.São Paulo: LTr, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**. vol. 7.

Direito Coletivo do Trabalho. 3 ed. São Paulo: RT, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo, O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: C. P. De Souza Neto e D. Sarmiento (Org). **Direitos Sociais.** Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. TST. História. **A criação da CLT.** Disponível em: < <http://www.tst.jus.br/web/70-anos-clt/historia> >. Acesso em: 26 abr. 2018.



CONSTITUIÇÃO FEDERAL, CPC E REFORMA TRABALHISTA: IMPLICAÇÕES NA CAUSA DE PEDIR

Leonardo Emrich Sá R. da Costa¹

Resumo: O objetivo do presente estudo é demonstrar a mudança não expressa sobre a causa de pedir da petição inicial trabalhista, com fulcro em alguns pilares do Código de Processo Civil e dos direitos processuais constitucionais, os quais consubstanciam o devido processo justo, que é a síntese da atual compreensão de processo e de relação processual. Este conjunto teórico-normativo, do qual emergiu o chamado processo constitucional democrático, repercutiu no Processo do Trabalho, que, com o advento da Reforma Trabalhista, deve ter sua hermenêutica reprogramada, quanto ao art. 840, §1º, da CLT, a fim de começar a se adequar à moderna visão de relação processual, para a qual o magistrado não é o protagonista e único responsável pela efetividade processual, pois as partes também são responsáveis pela efetividade processual. Neste sentido, ao levar em conta as particularidades do processo laboral, em que ainda se tem o *jus postulandi*, é possível ver como o papel do advogado trabalhista ganhou novos contornos, na forma de elaborar a argumentação, na causa de pedir, cuja redação, infere-se por interpretação sistemática, deve seguir como parâmetro o art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC.

303

Palavras-chave: Constituição da República Federativa do Brasil. Democracia. Processo do Trabalho. Causa de Pedir.

1 INTRODUÇÃO

O alcance das modificações processuais da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT - tem sido objeto de escritos, palestras e intensa discussão. Especificamente, quanto à petição inicial, percebe-se a ênfase na redação do

¹ Analista Judiciário do TRT-SC (Lotado no gabinete do Desembargador Wanderley Godoy Jr.). Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Professor na Universidade de Rio Verde-GO, ministrando a disciplina Processo Civil. leonardo.costa@trt12.jus.br.

art. 840, §1º, do Texto Legal, concernente ao requisito do pedido certo e determinado.

No entanto, acredita-se em uma alteração não explícita da causa de pedir, ainda não detidamente explorada e de grande importância.

Para confirmar essa constatação, inicia-se por uma breve investigação histórica da CLT a fim de encontrar uma justificativa para a literalidade do seu art. 840, §1, externando as teorias da causa de pedir desse dispositivo legal extraídas.

Procura-se, então, demonstrar a modificação, ao menos parcial, dos referenciais de fato, políticos e de direito da causa de pedir classicamente conhecidos, na medida em que a sociedade brasileira é diversa daquela da década de 40, além de a Constituição Federal e o Código de Processo Civil terem inserido no ordenamento processual uma fórmula nova de enxergar o processo, em que se valoriza o devido processo justo, a democracia processual, a legitimidade, a cooperação, a segurança jurídica e os precedentes.

304

Outrossim, em nome de outros valores constitucionais, caros ao ordenamento jurídico, e para o funcionamento correto do sistema, do ponto de vista da ciência processual contemporânea, expõe-se como o breve relato dos fatos da causa de pedir é insuficiente e, deste modo, propõe-se uma releitura da CLT, permitida pela Reforma Trabalhista, ao dar destaque ao advogado e relativizar as premissas de que o Processo do Trabalho se orienta exclusivamente pelo *jus postulandi* e parte de uma hipossuficiência técnica absoluta.

Ao fim e ao cabo, espera-se introduzir no debate científico uma contribuição no que tange à necessidade de se atentar para a circunstância de que a causa de pedir da inicial trabalhista sofreu mudanças não aparentes, mas deduzidas, por meio de reflexão sistemática, das normas processuais, da Constituição Federal e, sobretudo, da Lei n. 13.467/2017.

2 O ANTIGO PROCESSO DO TRABALHO E O REFLEXO DA IDEOLOGIA E DA CLASSE TRABALHADORA NA DÉCADA DE 40

A Consolidação das Leis do Trabalho, vigente desde 1º de maio de 1943, retrata um momento histórico-social do mundo e, particularmente, do Brasil, comprometida com a causa social e influenciada, principalmente, pelos seguintes documentos (SARAIVA, 2011):

- Encíclica *Rerum Novarum*;
- Doutrina do constitucionalismo social, erigido ao fim da primeira guerra mundial;
- Constituição do México de 1917;
- Constituição da Weimar de 1919;
- Criação da OIT em 1919;
- Carta Del Lavoro de 1927;
- Constituição do Brasil de 1937.

Para realizar as conquistas jurídico-sociais, organizou-se a Justiça do Trabalho, descrita ideologicamente por Wagner D. Giglio (2000, p. 7):

A organização da Justiça do Trabalho no Brasil tomou como modelo mais próximo a da Itália Fascista, que mantinha um ramo judiciário especializado na solução dos problemas trabalhistas, integrado por representantes do Estado (juiz togado), dos empregadores e dos empregados (juizes classistas), inspirado nos antigos *Consigli dei Pobiviri*, que tiveram como modelo, por sua vez, os *Consigli dei Prud'Hommes*, da França, cuja origem se encontra no século XV, mas foram restabelecidos por Napoleão Bonaparte, a pedido dos empregadores de Lyon, em 1806.

Da Itália, recebeu-se a Carta *del lavoro*, reelaborada para a vida brasileira do corporativismo autoritário da década de trinta, em que destacou-se dela o corporativismo, a economia em torno do Estado, cujo objetivo era organizá-la *manu militari*, em prol do interesse nacional, traduzido em forte interferência na disciplina do mercado de trabalho (sob a perspectiva de um nacional-desenvolvimentismo), para implementar a proteção social, na tentativa de criar o que se chamou de “Estado Nacional do Trabalho” (GENTILE, 2014).

O Brasil Getulista aproxima-se deste formato², guardadas as particularidades da realidade brasileira e da população nacional, formada, em sua maioria, até ao menos 1950, predominantemente por pessoas que viviam no campo. Para elucidar a composição demográfica brasileira na década de 40, transcreve-se o estudo divulgado no site da Câmara dos Deputados (2018, s./p.):

Na década de 40, a população brasileira aumenta 26%, passando de 41,2 milhões de pessoas para 51,9. No período, a população urbana cresce 46% e a rural, 17%. Mesmo com a população crescendo mais nas cidades, o Brasil termina a década como um país predominantemente rural, com 33,2 milhões de pessoas (64% do total) vivendo no campo.

Esta massa ruralista, em vertiginoso êxodo rural, por causa da industrialização, forma a classe trabalhadora, não só dos anos 40 como dos seguintes. Diante disto, a legislação processual direcionou-se para atender, prioritariamente, o jurisdicionado hipossuficiente, juridicamente desamparado, predominantemente analfabeto³ e inserto em uma sociedade bem menos complexa que a hodierna.

306

Dessa conjuntura sociológica e ideológica, explica-se as bases do processo trabalhista, a saber:

- a)* o Processo do Trabalho, tal qual posto na CLT, estruturou-se com foco na massa de trabalhadores daquela época e partiu do pressuposto de que havia uma grande dificuldade para o empregado procurar o judiciário para pleitear seus direitos trabalhistas, especialmente pela pouca acessibilidade a um advogado, ao menos para a maior parte;
- b)* dentre outros pontos, garante acesso à justiça, por meio da simplificação do procedimento e dos atos processuais, dentre eles a

2 Após a Revolução de 30 e com a tomada do Poder por Getúlio Vargas, surge o Estado Novo, a partir do qual inicia-se forte incremento da proteção social, com a intenção propiciar condições para a industrialização brasileira. Isto reflete-se na legislação trabalhista e no processo do trabalho, permeados por forte dirigismo e intervenção estatal (SILVA, 2000).

3 Para aprofundamento, sugere-se a pesquisa sobre o analfabetismo no Brasil, realizada por Marcelo Medeiros Coelho de Souza. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n107/n107a07.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

petição inicial (CLT, art. 840);

c) outorgou o *jus postulandi* e autorizou simples reclamação verbal (CLT, arts. 839 e 840, §2º);

d) não exigiu maior ônus argumentativo do direito postulado (suficiente para a causa de pedir o breve relato dos fatos);

e) conferiu ao juiz um protagonismo na condução rápida do processo, marcadamente inquisitivo (CLT, arts. 765, 852-D, 884, §1º, e 878, este na sua versão original);

f) fez recair sobre o juízo um reduzido dever de fundamentação, já que não há maiores critérios na CLT (art. 832), mormente na comparação com o art. 489 do Código de Processo Civil. Isto, juntamente com os princípios da oralidade (arts. 846, 847, 848, 850 e 795), da imediação (art. 820), do andamento rápido das causas (art. 765), da verdade real e da proteção, conferiram ao Juiz do Trabalho amplo poder cognitivo e construtivo do direito (ativismo), certamente para concretizar o projeto do Estado Social, arquitetado quando da criação do texto.

O lastro autoritário, de algum modo, impregnou-se no DNA dos itens anteriores “d”, “e” e “f”. Nesse particular, sua manifestação dá-se na prevalência do princípio inquisitivo, ou seja, o juízo, por ter o domínio quase exclusivo da marcha processual, ganha uma elevada soberania (hipertrofia judicial), que, em determinadas situações, coloca em dúvida a própria imparcialidade.

Verifica-se no dilatado poder do juiz, sem o correspondente dever legal de expor analiticamente os seus motivos determinantes. Na velocidade a todo custo na condução do processo, o que difere de razoável duração do processo (CF, art. 5º, inciso, LXXVIII).

Explica-se: velocidade no seu mais lato grau traduz-se em fazer o processo tramitar rapidamente, com impulsos processuais pelo próprio julgador, sem influência das partes, muitas vezes. Neste caso, os fins justificam os meios. Diferente é a razoável duração do processo, em que os impulsos processuais que influenciam a esfera jurídica das partes respeitam o contraditório prévio e substancial, mesmo que isso signifique certas

paralizações durante o procedimento, necessárias para garantia dos direitos processuais constitucionais, cujo respeito é fundamental para a legitimidade da decisão.

Além disso, em afiançar que o juiz conhece todo o ordenamento jurídico na aplicação do direito (*iura novit curia*) e, de outro lado, não conferir às partes o dever de expor e ter considerados seus fundamentos jurídicos, o que, com o passar do tempo, induziu culturalmente o julgador, em alguns momentos, a fazer escolhas decisórias privadas sem influências “externas” provenientes do debate com as partes.

Finalmente, na supervalorização do princípio da proteção, na medida em que o juiz, como ser humano e dotado de paixão, pode se envolver excessivamente com a função social.

3 O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

308

Com o fim da II Guerra Mundial, o pensamento positivista entrou em declínio, quando vários países ocidentais passaram por um processo de reconstitucionalização. Ao mesmo tempo, ganhou espaço o pós-positivismo, cujas lições foram decisivas para o que se denomina de constitucionalização do direito (FARIA, 2016, p. 263).

Consciente deste novo estágio do pensamento jurídico, desponta o neoprocessualismo, segundo o qual o estudo e a aplicação do direito processual devem ser feitos com vistas na Constituição Federal (DIDIER JUNIOR, 2015a, p. 44).

A Carta de 88 constituiu um Estado Democrático de Direito (art. 1º), assentado em dois pilares: democracia e direitos fundamentais. Nesta perspectiva, o direito processual ganha um colorido constitucionalizado, conforme explica Guilherme Henrique Lage Faria (2016, p. 267-268):

Em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 consolidaria o processo como garantia constitucional do povo, através da consagração de princípios de direito processual que se implementaram por intermédio da observância das garantias processuais-constitucionais.

Com efeito, a Constituição passa a visualizar o Processo como meio de baliza e influência na formação dos provimentos jurisdicionais,

legislativos e administrativos, de modo a efetivar a percepção democrática de que este deve viabilizar a participação, o controle e a legitimação dos provimentos em formação por aqueles que irão a estes se submeter.

De maneira contundente, Ingo Wolfgang Salet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017, p. 767-768) vislumbram como o art. 5º, LIV, da CF instituiu um direito fundamental ao processo justo, uma cláusula geral, em formação, a exigir atuação de todos compromissados com o Estado Constitucional.

Lecionam:

No entanto, é possível identificar um “núcleo forte ineliminável”, “um conteúdo mínimo essencial” sem o qual seguramente não se está diante de um processo justo. O direito ao processo justo conta, pois, com um perfil mínimo. Em primeiro lugar, do ponto de vista da “divisão do trabalho” processual, o processo justo é pautado pela colaboração do juiz com as partes. O juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões. Em segundo lugar, constitui processo capaz de gerar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento público, com duração razoável e, sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação da coisa julgada (SALET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p.768-769).

309

O devido processo legal justo funciona como uma norma-princípio central na compreensão e organização infraconstitucional do processo (SALET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 772), referencial teórico-normativo para a interpretação e correção da legislação processual.

Ele exige, outrossim, a prevalência de dois imbricados valores, necessários a uma ordem democrática, com abertura participativa, pluralista e comprometida com a adequada solução jurídica para os casos: segurança jurídica e legitimidade das decisões. O primeiro é construído por meio do sistema de precedentes, instituído pelo Código de Processo Civil e, na medida do fático e juridicamente possível, incorporado à área trabalhista; o segundo configura-se, de acordo com as experiências ocidentais mais modernas, pelo cooperativismo processual.

Impõe-se, igualmente, ao Estado, na função legislativa, judiciária e executiva, aparelhar as normas processuais, a fim de dar vida ao devido processo justo.

3.1 Processo cooperativo

Implantar um processo justo é um ideal delicado, para alguns algo utópico, para outros de possível realização, embora seja de conhecimento de todos que a dificuldade começa já em encontrar o conceito do que é a justiça materializada no processo. Kelsen, por exemplo, dedicou a vida a problematizar a justiça e terminou seus últimos dias a se perguntar: o que é a justiça?

A aposta da vez é pelo modo cooperativo, superação histórica dos tradicionais sistemas dispositivo e inquisitivo puro, porque falharam como padrões constitucionais. Nesta terceira via, o processo torna-se uma comunidade de trabalho, em que não há protagonismo, nem do juiz (verificado no sistema inquisitivo), nem das partes (observado no sistema dispositivo).

É da conjugação dos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório substancial, donde surge o princípio da colaboração, que norteia a construção de normas processuais por um viés cooperativo, policêntrico, democrático e em conformidade com a Constituição Federal (DIDIER JUNIOR, 2015a, p. 125).

O artigo 6º do Código de Processo Civil consagrou a cooperação expressamente: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

A colaboração, como referência processual, visa criar um ambiente de diálogo equilibrado, para que, então, se alcance um processo devido. Impera o equilíbrio, a lealdade e a dialética das partes com o juiz e vice-versa, no objetivo de alcançar a mais correta decisão ao caso concreto. Os sujeitos processuais - partes e juiz – estão em simetria, os quais constroem, dialogicamente, o júízo decisório.

Cumprir destacar que não se está a acreditar, rosseunamente, na bondade humana de parte e contraparte, que andariam de mãos dadas, a

fim de alcançarem a pacificação social⁴, isso de jeito algum. Por isso alertam Ingo Wolfgang Salet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2017, p. 776) que:

Para que o processo seja organizado de forma justa, os seus participantes devem ter suas posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento. Portanto, é preciso perceber que a organização do processo cooperativo envolve – antes de qualquer coisa – a necessidade de um novo dimensionamento de poderes do processo, o que implica revisão da cota de participação que se defere a cada um dos seus participantes ao longo do arco processual. Em outras palavras: a colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada. Aqui, porém, importa desde logo deixar claro: As partes não querem colaborar. A colaboração, devida no Estado Constitucional, é a colaboração do juiz com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tangem à sorte do litígio.

A partir deste ensinamento segue-se a lição doutrinária que aduz somente fazer sentido o princípio da cooperação se existirem regras processuais, que dão a ele eficácia normativa, porque o princípio, por si só, seria de pouca influência no comportamento processual. É dizer, “o legislador tem o dever de perfilar o processo a partir de sua normatividade, densificando a colaboração no tecido processual” (SALET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 776).

Desse modo, o legislador do Código de Processo Civil, ao cumprir o múnus que lhe incumbia, edificou os alicerces da cooperação não só, mas principalmente, nas seguintes regras: arts. 5º, 6º, 7º, 9º, 10, 11, 138, 139, VIII e IX, 191, 317, 319, §1º, 321, 357, §3º, 487, parágrafo único, 448, 489, §§ 1º e 2º, 772, III, 927, §2º, 932, parágrafo único, 1.007, §§ 2º, 4º e 7º e 1.017, § 3º.

A partir dessas normas, enunciam-se os seguintes deveres para o juiz: a) dever de esclarecimento; b) dever de consulta; c) dever de prevenção; e d) dever de auxílio.

Pelo exposto, é possível fixar um ideal de modelo constitucional de processo: autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e

⁴ Em sentido diverso Didier Junior (2015a, p. 127).

argumentativo, fundado na participação das partes, para a obtenção da melhor solução jurídica, que desemboca na construção de precedentes legitimamente aceitos dentro e fora do processo⁵.

3.2 Precedentes judiciais e fundamentação das decisões

O sistema brasileiro de precedentes judiciais, tal como hoje se vê, espreado no Código de Processo Civil, aproximou o direito brasileiro do paradigma anglo-saxônico do *stare decisis*, ligado à tradição jurídica do *common law*, fruto de longo processo evolutivo (CÂMARA, 2017, p. 367).

Embora respeitável, é de se discordar da assertiva, no sentido de que a fórmula legal para o direito jurisprudencial emergiu, no Brasil, de longa sedimentação. Com ênfase, informam Alexandre Freire e Alonso Freire (2016, p.500) que: “até pouquíssimo tempo, não havia uma preocupação revelada e tão explícita por parte dos juristas brasileiros em geral quanto ao respeito a ser dado aos precedentes [...]”.

312

Esta verificação importa por revelar a necessidade de revisitar alguns institutos jurídicos do processo laboral, como a causa de pedir, a fim de se ter um melhor manejo dos precedentes, conforme demonstrar-se-á mais adiante.

Precedente, em sentido *lato*, é a decisão judicial, tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos. Em sentido estrito, seria a *ratio decidendi*, ou seja, os fundamentos jurídicos determinantes ou a norma geral da decisão (DIDIER JUNIOR, 2015b, p. 441).

Ele é formado, pois, de duas partes distinguíveis: circunstâncias de fato, subjacentes à controvérsia e a tese, ou princípio jurídico, inserto na motivação da decisão (*ratio decidendi*). Além disto, contém a argumentação jurídica necessária para criar a norma jurídica e justificar sua aplicação aos próximos casos.

Ademais, a *ratio decidendi* é formada por fundamentos jurídicos

5 No Estado Democrático de Direito, o Juiz tem que demonstrar o raciocínio jurídico, não só para as partes (endoprocessual), mas, também, para a sociedade (extraprocessual). Para corroborar, ressalta-se que Bonfim (2006, p. 56) coaduna deste mesmo posicionamento.

essenciais da decisão; a opção hermenêutica da sentença diante do problema jurídico posto a análise. Trata-se de uma norma geral que, ante o debate amplo da questão, depreende-se do caso e passa a ser aplicada a situações similares futuras.

O art. 926 do CPC determina que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Eis o objetivo. Daí surgem algumas obrigações jurídicas: a) dever de uniformizar sua jurisprudência; b) dever de manter esta jurisprudência estável; c) dever de integridade; d) dever de coerência; e) dever de dar publicidade adequada aos seus precedentes.

A espinha dorsal dos precedentes é constituída, além daquelas de cooperação citadas na seção 3.1, pelas seguintes regras-princípios do Código de Processo Civil: arts. 1º, 4º, 7º, 8º, 10º, 138, 319, 322, §2, 332, 357, 371, 373, §1º, 378, 489, 926, 927, 932, IV, V, 947, 950, §3º, 976, 988, e 1.036.

Percebe-se, outrossim, que a norma vinculante, para ser válida e legítima, deve ser urdida dentro de um procedimento participativo, permeado pelo contraditório substancial, de debate exaustivo dos fatos e do direito, pelos sujeitos do processo e, eventualmente, por terceiros, sem surpresas e com motivação racionalmente controlável pelas partes e pela sociedade.

Verdadeiramente, somente falar-se-á em precedente quando for resultado do esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes da questão, pelos atores processuais, e transmitir credibilidade democrática e constitucional, respeitar os limites semânticos do texto interpretado e não ser capricho político, ideológico ou populista do julgador/órgão colegiado⁶.

É relevante ponderar que a jurisprudência, ao estabelecer uma tese geral, não encerra a exegese. Isto porque o enunciado da súmula é um

6 A perda de legitimidade dos Poderes da República tem sido um perigo para a democracia brasileira. Quanto à JT, muitas críticas são a ela direcionadas, pelo ativismo, como se vê nesta matéria. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2017/05/17/tst-excessos-da-justica-do-trabalho-criaram-necessidade-de-reforma-trabalhista.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2018. Um dos fatores, concorde-se ou não, é a criação de súmula sem amparo legal, como as 372 e 291 do TST.

texto condensando uma norma geral extraída da interpretação da legislação à luz de casos concretos. Como texto, portanto, deve ser reinterpretada, ou seja, faz-se um retorno ao caso de origem, para verificar se a hipótese lá discutida em contraditório substancial repetiu-se, exigência do art. 926, § 2º, do CPC, *verbis*: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (BRASIL, 2015).

Tem-se percebido, no entanto, após a formação da súmula, um distanciamento dos fatos, objeto das decisões que lhe deram origem, seja pela sua redação, porque geralmente cristalizada, tal como um texto legal, de forma vaga, para abarcar situações além do caso concreto subjacente, seja na aplicação, num contexto de jurisprudência defensiva (DIDIER JUNIOR, 2015b, p. 490).

No processo democratizado, que adveio do constitucionalismo, este expediente é inadequado, pois carece de legitimação democrática⁷. Especificamente quanto à aplicação da *ratio*, esta deve ser identificada discursivamente por partes e magistrado, exatamente para prezar pela tese firmada no caso passado e paradigma.

Neste ponto é que se divisa o desafio a ser enfrentado com a causa de pedir da petição inicial.

4 REPERCUSSÕES NA CAUSA DE PEDIR

Um processo sem discricionarismo judicial deve ser moldado dialeticamente com a participação/colaboração das partes, a fim de se evitar decisões solitárias, com prejuízos para a legitimidade e eficiência. Eis o magistério da processualística:

7 Ilustra-se, como exemplo de redação sumulada vaga, para desvincular-se do caso concreto e usá-la como texto legal genérico, ao alvedrio do julgador: súmula 11 do STF, que possui termos como “fundado receio de fuga, “perigo à integridade física própria ou alheia”, justificada excepcionalidade por escrito” etc. (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 490). Deste modo, dá-se um cheque em branco ao julgador, para valer-se da súmula como bem entenda. Por outro lado, cita-se a súmula 383 do TST, no campo da jurisprudência defensiva, a qual restringiu o alcance dos artigos 1.029, § 3º, 932, parágrafo único, e 76, § 2º, I, do CPC/15, sem fundada razão legal e sem a presença democrática e legitimadora das partes, como imposto pelo art. 927, § 1º, aplicável à formação das súmulas (DIDIER JUNIOR, 2015b, p. 489).

A decisão judicial não deve ser fruto de um trabalho exclusivo do juiz, mas resultado de uma atividade conjunta, em que há interações constantes entre diversos sujeitos que atuam no processo. A colaboração e a participação das partes não se configuram apenas como direitos ou faculdades, mas também como ônus e deveres. Em outras palavras, às partes confere-se oportunidade de participar da formação da decisão do juiz, suportando as consequências desfavoráveis do próprio comportamento inerte e negligente. O juiz não pode ser obrigado a inserir na fundamentação de sua decisão considerações, informações ou detalhes que não foram apresentados pelas partes. Em razão do princípio da cooperação, o juiz deixa de ser o autor único e solitário de suas decisões. A sentença e, de resto, as decisões judiciais passam a ser fruto de uma atividade conjunta (CUNHA, 2013, s./p.).

A boa-nova vinda com o devido processo justo, do qual se engendrou sofisticou, não só porque deixou para trás o dogma da subsunção e passou a valorizar os princípios, a argumentação e a racionalidade prática, ou seja, a norma construída para um específico problema, colocado à análise do Judiciário, mas, principalmente, porque o bom funcionamento do sistema pressupõe atuação conjunta dos sujeitos do processo - partes e juiz -, de modo a formar uma comunidade de trabalho.

315

Neste quadro, o trabalho de advogados reformula-se. O vigente art. 319, III, do CPC, é redimensionado, a despeito de, comparado com o CPC/73, não ter sofrido grandes mudanças de redação, na aparência. Dito de outro modo, a causa de pedir não pode ser compreendida somente como ensinada pelas lições clássicas dos manuais.

Na petição de ingresso, deve-se bem evidenciar os fundamentos jurídicos relativos ao tema, de forma a apresentar amplamente a demanda, sob a ótica fática e jurídica, a fim de que a jurisprudência tenha elementos para exaurir as perspectivas de interpretação. Não somente se defende o direito do cliente, como também se coopera na causa de pedir.

Isso dará maior legitimidade às decisões e permitirá a expedição de súmulas, produto do debate entre as partes e o juiz, com que resguardar-se-á a racionalidade (controle) da decisão judicial, a efetividade e a justiça.

No ideário do processo cooperativo e informado pela boa-fé, os advogados têm renovados ônus argumentativos na causa de pedir. Cabe a

eles comparar o precedente com o caso atual e fazer o cotejo analítico, a fim de definir se é a hipótese de aplicar a *ratio decidendi*.

A missão de comparar os precedentes e o caso materializado na causa de pedir, bem como a de sustentar a distinção (*distinguishing*) ou superação do precedente (*overruling*), não pode ser, no sistema do Novo Código de Processo Civil, exclusiva do juiz. Divide-se, entre as partes e o juiz, o ônus argumentativo.

Do mesmo modo em que se obsta ao juiz julgar a causa genericamente e desligada do caso concreto (art. 489, §§1º e 2º, do CPC), igualmente é vedado à parte alegar, na petição inicial, difusamente seu direito. O dever de fundamentação analítica do juiz estende-se, por conta da cooperação, ao autor, quando ajuíza a ação e o mesmo vale ao réu, na contestação, por uma questão de igualdade.

O advogado é, portanto, o primeiro juiz da causa. Nessa toada, no modelo constitucional de processo, não é dado ao magistrado, solitariamente, transitar com liberdade na interpretação e qualificação jurídica dos fatos que embasam a demanda, daí ser impositivo um maior controle sobre a máxima *iura novit curia*, o que se inicia pela congruência do juiz com a causa de pedir, próxima e remota.

Se a parte não desempenhou seu dever, é mister determinar o esclarecimento das alegações; se persistir a inércia, declara-se a inépcia.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2017, p. 100) explanam:⁸

Sob outro ângulo, para atender ao art. 319, III, do CPC, é correto afirmar que o autor deve afirmar um fato e apresentar o seu nexó com um efeito jurídico. Não atende ao art. 319, III, do CPC, a simples indicação, reprodução ou paráfrase de texto normativo: é preciso que a parte contextualize as suas afirmações, mostrando qual a sua relação concreta com o caso que pretende ver julgado a seu favor (analogicamente, art. 489, § 1.º, I, do CPC). Ainda, por força da adoção da técnica legislativa aberta em muitos passos na legislação brasileira, seja pelo emprego de cláusulas gerais, seja pelo emprego

8 Há, ainda, controvérsias neste ponto. José Miguel Garcia Medina (2017, p. 398) entende ter o CPC estendido implicitamente para as partes um ônus de argumentar, mas não equiparado àquele do art. 489, que serve como uma referência, portanto.

de conceitos jurídicos indeterminados, não basta a simples alusão a normas que contenham termos vagos (por exemplo, dignidade da pessoa humana, função social e boa-fé) para solução dos casos: é preciso mostrar em primeiro lugar qual é o significado que está sendo adscrito ao termo vago e é necessário mostrar por qual razão o caso que se pretende debater em juízo está dentro da moldura normativa proposta na petição inicial (analogicamente, art. 489, § 1.º, II, do CPC). Ademais, assim como é vedado ao juiz valer-se de postulados como a proporcionalidade, a razoabilidade e a ponderação sem justificar adequadamente a maneira como essas normas incidem para solução de conflitos entre outras normas, também é vedado à parte invocar semelhantes normas sem justificar apropriadamente por qual razão incidem e como contribuem para interpretação e aplicação de outras normas (analogicamente, art. 489, § 2.º, do CPC). O mesmo vale obviamente para a aplicação dos princípios: preciso mostrar quais são os estados de coisas que os princípios visam a promover e de que modo essas finalidades determinam ou não a solução do caso apresentado na petição inicial (analogicamente, art. 489, §§ 1.º, I e 2.º, do CPC).

Outrossim, além de determinações normativas, menciona-se impositivos fáticos para esta nova maneira de enxergar a causa de pedir: a) a quantidade de trabalho no Judiciário dificulta muitas vezes a percepção precisa de todas as consequências de um caso ou de um entendimento jurisprudencial, de sorte a poder prevalecer idiosincrasias do julgador ou erros de julgamento; b) a complexidade das demandas, cada vez maior; c) legitimidade democrática e efetividade da decisão; d) falta de método e cultura para, no dia a dia, pesquisar a *ratio decidendi*, limitando-se, no geral, a interpretar o próprio texto da súmula.

317

5 A CAUSA DE PEDIR DA PETIÇÃO INICIAL TRABALHISTA

Listadas algumas nuances do Processo do Trabalho, restrinjo-me, neste íterim, à análise da causa de pedir, colocada no art. 840, §1º, da CLT, a seguir transcrito:

Art. 840 - A reclamação poderá ser escrita ou verbal

§ 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com

indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante (BRASIL, 1943).

Duas principais vertentes monopolizaram o debate acerca deste dispositivo legal, controvendo sobre a aplicação subsidiária ao processo trabalhista (CLT, art. 769) do art. 282, III, do CPC/73, atual art. 319, III, do Código de Processo Civil.

Uma primeira corrente, tradicional, defende a desnecessidade de esgrimir na petição inicial a fundamentação jurídica, para o que basta uma síntese selecionada dos fatos (GIGLIO, 2000, p. 149-151), razão pela qual teria a CLT perfilhado a teoria da individualização da *causa petendi* (MARTINS, 2008). Fundamenta-se na existência do *jus postulandi*.

Um viés mais moderno, com base na teoria da substanciação, atento à evolução do fenômeno processual, preconiza que

embora o art. 840 da CLT exija apenas uma breve exposição dos fatos, há necessidade de se indicarem os fundamentos jurídicos dos pedidos, aplicando-se, subsidiariamente, pois compatível com o Processo do Trabalho (art. 769 da CLT), o disposto no art. 319, III, do CPC (SCHIAVI, 2016, p. 536).

Registro a existência de opinião de Sérgio Pinto Martins, o qual defende a exposição de fundamentos jurídicos especialmente quando a causa for exclusivamente de direito (MARTINS, 2018, p. 347).

A Jurisprudência divergia sobre o assunto. Veja-se:

JUSTIÇA DO TRABALHO - TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEALDADE PROCESSUAL.

Nos termos do art. 840 da CLT, a petição inicial poderá ser escrita ou verbal, bastando apenas uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante, não se aplicando a teoria da substanciação e sim da individualização. Assim, não houve violação ao princípio da lealdade processual, pois para o ajuizamento da reclamação basta a narração dos fatos. (TRT-22, AIRO: 320019120065220001, Relator: Giorgi Alan Machado, Data de Julgamento: 18/01/2007, TRIBUNAL PLENO).

INÉPCIA NÃO CONFIGURADA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 840, CLT. ART. 515, § 3º, DO CPC. IMEDIATO JULGAMENTO DOS PEDIDOS APÓS AFASTAMENTO DA INÉPCIA RECONHECIDA PELO A

QUO. Na petição inicial não de ser atendidos os requisitos do art. 840, § 1º da CLT, que, em verdade, correspondem às exigências previstas no art. 282, do CPC, para a petição inicial, excetuadas as relativas ao valor da causa e a indicação de provas a produzir. Desse modo, imprescindível que os pedidos sejam precedidos dos fatos e fundamentos jurídicos, ou seja, da causa de pedir, ainda que esta seja apresentada de forma sucinta, do contrário, resta comprometido o amplo exercício do direito de defesa da parte contrária. Constatado, todavia, que a inicial declina satisfatoriamente a causa de pedir do pleito de reembolso de despesas de transporte, em relação ao qual a sentença de piso extinguiu o feito sem adentrar o mérito, sob o fundamento de inépcia, afasta-se esta e avança-se no julgamento, com fulcro no art. 515, § 3º, CPC (TRT-5 - RO: 0018300-81.2004.5.05.0009, Relator: Luíza Lomba, 6ª. Turma. Data de Publicação: DJ 20/11/2007).

Em julgados mais antigos, convém chamar a atenção, inclinava-se para a teoria da individuação, ao valorizar a simplicidade e satisfazer-se com o resumo dos fatos.

Contudo, inúmeros magistrados houveram por bem exigir maior especificação jurídica na causa de pedir, por observarem um excesso de demandas dissociadas da realidade. Percebeu-se que somente a breve exposição dos fatos era uma falha da legislação. A evolução da jurisprudência, ratificada, acredita-se, pela Reforma Trabalhista, aplicando a teoria da substanciação, pode ser observada em julgados mais recentes:

TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO. APLICAÇÃO. LIMITAÇÃO DA LIDE. De acordo com a teoria da substanciação, a lide submetida à apreciação do Judiciário encontra seus limites no pedido e na causa de pedir expostos na petição inicial (arts. 128 e 460 do CPC). (TRT-12 - RO: 00022309120145120025 SC 0002230-91.2014.5.12.0025, Relator: LIGIA MARIA TEIXEIRA GOUVEA, SECRETARIA DA 3ª TURMA, Data de Publicação: 06/10/2016).

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PERSEGUIÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO APÓS REINTEGRAÇÃO DO TRABALHADOR NO EMPREGO. FATOS DISTINTOS DO ASSÉDIO MORAL NARRADO EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA ANTERIORMENTE AJUIZADA CONTRA A RECLAMADA. LITISPENDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. No caso, o Tribunal Regional expressamente consignou que os fatos sobre os quais se fundamentou a pretensão indenizatória nestes

autos eram distintos da causa de pedir da reclamação trabalhista anteriormente ajuizada contra a empresa reclamada. Ressalta-se que a legislação brasileira adotou a teoria da substanciação, que estabelece que a causa de pedir é composta dos fatos (causa de pedir remota) e dos fundamentos jurídicos do pedido (causa de pedir próxima). Desse, no caso dos autos, no máximo estaria configurada a identidade da causa de pedir remota, o pagamento de indenização por danos morais. Entretanto, para a caracterização da litispendência, faz-se necessária a identidade da causa de pedir próxima e remota, nos termos do artigo 301, § 3º, do CPC/1973 (artigo 337, § 3º, do CPC/2015). Com efeito, considerando a premissa expressamente consignada no acórdão regional, no sentido de que “fatos ocorridos e que foram discutidos e/ou provados na Reclamação Trabalhista anterior não tem qualquer correlação com esta Reclamatória”, não há identidade de causa de pedir para a configuração da litispendência. Inviável a extinção do feito em exame. Intacto o artigo 267, inciso V, do CPC/1973 (artigo 485, inciso V, do CPC/2015). Recurso de revista não conhecido. (RR - 670-86.2011.5.05.0002, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 12/06/2018, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/06/2018).

A evolução do Brasil é notória. Ele está, escancaradamente, complexo e conflituoso. As lides trabalhistas modificaram-se. Há franco declínio do *jus postulandi*.

A Constituição Federal de 1988 deixou para trás, ao menos no patamar jurídico, o autoritarismo, que tomou conta das décadas anteriores. Além disto, condensou a transformação do direito, iniciada a partir da segunda metade do século XX (DIDIER JUNIOR, 2015a, p. 39-46).

Ela - a Constituição - trouxe consigo um generoso plexo de direitos processuais, como forma de realizar o Estado Democrático de Direito e concretizar direitos fundamentais.

Ademais, o novo Código de Processo Civil, em íntimo diálogo com a Carta Magna, erigiu um renovado sistema que objetiva dar vigor a um processo democrático e justo. O Processo do Trabalho, nesta linha, sofreu grandes repercussões, o que impôs sua reinvenção cotidiana, com alguns avanços de um lado e resistências do outro.

Tudo isso, sopesado com a recente Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), leva, forçosamente, a um debate sobre o acolhimento circunstancial no Processo do Trabalho de uma renovada causa de pedir,

como se exporá.

6 REFORMA TRABALHISTA: UMA (RE)CONSTRUÇÃO DA CAUSA DE PEDIR NO PROCESSO DO TRABALHO?

Adequar o Processo do Trabalho aos ditames processuais da Constituição Federal de 1988 é, de longe, um dos mais tormentosos dilemas, em um momento em que se tenta enquadrar a Justiça do Trabalho como ativista e cobra-se do Poder Judiciário legitimação democrática dos entendimentos.

Cientificamente, o atual Código de Processo Civil aparece como uma das legislações mais modernas das democracias mundiais, pois moldou-se aos princípios constitucionais do processo e aos direitos fundamentais, o que tem feito cada vez mais os intérpretes da legislação processual do trabalho buscarem auxílio normativo no CPC, de modo a receber, no interior do processo laboral, em certa medida, as novidades e a repaginação dada às categorias jurídicas tradicionais.

321

Os progressistas encontram subsídio na teoria das lacunas ontológicas e axiológicas, para reler a CLT de forma mais consentânea com o estágio da ciência processual e dar efetividade ao processo laboral.

Contudo, há muita resistência a esta aproximação, é preciso dizer. Há quem, inclusive, chame, pejorativamente, de “civitziação” este intenso diálogo do Processo do Trabalho com o novel CPC, ao aduzir que isto é perigoso para a autonomia e identidade deste ramo especializado da ciência processual, conforme lembra Schiavi (2017, p. 46), ao citar Francisco Gérson Marques de Lima (2010).

Muito se tributa à redação do art. 769 da CLT a causa da interpretação restritiva da aplicação subsidiária, isto é, vai-se ao processo comum apenas em caso de lacuna normativa.

Esta prevalência da teoria da lacuna normativa tem fatores históricos e culturais. O direito civil e seu instrumento adjetivo não são vistos, por muitos, com bons olhos, porque a relação de trabalho é muito singular.

O Processo do Trabalho não foi idealizado para fazer um diálogo de fontes. É o que se percebe do art. 769 da CLT, para o qual a legislação comum só tem aplicabilidade em caso de omissão e compatibilidade. Este conservadorismo explica bastante o novo art. 15 do CPC.

Persistem sérias dúvidas se é tão pernicioso reverenciar os avanços processuais civis para, a partir deles, fortalecer o ramo especializado. Isto porque, cada vez mais surgem sintomas do esgotamento de alguns traços da legislação processual do trabalho, de base autoritária⁹.

O puro inquisitivismo da legislação processual tem permitido a prolação de decisões com déficit democrático, a exemplo das várias descon siderações da personalidade da empresa, a pretexto de satisfação célere do crédito trabalhista e à revelia do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, previsto nos arts. 133 a 137 do CPC, o que gera situações de flagrante injustiça. Uma dessas foi contada pelo ex-Ministro João Orestes Dalazen (2017, p. 135-145), em artigo publicado na revista LTr:

Em 2016, recebi em meu gabinete uma carta pungente de uma senhora que não era sócia da empresa, mas casada com um dos sócios. Eis os fatos sumariamente: a) infrutífera a execução, houve decisão de descon sideração da personalidade jurídica da executada, com fulcro no art. 28 do CDC; b) penhorou-se a totalidade de imóvel do marido e sócio, sem respeitar a meação da mulher; c) o imóvel era “uma casinha”, bem de família típico, depois levado à hasta pública e já arrematado; d) a signatária da carta opôs embargos de terceiro para defender sua meação, posteriormente à decisão de descon sideração e à própria constrição; e) os embargos de terceiro foram julgados intempestivos; seguiu agravo de petição, desprovido; denegou-se seguimento ao recurso de revista em execução: não se divisou afronta direta e literal ao art. 7º, inciso XXII, da CF/88; g) coube-me, por fim, como relator, participar da decisão iníqua no TST, ainda que absolutamente correta sob o prisma técnico e formal, de negar provimento ao AIRR-9096-98.2010.5.15.0147; óbvio que não ofende diretamente o direito de propriedade decisão regional que julga intempestivos embargos de terceiro... E, assim, consumou-se clamorosa injustiça que poderia ter sido evitada se houvesse

9 Essa afirmação é questionada pelo magistrado do TRT da 23ª região, João Humberto Cesário, de quem, com a devida vênia, discordo pelas razões expostas no artigo. Ele defende que o Processo do Trabalho é marcadamente inquisitivo, o que nem de longe implica em autoritarismo.

audiência prévia do sócio antes de decidir-se arbitrariamente pela desconsideração da personalidade jurídica.

Muito se escreveu sobre a incompatibilidade deste incidente com a seara trabalhista, porque atravancaria o andamento rápido da causa, entendimento que, com todo respeito, autoriza arbitrariedades. Aí reside o porquê de inserir-se, expressamente, o art. 855-A da CLT.

A própria doutrina do *in dubio pro operário*, em matéria probatória (acolhida por parte da jurisprudência!), desnuda a ideologia autoritária subjacente às regras de processo da CLT, pois a invocação deste pseudoprinípio processual tem servido de artifício velado para julgar a favor do empregado, já que sem previsão legal, tal como positivado para o *in dubio pro reu* (CF, art. 5º, XL).

De mais a mais, cita-se, como sintoma autoritário, a resistência em escritos e julgados, em nome da satisfação célere do crédito trabalhista, em seguir a fundamentação analítica da sentença, uma exigência constitucional democrática, não prevista no Texto Consolidado, mas sem a qual o Poder Judiciário Trabalhista perde legitimidade, o que dá azo às incisivas críticas que lhe são desferidas, muitas maldosas, é verdade, mas outras...

Diante disso, já é possível assinalar, neste momento, que a CLT, nos pontos arrolados na seção 2, é incompatível com o modelo constitucional de processo e não está, em seu todo, preparada, sem uma leitura diferenciada, para acomodar seguramente o princípio democrático da cooperação e de precedentes, com a exigência de satisfação a tempo e modo dos direitos trabalhistas¹⁰.

Para alguns, aos quais me filio, somente um novo código, atento às particularidades da relação de trabalho, com técnicas especiais, sem desconsiderar a evolução da ciência processual, resolveria os problemas, especialmente os de legitimidade democrática.

Ocorre que, para alcançar este intento, é preciso, desde já, debater, começar a pensar soluções, enfrentar desafios. O contraditório substancial,

10 Concordamos com Mauro Schiavi (2017, p. 46/47) no sentido de que a CLT e a legislação processual trabalhista funcionam bem e devem ser louvadas no que tange às propostas conciliatórias obrigatórias, irrecorribilidade imediata das interlocutórias e flexibilidade no procedimento.

por exemplo, desde a década de 80 é discutido por autores como José Carlos Barbosa Moreira, e somente agora veio a tornar-se forte no texto processual civil, com o inovador art. 10.

Nessa linha, a releitura da causa de pedir da inicial trabalhista é medida que se impõe, como algo possível, a despeito de um novo código, e necessário, mantendo-se as essências do processo laboral. Com isto, aproxima-se da Carta da República.

Os tempos são outros, pois a CLT é, originalmente, da década de 40, época em que a sociedade brasileira era diversa e os jurisdicionados também. A bem da verdade, o texto celetista foi projetado com vistas a ser um procedimento simples, para pagar verbas rescisórias. Este paradigma de sociedade e de processo transmutaram.

O Brasil passou – e ainda passa - por uma mudança estrutural no mercado de trabalho. Nas regiões mais avançadas, o trabalhador profissionalizou-se, adquiriu conhecimento. Ocorreu um aumento generalizado no número de empregados com maior escolaridade, graças à expansão da oferta de ensino no país, devido a programas governamentais.

Hoje, entrar na universidade é uma realidade de muitos lares. A internet está presente em mais de 60% das casas e em 94,8% delas, há celulares, usados para se conectar à rede (SILVEIRA, 2017).

Isso significa que o trabalhador brasileiro tem disponibilidade de informação, é mais exigente, deseja ver seus direitos observados. Para isto, não titubeia, procura, na esmagadora maioria dos casos, um advogado.

Em virtude disso, o *jus postulandi* entrou em patente declínio, quer por confiar-se no conhecimento técnico do advogado, quer pela maior complexidade das demandas, com preliminares e debates científicos ininteligíveis para o cidadão comum.

É neste atual contexto que devem ser encaradas algumas nuances processuais da Reforma Trabalhista, que não é, em sua inteireza, censurável.

A nova Lei nº 13.467/2017 reforçou o papel do advogado como essencial à administração da justiça (CF, art. 133), a qual sinalizou que, com efeito, as demandas trabalhistas são, em sua maioria, por eles patrocinadas. Daí ter o legislador, com ténue ressalva para a reclamação verbal (CLT, art.

841, §2º), colocado como requisito da inicial o pedido certo e determinado (CLT, art. 841, § 1º).

Agora, a rigor, a petição inicial deve vir com os pedidos determinados, o que, muitas vezes, é algo complexo e inacessível ao cidadão leigo, o que dá a entender ter o legislador percebido serem as ações ajuizadas, na massacrante maioria, por advogados, que é quem tem melhor manuseio do sistema de cálculos dos tribunais, por exemplo.

Decorre da inserção dos honorários de sucumbência (CLT, art. 791-A) mais um alerta implícito: o trabalho do advogado está mais elaborado, portanto deve ser remunerado.

Acrescenta-se, ainda, ter o legislador assentido à corriqueira presença do advogado nas demandas trabalhistas, ao prever como pena para a litigância por má-fé, no art. 793-C, o pagamento, pela parte ímproba, dos honorários advocatícios. Nada diz sobre o *jus postulandi* de má-fé, a demonstrar a excepcionalidade do uso desta faculdade.

Para além disso, a legislação positivou a prescrição intercorrente e o compromisso arbitral para os contratos individuais de trabalho, cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social (CLT, arts. 11-A e 507-A), além de criar a figura do empregado hipersuficiente, com o que deu a entender que o Direito Processual do Trabalho não pode ter toda sua hermenêutica empreendida a partir do *ius postulandi* e presumindo inquebrantável hipossuficiência técnica.

Registra-se, também, o dúplice caminho criado pelo art. 878, ou seja, a execução será promovida somente pela parte, se representada por advogado, ou poderá ser movimentada de ofício se estiver no *jus postulandi*.

É possível apreender, destarte, ter a lide trabalhista iniciado um processo de transição a novos tempos, em que o advogado ganha realce, como representante do trabalhador, que deve ser tratado no processo em igualdade jurídica com a parte contrária.

As dificuldades probatórias e de acesso à justiça são resolvidas pelas próprias regras processuais, como a inversão do ônus da prova e a justiça gratuita, pelo que não justifica a bandeira da hipossuficiência tornar a petição

inicial do advogado do trabalhador imune a novos requisitos técnicos.

Criou-se, no Processo do Trabalho, um duplo regime jurídico: um para partes com advogados, outro para partes sozinhas no processo. Por via reflexa, as alterações feitas pelo legislador não foram somente expressas, mas possuíram o condão de modificar implicitamente o texto do art. 840, §1º, da CLT.

Acrescente-se, máxime com a Instrução Normativa 39/2016 do TST, ter se encampado suaves matizes do sistema cooperativo e de precedentes sobre os quais discorreu-se alhures.

Mas, e aqui é o ponto nevrálgico, o CPC foi modulado desde o início do procedimento para, durante o seu trâmite, as partes, juntamente com o juiz, formarem uma comunidade de trabalho e, assim, produzirem democraticamente precedentes de modo a exaurir (ou tentando exaurir) o tema jurídico. Mas, nem sempre foi assim.

Moacyr Amaral Santos, em aula inaugural, no Largo do São Francisco, em 1959, atacou duramente o Código de Processo Civil de 1939, ao acusá-lo de ter uma genética autoritária. Das críticas, desenvolveu-se.

O mesmo há de valer para o Processo do Trabalho, que não tem a estruturação discutida na seção 3.1 e 3.2, nem deveria, pela particularidade da relação de emprego. No entanto, possui regras produzidas por uma mentalidade diferente daquela da CF/88.

Como forma de (começar) reconstruir o processo do trabalho, para se compatibilizar ao mínimo necessário para produzir decisões democraticamente legítimas, socialmente controláveis, com uma *ratio*, produto de debate acerca do tema jurídico, é mister aceitar que a teoria da individuação ou o breve relato dos fatos, do art. 840, §1, da CLT, restou sistematicamente superada, desde a Reforma Trabalhista, para os casos de reclamações em que se tenha a frente um advogado.

Os advogados, nessa linha, devem dividir com o juiz o trabalho argumentativo, usando todos os argumentos capazes de tornar o processo bem debatido e influenciarem na decisão do magistrado.

O dever específico de motivação para o Juiz do Trabalho (CPC, art. 489) é, agora, similar para o advogado trabalhista. Caso simplesmente

alegue, como ocorre diariamente no dia a dia, dezenas de ementas sem perspicácia de fazer o cotejo analítico entre precedentes e o caso concreto, deve-se determinar a emenda da inicial ou esclarecimentos, sob pena de inépcia. Ora, muito além de preciosismo acadêmico, é algo com implicações práticas, como no julgamento liminar de improcedência (CPC, art. 322).

Portanto, todos aqueles encargos argumentativos da causa de pedir, discutidos na seção 4, têm aplicabilidade quando a parte está representada numa lide trabalhista pelo advogado, tanto pela compatibilidade com a legislação processual pós-reforma, quanto pelo maior rendimento do sistema processual, encarado pelo prisma da Carta e da ciência processual contemporânea.

Tais formalidades, registro, são inaplicáveis tão só quando a parte está a exercer o *jus postulandi*, pois, neste caso, não detém o conhecimento técnico e, por isto, está em desvantagem processual.

A distinção ora adotada, entre a aplicação estrita do art. 840, §1º, da CLT apenas às partes no uso do *jus postulandi*, e uma causa de pedir com maior detalhe nas petições assinadas por advogados na forma como exposta neste artigo, é sustentada não só por argumentos normativos, já explanados, mas também práticos.

Pelo Justiça em Números do ano-base de 2017, só na Justiça do Trabalho foram 3.961.460 casos novos recebidos, segundo maior número do Judiciário e a quantidade de processos não parou de crescer.

Por outro lado, o número de servidores e Juízes não cresceu na mesma proporção, o que evidencia, portanto, a demanda por um grande esforço dos componentes do quadro de funcionários e membros, a fim de solucionar, com bons resultados, as controvérsias (foram 4.081.040 de casos julgados no ano-base de 2017). Contudo, a alta carga de trabalho e a grande cumulação de pedidos existentes nas petições faz com que o processo corra risco de perder em qualidade.

A democratização do processo laboral, materializada na divisão do trabalho, em que se atribui ao advogado um maior dever de detalhes jurídicos na inicial, seria uma forma de colaborar para a confecção de decisões cada vez mais precisas e bem debatidas, para que os julgamentos

possam, legitimamente, servir como paradigma para resolução coletiva de casos iguais, que é uma das saídas para o enfrentamento da alta litigiosidade.

A petição inicial, à luz do já citado art. 319, III, do CPC deve aclarar todos os fatos e fundamentos, pois a aplicação do direito, no atual contexto, não ocorre baseada exclusivamente no milenar brocardo jurídico da *mihi factum, dabo tibi*. Vale dizer, ao juiz não se dá toda a racionalidade das normas cabíveis ao caso e a advocacia trabalhista deve estar consciente disto. Ademais, repiso, a inicial é o momento apropriado para indicar os argumentos e pontos de vista sobre o direito jurisprudencial envolvido no caso, o que deve ser feito com rigor técnico.

A exegese evolutiva do art. 840, §1º, da CLT é um método já empregado em outros dispositivos, tal qual o art. 818 – antes da Reforma Trabalhista –, que, pela sua incompletude em solucionar discussões sobre ônus da prova, foi pacificamente complementado pelo art. 333 do CPC/73, atual art. 373.

328

A interpretação aqui defendida propugna uma teoria da causa de pedir que absorva os avanços dogmáticos do processo contemporâneo e, ao mesmo tempo, particulariza-se à realidade do foro trabalhista, de certa forma, o que supera a velha dicotomia individuação e substanciação e, diga-se, não confronta o conteúdo dos princípios da isonomia e da simplicidade.

6.1 Princípio da Igualdade

A isonomia é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. Os advogados e o cidadão comum, no *jus postulandi*, possuem níveis técnicos absolutamente distintos, portanto, devem ser tratados diferentemente, quanto à redação da petição inicial, em nome do interesse público em corrigir a legislação processual trabalhista, segundo os ditames constitucionais.

Na esteira de Celso Antônio Bandeira de Melo (2003), o critério diferenciador elegido (teoria da individuação para *jus postulandi* e substanciação para advogados) guarda pertinência lógica e racional com os objetivos que se pretendem alcançar, quais sejam: efetividade jurisdicional, segurança e democracia processual. Ademais, com o CPC e a Reforma Trabalhista, pode-se afirmar que tal interpretação não afronta a intenção do

legislador.

Assim, a isonomia é respeitada.

6.2 Princípio da Simplicidade

Entende-se, portanto, ter a Reforma Trabalhista, de maneira não explícita, alterado o art. 840, §1º, da CLT. Assim, o breve relato dos fatos não se aplica quando a parte tem à frente um advogado. Os óbices levantados a este entendimento gravitam em torno de dois: o princípio da simplicidade e a redação expressa do dispositivo não modificada. Ousa-se discordar.

O pós-positivismo foi o manancial teórico para o surgimento de uma inovadora atitude de manusear o Direito como um todo e as regras processuais, em particular (neoprocessualismo). No conjunto de novas ideias, ainda em definição, fala-se da diferença entre texto e norma, princípios e regras, normatividade dos princípios e interpretação conforme a Constituição. Os princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas, sim, normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos, a serem realizados por diferentes meios.

Ambos, regras e princípios, são normas, mas possuem diferenças. As dessemelhanças não são consensuais entre os principais autores, tais como Dworkin, Jean Boulanger, Crisafulli, Zagrebelsky, Roberto Alex, Canotilho e Luís Prieto Sanchís (GRAU, 2005).

Por isso, apegar-se-á ao denominador comum, extraído das lições dos grandes mestres. As regras são aplicáveis a partir de um critério de tudo-ou-nada, ou seja, são válidas ou não. Os princípios, de sua vez, atuam por ponderação, os quais podem ser afastados, a depender da sobreposição de outros valores em jogo, sem serem eliminados do sistema.

Assim, o princípio tem sua aplicação delimitada, diante do confronto com outros princípios mais importantes.

O princípio da simplicidade pode, então, ser aplicado a algumas situações e restringido em outras.

A simplicidade da causa de pedir deve ceder em face do princípio democrático, da legitimidade das decisões (CF, art. 1º), do princípio

cooperativo (CF, art. 5º, LIV) e da motivação das decisões (CF, art. 93, IX), por terem esses uma dimensão de peso maior para o bom funcionamento do sistema, que supõe uma petição inicial e sua respectiva causa *petendi* mais elaboradas. Portanto, o princípio em questão deve ter seu sentido ressignificado quando a parte for representada por advogado.

Também não se sustenta a não alteração expressa do art. 840, § 1º, da CLT.

Por debaixo da citada regra encontra-se, com efeito, o princípio da simplicidade. Com a razão Eros Roberto Grau (2005, p. 196), ao dizer que:

as regras são aplicações dos princípios. Assim, quando, em confronto dois princípios, um prevalece sobre o outro, as regras que dão concreção ao que foi desprezado são afastadas; não se dá a sua aplicação a determinada hipótese, ainda que permaneçam integradas, validamente, no ordenamento jurídico.

Exemplo didático da lição de Eros Grau pode ser buscada no Direito Penal. Lá, subtrair coisa alheia móvel é tipificado como furto (CP, art. 151) (BRASIL, 1940). Praticada uma conduta, consoante a hipótese legal, o princípio da legalidade impõe a aplicação do tipo penal.

Mas, em situações pontuais, quando a coisa é de pequeno valor, dá-se prevalência, concretamente, ao princípio da insignificância, que exclui a tipicidade do crime de furto, sem retirar a validade da regra do citado art. 151. Nessa hipótese, veja-se, a insignificância tem mais importância que a legalidade.

Esse mesmo fenômeno ocorre no caso de uma ação trabalhista ajuizada por advogado, ocasião em que o sistema tradicional dá lugar à aplicação da causa de pedir mais criteriosa, por prevalecer sobre a simplicidade – breve relato dos fatos da causa de pedir - o interesse público da tutela jurisdicional efetiva, célere e mais legítima.

A norma, enquanto construção de sentido, a partir da interpretação do texto, seja o texto legal, seja o de precedentes, se encontrada democraticamente, tem grandes chances de uma maior sensação de legitimidade e agilizar a compreensão da demanda, a justificar, então, a relativização da simplicidade.

7 CONCLUSÃO

A parte Processual da CLT foi redigida para uma sociedade diferente e por uma visão de mundo antidemocrática. Ninguém foge do seu tempo, nem as leis. Ela, a CLT, tem cumprido seu papel de tutela jurisdicional célere, é certo.

Contudo, essa sociedade da década de 40 não é a mesma. A Constituição Federal também não é a mesma. Agora, trata-se de uma Carta Cidadã, na linha de uma sociedade que cobra democracia dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Assim, alguns meios processuais utilizados para entregar esta tutela jurisdicional célere entraram em xeque, em face do conteúdo do devido processo justo e suas concreções no Código de Processo Civil.

Em uma sociedade autoritária, os fins justificam os meios, mas em uma nação democrática, ao contrário, os meios determinam a legitimidade dos fins. E isso altera toda a forma de fazer o processo.

Se a intenção é modernizar a legislação processual, deve-se, desde já, expor as normas em perspectiva; e não ter receio de aplicar, na medida em que for adequado, aquilo que absorveu críticas e evoluiu: o Código de Processo Civil. Isto será o divisor de águas para caminhar junto com as constantes transformações das relações de trabalho.

Compreende-se que a Reforma Trabalhista, ao romper parcialmente o dogma do *jus postulandi* e da absoluta hipossuficiência do trabalhador, possibilitou, sistematicamente, um duplo regime: um mais simples, para as partes desacompanhadas de advogado, e outro mais minudente, quando há representação do profissional habilitado na advocacia.

A Lei nº13.467/2017 indica que antigos postulados cederam. A causa de pedir por reverberação é um deles, que deve ter por norte a forma da redação o art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC.

Desse modo, o breve relato dos fatos da causa de pedir (art. 840, §1º, da CLT) deve ser tolerado apenas quando a parte está desacompanhada de advogado. Quando estiver representada tecnicamente, a revigorada teoria da substanciação, tratada no presente artigo, entra em cena.

Esse regime misto da causa de pedir é reflexo do momento de transição do processo laboral e dos direitos processuais constitucionais.

Com isso, objetiva-se alinhar ao modelo constitucional de processo e fazer dele um local democrático, uma comunidade de trabalhos, de modo a torna-lo um ambiente legítimo de cooperação entre partes e juiz, na aplicação e feitura de normas e precedentes.

Achar o ponto certo desta cooperação no âmbito trabalhista, de fato, é um desafio, haja vista o caráter alimentar das verbas decorrentes da relação de trabalho.

No entanto, é preciso, doravante, sem receios, começar a procurá-lo.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS E RORAIMA. Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região (3ª Turma). RO 0000013-08.2013.5.11.0003. Relator: Ormy da Conceição Dias Bentes. Julgamento em: 23 de setembro de 2010. Diário da Justiça, 14 de setembro de 2014.

BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (Sexta Turma). RO 0018300-81.2004.5.05.0009. Origem SAMP, ac. nº 032829/2007. Relatora: Desembargadora Luíza Lomba. Julgamento em: 06 de novembro de 2007. Diário da Justiça, 20 de novembro de 2007.

BONFIM, Edílson Mougenot. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva. 2006.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Pesquisa**. Não paginado. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/visitantes/panorama-das-decadas/decada-de-40>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Emendas Constitucionais de Revisão**. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de outubro de 1988. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Institui o Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 9 de agosto de 1943. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 7 abr. 2018.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União, Brasília, 17 de março de 2015. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 7 mar. 2018.

_____. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**, aprovada pelo Decreto-Lei n.5.452, de 1º de maio de 1943, e as Lei nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, 14 de julho de 2017. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1>. Acesso em: 7 abr. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil do brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CESÁRIO, João Humberto. **O Processo do Trabalho e o Novo Código de Processo Civil: Critérios para uma leitura dialogada dos artigos 769 da CLT e 15 do CPC/2015.** Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 81, n. 3, p. 70-94, jul./set. 2015. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/96146/2015_cesario_joao_processo_trabalho.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 abr. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O princípio do contraditório e a cooperação no processo.** Não paginado. Disponível em: <<https://www.leonardocarneirodacunha.com.br/artigos/o-principio-contraditorio-e-a-cooperacao-no-processo/>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

333

DALAZEN, João Oreste. **Revista LTR: legislação do trabalho.** São Paulo, v. 81, n. 2, fev. 2017.

DE SOUZA, Marcelo Medeiros Coelho. **O analfabetismo no Brasil sob o enfoque demográfico.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n107/n107a07.pdf>>. Acesso em: 8 abr. 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17. ed. Salvador: Jus Podivim, 2015a.

_____. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada, antecipação dos efeitos da tutela.** 10. ed. Salvador: Jus Podivim, 2015b.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Contraditório substancial e fundamentação das decisões no Novo CPC.** In: Didier Junior, Fredie [et al.]. **Normas Fundamentais.** Salvador: Jus Podivim, 2016. p. 261-300. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC)

FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. **Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro.** In: Didier Junior, Fredie [et al.]. **Normas Fundamentais.** Salvador: Jus Podivim, 2016. p. 497-525. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC)

- GENTILE, Fabio. O fascismo como modelo: incorporação da “Carta Del Lavoro” na via brasileira para o corporativismo autoritário da década de 1930. **Mediações. Revista de Ciências Sociais**, v.19, n. 1, p. 84-101, 2014. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/19857/15091>>. Acesso em: 8 abr. 2018.
- GIGLIO, Wagner D. **Direito Processual do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRAU, Erros Roberto. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela de direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. (livro eletrônico)
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. (livro eletrônico)
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SARAIVA, Renato. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17**. São Paulo: LTr, 2017.
- _____. **Manual de direito processual do trabalho: de acordo com o novo CPC**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- SILVA, Otávio Pinto e. **A Revolução de 1930 e o Direito do Trabalho no Brasil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 95, p. 177-190, 2000. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67462/70072>>. Acesso em: 8 abr. 2018.
- SILVEIRA, Daniel. Mais de 63% dos domicílios têm acesso à internet, aponta IBGE. **G1 Economia**, 24 nov. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/mais-de-63-dos-domicilios-tem-acesso-a-internet-aponta-ibge.ghtml>>. Acesso em: 20 abr. 2018.



TELETRABALHO – A (DES)REGULAMENTAÇÃO DADA PELA REFORMA TRABALHISTA (LEI Nº 13.467/17)

Lucas Barbieri Lourenço¹

Luciana Carneiro da Rosa Aranalde²

Resumo: O objetivo do presente artigo é analisar o fenômeno do teletrabalho, desde seu surgimento até a apresentação de seus conceitos e modalidades, traçando uma linhagem histórica sobre a modificação do trabalho ao longo do tempo e alcançando a atual regulamentação dada pela Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/2017. Quanto às suas vantagens e desvantagens, serão abordadas em 3 (três) aspectos: empregado, empresa e sociedade. O teletrabalho foi reconhecido no Brasil pela Lei nº 12.551/2011, que equiparou os meios telemáticos e informatizados de comando e controle, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de supervisão. Essa moderna forma de trabalho, com o desenvolvimento das atividades fora da sede da empresa, chama uma atenção especial na caracterização do vínculo existente entre as partes. O estudo pretende mergulhar na doutrina existente sobre o tema, bem como nos ensinamentos que podem ser extraídos da legislação estrangeira. O estudo aponta, também, as modificações ocorridas com o advento da Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/17, que buscou regulamentar a matéria.

335

Palavras-chave: Teletrabalho. Tecnologia. Subordinação. Reforma Trabalhista. Direito Comparado.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tratará da forma de prestação de serviços intitulada de teletrabalho, também denominado trabalho remoto.

1 Graduado em Direito pela UNIRITTER. Acadêmico do Curso de Especialização em Trabalho, Processo do Trabalho e Seguridade Social pela FEMARGS. lucasblourenco@hotmail.com.

2 Mestre em Direito Processual pela PUC-RS. Advogada Trabalhista. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na UNIRITTER. Professora de diversos programas de pós-graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

Com a evolução dos meios de comunicação, o trabalho passou a ser realizado fora das dependências da empresa. Na presente era da Revolução da Informação, o próprio domicílio do empregado, seu carro, táxi, metrô podem ser considerados locais de trabalho, fazendo com que as atividades econômicas se distanciem do modelo convencional de organização de trabalhadores, que ocorre, mormente, na sede da empresa.

O teletrabalho nasce do avanço das tecnologias de informação e comunicação (TICs), conjugado aos movimentos globalizatórios e integracionistas, como modalidade de trabalho a distância, que se diferencia pelo uso de meios telemáticos e informatizados, tanto na execução quanto na transmissão de tarefas, quanto na supervisão e no controle realizado pelo empregador.

As modalidades de teletrabalho podem ser divididas em 2 (dois) grandes grupos, quais sejam: o local de onde se presta o serviço e o grau de conexão, cada um com suas próprias características ligadas à empresa, teletrabalhador e sociedade. Em relação ao local de trabalho, exemplificam-se os realizados em telecottages, telecentros, em domicílio ou móvel. Quanto ao grau de conexão, pode ocorrer no formato *on line*, *one way line* ou *off line*.

O art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), alterado pela Lei nº. 12.551, de 15 de dezembro de 2011, equiparou o teletrabalhador aos empregados tradicionais, garantindo-lhe os mesmos direitos que a estes são resguardados. Ainda, será apresentada a discussão acerca da dificuldade de verificação da existência de subordinação, elemento essencial para a caracterização do vínculo de emprego, bem como do controle da jornada e, por consequência, direito a horas extras e demais desdobramentos para os teletrabalhadores.

Dada a atualidade do tema, abordar-se-á a polêmica Reforma Trabalhista, já implementada no Brasil, que regulou o teletrabalho no âmbito nacional no que tange à duração e controle da jornada de trabalho; transferência dos custos e riscos da atividade econômica para o empregado; a responsabilização pela ocorrência de doenças e acidentes do trabalho e a prevalência do negociado sobre o legislado.

Por fim, será apresentado, também, um panorama em relação ao Direito Comparado de como está disciplinado o teletrabalho em outros

países e quais garantias os trabalhadores possuem nessa modalidade de trabalho a distância, em especial na legislação portuguesa. A título de exemplo, menciona-se que o Código do Trabalho de Portugal, em seu art. 168, diferentemente do que é pretendido em nossa recente regulamentação, estabelece, de forma clara, que os instrumentos tecnológicos de informação e comunicação utilizados pelo teletrabalhador pertencem ao empregador, que deve assegurar as respectivas instalação e manutenção e o pagamento das inerentes despesas.

O trabalho resulta de ampla pesquisa bibliográfica por meio de consultas a livros, revistas, artigos de periódicos, textos disponibilizados na internet, doutrina, legislação, jurisprudência, entre outros.

2 A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E O SURGIMENTO DO TELETRABALHO

Para entender a figura do teletrabalho é necessário explicar como o trabalho em si modificou-se ao longo do tempo relativamente a sua estrutura, visualizando, para isso, determinados marcos históricos. Conforme as lições de Reale (2017, p. 189), o direito é um fenômeno dinâmico e, haja vista seu caráter social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela.

A primeira etapa foi a do trabalho artesanal, onde o trabalho e a vida coincidiam pelo fato de que os trabalhadores eram os próprios membros da família e tinham na figura patriarcal o chefe da empresa. Existiam muitas oficinas, separadas entre si e sem interação, onde em uma se faziam vasos, noutra objetos de metais, praticamente como microempresas. Destaca-se nessa época da história a existência de um mercado pouco desenvolvido, com um sistema de trocas e atividades concentradas em um mesmo bairro. (ESTRADA, 2008, p.16)

Mariano Enguita (2005, p.18) comenta que, no período pré-industrial, quando o trabalho tinha seu fim demarcado pela sobrevivência humana e não constituía um fim em si mesmo, era facultado ao trabalhador decidir sobre sua própria atividade do trabalho, no que diz respeito ao o quê, quando e onde produzir. O trabalho era visto mais como uma necessidade

natural e possuía autonomia na produção.

Após milhares de anos, a economia agrícola e artesanal cede lugar ao desenvolvimento industrial como mola propulsora da economia mundial. Isto se deu especialmente por consequência do avanço das técnicas e instrumentos industriais, do desenvolvimento do comércio e da expansão territorial.

A expressão “Revolução Industrial” compreende o conjunto das transformações técnicas, sociais e econômicas que surgiram com a sociedade industrial nos séculos XVIII e XIX na Inglaterra e, posteriormente, irradiou-se para a Europa e Estados Unidos. Da mesma forma, Alice Monteiro de Barros (2016, p. 51) aduz que a Revolução Industrial acarretou mudanças no setor produtivo e, ainda, deu origem à classe operária, transformando as relações sociais.

Na sequência, entende Amauri Mascaro Nascimento (2014, p. 38) que, entre as conquistas dessa Revolução, a utilização de forças motrizes distintas da força muscular do homem e dos animais foi um dos acontecimentos de maior destaque porque permitiu a evolução do maquinismo.

Dessa forma, o fenômeno da Revolução Industrial teve por importante consequência a afirmação de que os avanços e as inovações tecnológicas são fatores determinantes do desenvolvimento econômico, os quais acarretam em mudanças estruturais nas relações do trabalho, com a divisão social e material do trabalho humano. Cita-se como exemplo a máquina a vapor de James Watt, invento que marcou a Revolução Industrial, que realizava o trabalho de milhares de homens, mediante o controle de apenas um indivíduo. A partir desse e de outros marcos históricos, despertou-se a ideia de que a tecnologia é indispensável para o desenvolvimento humano (JORGE NETO, 2015, p. 39).

Segundo Marcelo Oliveira Rocha (2005, p. 139), atualmente, junto com o fenômeno da globalização, uma outra grande mudança está em curso, a chamada “Revolução da Informação” ou “sociedade pós-industrial”, como resultado do rápido avanço das tecnologias da informática e das telecomunicações, ou seja, a telemática.

O verdadeiro cerne da Revolução da Tecnologia da Informação do século XX está no surgimento do computador, a máquina que veio resolver os problemas da agilização da informação, construído em 1947, projetado por um grupo de engenheiros da Universidade da Pensilvânia nos Estados Unidos e também na invenção do transistor, um componente eletrônico semiconductor com várias funções. Ademais, no auge dessa expansão tecnológica está a internet. Dentre seus benefícios, explana Rocha (2005, p. 140), destacam-se: a troca de informações de forma rápida e conveniente; a disponibilização de várias formas de arquivos e repositórios de informações; a tradução e transferência de dados entre máquinas localizadas em locais quaisquer e a conexão em tempo real.

Manuel Castells (2005, p. 68), acerca das transformações atuais, disserta que o cerne da transformação que estamos vivendo na revolução atual se refere às tecnologias da informação, processamento e comunicação. A tecnologia da informação é para esta revolução o que as novas fontes de energia foram para as revoluções industriais sucessivas, do motor a vapor à eletricidade e aos combustíveis fósseis.

Com a introdução dessas novas tecnologias, habilidades, conhecimentos e especializações foram efetivamente transferidos para as máquinas, permitindo que o processo de fabricação fosse controlado a distância, com necessidade muito menor de supervisão ou intervenção direta do homem no processo de produção. Dessa forma, ao empresário passou a ser possível o exercício de um controle mais rígido sobre cada aspecto da produção.

Para Denise Fincato (2006, p. 45), o avanço das tecnologias de informação e comunicação (TICs), conjugado aos movimentos globalizatórios e integracionistas, têm sido apontados como os grandes responsáveis pelo surgimento de uma nova revolução na seara trabalhista, identificada pelo surgimento e solidificação de um fenômeno com repercussões em diversas áreas do saber (inclusive na área jurídica), denominada teletrabalho.

Sabe-se que o teletrabalho se constitui em modalidade de trabalho surgida da Revolução Informacional com a mescla dos avanços tecnológicos, principalmente informáticos e comunicacionais. Ainda, ressalta Denise Fincato (2006, p. 46) que, apesar de parecer bastante atual, o teletrabalho

não se constitui em fenômeno tão recente.

Também, segundo a autora, ao analisar as origens do teletrabalho, a maioria dos estudos retrocede apenas até a década de 70 do século passado, indicando Jack M. Nilles (1997, p. 220) como seu “criador”. Para a autora, o surgimento desse fenômeno possui raízes muito mais profundas, sendo necessário conjugá-lo ao advento da tecnologia.

Nesse sentido, credita-se à figura de Claude Chappe, abade, engenheiro e inventor francês e de seus irmãos a criação do chamado telégrafo ótico no ano de 1793. Esse sistema se baseava nos pêndulos de um relógio e consistia na instalação de duas hastes com agulhas e números móveis no topo de edificações. A primeira experiência pública foi realizada entre a cidade natal do inventor, Brûlon, e a cidade de Parcé com uma distância de 14 km entre elas.

Ressalta-se que essa técnica foi criada para as causas das guerras revolucionárias europeias, devido à necessidade de possuir uma comunicação mais veloz. O *télégraphe optique Chappe* é considerado o primeiro meio de telecomunicações do mundo e marca o nascimento das telecomunicações, constituindo um dos antepassados da internet.³

340

Entretanto, a maior parte dos materiais doutrinários aponta como primeiro vestígio da origem do teletrabalho o ano de 1857, quando J. Edgard Thompson, proprietário da estrada de ferro Penn Railroad, nos Estados Unidos, descobriu que poderia usar o sistema privado do telégrafo de sua empresa para gerenciar divisões remotas, desde que delegasse a elas um controle substancial no uso de equipamentos e mão-de-obra. A organização seguia o fio do telégrafo, e a empresa externamente móvel se transformou num complexo de operações descentralizadas. (ESTRADA, 2008, p. 17; WINTER, 2005, p. 63)

A paternidade do teletrabalho, contudo, é atribuída, como já mencionado, a Jack M. Nilles, um investigador da Aerospace Corporation no sul da Califórnia nos Estados Unidos que desenhava naves espaciais para

3 *Télégraphe-chappe.com. Le télégraphe Chappe et la naissance des télécommunications.* Disponível em: < <http://www.telegraphe-chappe.com/chappe/portail.html>>. Acesso em: 16 set. 2017.

o Departamento de Defesa e para NASA. No início da década de 70, tempos de crise do petróleo, Nilles lança a ideia de inverter a clássica relação entre o local de trabalho e o trabalhador, trazendo o trabalho até o trabalhador. Surge, então, o termo *telecommuting* (“telecomutação”), que posteriormente passou a se chamar *telework*, a partir do livro *The Telecommunications – Transportation Tradeoff: Options for Tomorrow*, decorrente dos resultados obtidos com a experiência realizada por Jack Nilles. (BRAMANTE, 2012, p. 392)

Segundo Manuel Pino Estrada (2014, p. 25), com os meios de comunicação existentes, há a possibilidade de o empregado laborar em seu próprio domicílio ou até mesmo no carro, trem, entre outros, não precisando mais trabalhar na sede principal da empresa, fazendo com que as atividades econômicas cada vez mais se distanciem do modelo de concentração de trabalhadores no mesmo lugar.

Nesse cenário, feita a devida contextualização histórica acerca do desenvolvimento tecnológico e do surgimento do teletrabalho, passa-se ao estudo do conceito desse instituto e de suas características.

2.1 Conceito e Modalidades

Primeiramente, infere-se que o teletrabalho é uma atividade proporcionada pela tecnologia e que somente ocorre em virtude desta. A doutrina não é unânime no que tange a sua conceituação. Várias definições acerca de teletrabalho são encontradas, pois trata-se de um instituto que, em face dos contínuos avanços tecnológicos, está em permanente evolução, não havendo, assim, um consenso para uma definição universal.

No mesmo sentido, Estrada (2002) afirma haver muitas definições referentes ao teletrabalho e aponta três elementos que, segundo ele, estão sempre presentes e são interdependentes uns dos outros:

- 1) A localização ou espaço físico localizado fora da empresa onde se realize a atividade profissional; 2) a utilização das novas tecnologias informáticas e da comunicação; 3) a mudança na organização e realização do trabalho.

Outrossim, conforme Daniela Remião (2012, p. 325), para que haja teletrabalho, é imperativo que sejam utilizados meios informáticos e

de telecomunicação, capazes de permitir que o trabalhador se mantenha em contato com a empresa, como também que torne possível o exercício do poder de direção do empresário, porque é a utilização das tecnologias informáticas que permite a descentralização da atividade laboral e a diversificação do lugar de trabalho.

Já em relação à etimologia do teletrabalho pelo mundo, Alice Monteiro de Barros (2016, p. 213) assim disserta em seu livro, *in verbis*:

De origem etimológica grega, *tele* significa a distância. O teletrabalho é modalidade especial de trabalho a distância; nos EUA utiliza-se o termo *networking, telecommuting, remote working*; nos países de língua portuguesa emprega-se o termo teletrabalho; nos países de idioma francês, *telétravail*; nos países de idioma espanhol *teletrabajo* e nos de idioma italiano *telelavoro*.

342 Segundo o conceito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), corroborando com as características mencionadas, teletrabalho é “(...) a forma de trabalho efetuada em lugar distante do escritório central e/ou do centro de produção, que permita a separação física e que implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação”.

Agora, de forma bastante ampla e atual, Manuel Estrada (COLNAGO; CHAVES JUNIOR; ESTRADA, 2017, p. 11) elucida com excelência o conceito de teletrabalho, sendo aquele realizado com ou sem subordinação por meio do uso de antigas e novas formas de telecomunicação em virtude de uma relação de trabalho, permitindo a sua execução a distância, prescindindo da presença física do trabalhador em lugar específico de trabalho, ou seja, podendo ser executada também tanto na internet bidirecional (*e-mail/blogs*), tridimensional (avatars), como na internet superficial, profunda ou escura segundo a sua realidade.

Sem prejuízo do que será tratado nos capítulos seguintes e superadas as especulações doutrinárias a respeito do conceito de teletrabalho, a Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), surge conceituando e disciplinando esse fenômeno nos arts. 75-B e seguintes. Segundo estes, considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e comunicação e com a necessidade

de prescrição expressa no contrato individual de trabalho.⁴

O teletrabalho é, portanto, a possibilidade de se trabalhar a distância, por meio do uso de equipamentos tecnológicos e de comunicação. Não é necessariamente um trabalho a domicílio e oferece vantagens e desvantagens como qualquer outro, mas que desconhece fronteiras geográficas ou de idiomas e com a tendência mundial de só vir a crescer.

Aponta-se que o teletrabalho e o trabalho a domicílio apresentam as mesmas características de serem formas de trabalho realizadas a distância e com o objetivo de entrega de resultados. Entretanto, tais institutos não podem ser confundidos, tal como ocorre em uma pequena parcela da doutrina.

Disserta Alice Monteiro de Barros (2016, p.214) que o teletrabalho distingue-se do trabalho a domicílio tradicional não só por implicar, em geral, a realização de tarefas mais complexas do que as manuais, mas também porque abrange setores diversos como por exemplo: o tratamento, transmissão e acumulação de informação; atividade de investigação; secretariado, consultoria, assistência técnica e gestão de recursos, além da utilização de novas tecnologias, como informática e telecomunicações, estas afetas ao setor terciário.

343

Adentrando nas vantagens e desvantagens, Denise Fincato (2006, p. 45-62) escreve que, apesar de existir alguma margem de variação destas na doutrina, há a certeza de três figuras atingidas, quais sejam: o teletrabalhador, a empresa e a sociedade.

Em relação ao teletrabalhador, dentre as vantagens que são apontadas em seu favor, a principal consiste na flexibilidade de horário capaz

4 Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho. Art. 75-C.

A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado. [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 25 set. 2017.

de facilitar-lhe a conciliação das atividades profissionais com os encargos familiares. Em consequência, o teletrabalho poderá ser um meio propício à melhora da qualidade de vida do trabalhador, dispondo este de mais tempo livre devido à redução no tempo e gastos com deslocamentos. Ainda, outra vantagem consiste na possibilidade de o teletrabalho se estender a um contingente humano que enfrenta dificuldade de obter emprego formal, atuando como um meio capaz de contribuir para diminuir a desigualdade de oportunidades.

Já quanto às desvantagens para o trabalhador, tem-se a desorientação inicial devido à quebra de paradigma, à dificuldade de atenção na residência, ao aumento das despesas com energia, etc. Cita-se, também, como desvantagem a eliminação da carreira e, conseqüentemente, de qualquer promoção, menores níveis de proteção social, de tutela sindical e administrativa, além de conflitos familiares na hipótese de o trabalhador não conseguir separar o tempo livre do tempo de trabalho.

344

Pela análise da figura da empresa/empregador, a utilização do teletrabalho apresenta várias vantagens, entre as quais está a redução do espaço imobiliário, com diminuição dos custos inerentes à aquisição de locais, aluguéis, manutenção e transporte, resultando em uma melhor atenção aos clientes mediante a conexão informática e telemática. Paralelamente a essas vantagens, o teletrabalho gera à empresa a necessidade de investimentos expressivos com equipamentos que se tornam com frequência obsoletos, além da presença física de equipe de manutenção. A esses fatos acresce, ainda, a dificuldade de direção e controle dos trabalhadores, dependendo da forma do teletrabalho.

Quanto à sociedade e ao governo, elenca-se que o teletrabalho pode auxiliar na questão de geração de empregos, diminuição nos congestionamentos nas grandes cidades, redução da poluição ambiental, pode gerar uma maior quantidade de empregos nas zonas rurais, redução com os gastos de combustível e uma melhor organização do território com o desenvolvimento dos subúrbios e das regiões rurais. Já dentre as desvantagens, cita-se a necessidade de mudança na legislação, principalmente trabalhista e a obsolescência das grandes instalações nos centros das grandes cidades.

Jack N. Nilles (1997, p. 30) elenca, de um modo geral, uma série

de benefícios de um programa de teletrabalho bem-sucedido, entre os quais se destacam: aumento significativo de produtividade; diminuição de custos das áreas; motivação dos funcionários; meio ambiente mais limpo e redução do consumo de energia e menos dependência de combustíveis fósseis.

Já no tocante às modalidades, destaca-se que há divergência na doutrina a respeito do tema, porém são dois os critérios adotados para a classificação do teletrabalho: o local de onde se presta o serviço e o grau de conexão. No que diz respeito ao local em que a prestação de serviços ocorre, pode ser divisada a seguinte classificação: telecentros, *telecottages*, teletrabalho nômade e, por último, em domicílio (FINCATO, 2017, p. 376).

Telecentros são lugares de trabalho que podem pertencer a uma ou mais empresas, com instalações adequadas para essa forma de trabalho e podem ser divididos em Centro Satélite e Centro Local de Telesserviço. Os telecentros, quanto à localização, situam-se entre o domicílio dos empregados e a sede principal da empresa de maneira geograficamente estratégica.

Já o teletrabalho em *telecottages* é aquele realizado em zonas rurais ou regiões de menor nível de escolaridade e preparo para o trabalho que misturam iniciativa privada e pública com o objetivo de melhorar a qualidade de vida do trabalhador. Tem como característica atrair mão de obra qualificada dos grandes centros urbanos às zonas rurais e, via de regra, são utilizadas instalações públicas ou comunitárias, como salões de Igrejas, escolas ou até mesmo edificações em fazendas, observando sempre que todos devem estar devidamente adequados e informatizados. Refere-se que, em países como Inglaterra, Irlanda, Suécia (norte), Noruega, Finlândia, Dinamarca, França e Alemanha, essa modalidade vem sendo experimentada com grande sucesso.

Com relação ao teletrabalho nômade, também denominado móvel ou itinerante, destaca-se o fato de o teletrabalhador possuir mobilidade permanente, graças à utilização de equipamentos eletrônicos portáteis, como é o caso dos *tablets*, *notebooks*, *smartphones*, que permitem o labor até mesmo em deslocamento, como, por exemplo, em ônibus, táxis, trens etc. Essa modalidade é caracterizada pela ausência de determinação quanto ao local de onde o teletrabalhador estará prestando serviços, e pode-se afirmar

que esta é a máxima expressão do teletrabalho, já que o sujeito possui a faculdade de laborar em diversos locais.

Por fim, existe o teletrabalho em domicílio onde, como o nome sugere, o trabalhador realiza suas atividades em seu próprio domicílio ou em ambiente familiar, com o auxílio de mecanismos telemáticos. Nessa modalidade, o teletrabalhador instala, em um local específico de sua residência, com estrutura própria ou cedida pela empresa, uma pequena estação de trabalho com acesso aos meios de comunicação necessários para a realização das suas funções, tais como: telefone, fax, computador, internet, etc. Trata-se da maneira mais comum de teletrabalhar, podendo o empregado estar em sua casa durante todo o período (regime puro) ou fracioná-lo (regime híbrido).

Depreende-se que não se pode falar em local único de trabalho, mas em pontos de trabalho disseminados entre si e variáveis. Ainda, é possível uma combinação das várias modalidades quanto ao lugar de trabalho que podem ser submetidas a uma certa rotação (BRAMANTE, 2012, p. 396).

346

Aponta-se, mormente, que qualquer um dos regimes adotados alterará a estrutura física da empresa que o adotou, já que, ao invés de inúmeros gabinetes e postos de trabalho individuais, espaços de uso rotativo, democráticos, impessoais e funcionais passarão a compor o arranjo do ambiente de trabalho.

Relativamente ao tipo de conexão existente com o lugar de execução da prestação com a sede principal da empresa, tem-se o teletrabalho *on line*, *one way line* e *off line*.

O teletrabalho *on line*, conectado ou bidirecional, ocorre quando a comunicação e a informação afluem nas duas direções, e de modo constante. Neste, o computador está inserido em uma rede de comunicação eletrônica com a empresa e possibilita o envio do trabalho, o recebimento do resultado, o controle das tarefas desempenhadas, inclusive, em tempo real. Observa-se, aqui, que a conexão é facilitada por salas de conversação (*chats*) e sistemas como o Facebook, sem contar as *webcams*, que permitem teleconferências com imagens em tempo real, via internet.

Por essa forma de teletrabalho é possível, com a criação de uma

intranet (exclusiva da empresa) e o fornecimento de senhas de uso pessoal e intransferível, auferir se o teletrabalhador presta trabalho em determinado período da jornada, o que e como o faz. Nessa modalidade é possível a visualização de uma forma de trabalho subordinado a distância, muito fiel à caracterização clássica da relação de emprego.

Acerca da modalidade *on way line* ou, unidirecional, sabe-se que ocorre em trabalhos com computador em conexão simples, em sentido único, com os serviços informáticos da empresa, sem margem de controle direto e contínuo sobre a atividade laboral. Cita-se, a título exemplificativo, a utilização de *paggers*, com o qual não há interatividade simultânea.

Por fim, há o teletrabalho *off line*, caracterizado pela inexistência de conexão informática constante com a matriz da empresa. Nesse caso, a comunicação é feita pelas vias normais e clássicas, como correio ou até mesmo pessoalmente, e não existe a possibilidade de estabelecimento e controle da jornada diária de trabalho. Segundo Denise Fincato (2006, p.51), essa é a modalidade que mais se assemelha ao trabalho em domicílio. Salienta-se que há doutrinadores que não consideram esse trabalho *off-line* como variedade de teletrabalho pelo fato de não existir conexão informática com a empresa.

Passa-se à análise da regulamentação do teletrabalho pela redação do parágrafo único do art. 6º da CLT, introduzido pela Lei nº 12.551/2011, que, dentro da evolução histórica do instituto no Brasil, é considerado um marco, pois a partir dele o teletrabalho passou a ter espaço na legislação trabalhista brasileira, ainda que com lacunas.

2.2 Regulamentação do Teletrabalho pela redação do art. 6º da CLT (Lei nº 12.551/2011)

A Consolidação das Leis Trabalhistas, concebida na década de 1940, naturalmente não possuía regra específica sobre as novas formas de prestação laborativa, vinculadas aos inovadores meios tecnológicos. Apenas se reportava ao tradicional trabalho no domicílio, no antigo texto de seu art. 6º: “Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador e o executado no domicílio do empregado, desde que esteja caracterizada a relação de emprego”, reportando-se também às situações

laborativas externas ao ambiente físico empresarial (art. 62, I⁵, CLT). (DELGADO, 2017, p. 1.024).

Como é percebido, as definições supracitadas apresentam a descrição do empregado em domicílio, porém, conforme os estudos a respeito dos conceitos e classificações, esta acepção não abrange totalmente o teletrabalho.

Aduz-se que a Lei nº 12.551 tem origem no Projeto de Lei nº 3.129/04, da Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Eduardo Valverde, tendo tramitado no Senado Federal como Projeto de Lei da Câmara nº 102/07. Trata-se, portanto, de Projeto de Lei oriundo da Câmara dos Deputados que tramitava já há sete anos junto ao Congresso Nacional até a sanção pela Presidente da República, em 15 de dezembro de 2011. (MARQUES; SILVA; MOREIRA, 2012, p. 113-114).

348

Nota-se que tal proposição buscava ampliar o alcance do art. 6º da CLT aos trabalhadores a distância e equiparar os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão aos meios pessoais e diretos; configurando aqueles, também, forma de subordinação.

Com o advento da Lei nº 12.551, de 16 de dezembro de 2011, o art. 6º ganhou uma forma mais “moderna”, como a que segue:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (BRASIL, 1943).

Pode-se afirmar que as alterações trazidas pela referida Lei revelam apenas o início de uma regulamentação para o instituto do teletrabalho,

5 Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; [...] (BRASIL. Decreto-lei nº 5.451, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 27 set. 2017)

haja vista a necessidade de regulamentar a atividade como um todo. O parágrafo único do art. 6º da CLT concedeu uma segurança jurídica no que diz respeito à caracterização do vínculo de emprego do teletrabalhador, deixando à luz do entendimento dos magistrados questões como controle de jornada, privacidade e responsabilidade sobre equipamentos de trabalho, etc. Posto isso, a Lei equiparou, mas não se preocupou em legislar questões como saúde e segurança, deixando brecha para uma posterior regulamentação específica da modalidade.

Cumpra observar que, mesmo antes do início da Lei nº 12.551/11, com fundamento no princípio da primazia da realidade e na antiga redação do art. 6º da CLT, a jurisprudência já vinha reconhecendo a possibilidade de caracterização do vínculo empregatício mesmo no trabalho a distância, consoante ilustra o seguinte precedente:

RELAÇÃO DE EMPREGO. A prestação de serviços na residência do empregado não constitui empecilho ao reconhecimento da relação de emprego, quando presentes os pressupostos exigidos pelo artigo 3º da CLT, visto que a hipótese apenas evidencia trabalho em domicílio. Aliás, considerando que a empresa forneceu equipamentos para o desenvolvimento da atividade, como linha telefônica, computador, impressora e móveis, considero caracterizada hipótese de teletrabalho, visto que o ajuste envolvia execução de atividade especializada com o auxílio da informática e da telecomunicação.⁶

349

Informa-se que, para muitos doutrinadores, o teletrabalho apresenta certas características que provocam a “rarefação” da subordinação jurídica, como a distância do local de trabalho, a utilização de instrumentos de trabalho especiais, etc. Porém, segundo Estrada, a ideia de uma suposta subordinação mitigada é ultrapassada, pois já existem inúmeras formas de controle e supervisão da jornada, como programas de computador que fiscalizam o trabalhador a distância, inclusive mais eficientes do que em comparação com a fiscalização física. (COLNAGO; CHAVES JUNIOR; ESTRADA, 2017, p. 17).

Dada divergência existente em parte da doutrina, passa-se a uma

6 Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). **Recurso Ordinário nº** 00977-2009-129-03-00-7. 7ª Turma. Rel. Convocado Jessé Cláudio Franco de Alencar. Porto Alegre, DEJT 26.11.2009. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=606>>. Acesso em: 30 set. 2017.

análise jurisprudencial a respeito, especificamente, da caracterização da subordinação entre o credor do trabalho e o teletrabalhador:

Quanto à subordinação no teletrabalho, asseverou o Ministro Maurício Godinho Delgado no Acórdão TST-AIRR-62141-19.2003.5.10.0011, que o teletrabalho e o trabalho em domicílio (*home office*) tornaram-se frequentes nas últimas décadas em face da invenção, aperfeiçoamento e generalização de novos meios comunicacionais, ao lado do advento de novas fórmulas organizacionais e gerenciais de empresas e instituições. De fato, esse tipo de trabalho não elimina, necessariamente, a presença de subordinação, conforme ementa que segue, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. *HOME OFFICE*: ENQUADRAMENTO E EFEITOS JURÍDICOS. OUTROS TEMAS: SUBSTITUIÇÃO. ACÚMULO DE FUNÇÕES. HORAS EXTRAS. ADICIONAL NOTURNO. HORAS DE SOBREVISO. FÉRIAS INTERROMPIDAS. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. O teletrabalho e o trabalho em domicílio (*home office*) tornaram-se freqüentes nas últimas décadas em face da invenção, aperfeiçoamento e generalização de novos meios comunicacionais, ao lado do advento de novas fórmulas organizacionais e gerenciais de empresas e instituições. Isso não elimina, porém, necessariamente, a presença de subordinação na correspondente relação socioeconômica e jurídica entre o trabalhador e seu tomador de serviços, desde que ultrapassado o conceito tradicional desse elemento integrante da relação empregatícia em favor de sua dimensão objetiva ou, até mesmo, em favor do conceito de subordinação estrutural. **Dentro deste novo, moderno e atualizado enfoque da subordinação, os trabalhadores em domicílio, mesmo enquadrando-se no parâmetro do home office, podem, sim, ser tidos como subordinados e, desse modo, efetivos empregados (...).** Agravo de instrumento desprovido. (grifo nosso).⁷

O Ministro (DELGADO, 2017, p. 1.024) ainda, ao tratar da redação dada ao art. 6º da CLT, menciona que o novo preceito incorporou,

7 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 62141-19.2003.5.10.0011**. 6ª Turma. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado. Brasília, 07 abr. 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2062141-19.2003.5.10.0011&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAA25IAAB&dataPublicacao=16/04/2010&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 25 out. 2017.

implicitamente, os conceitos de subordinação objetiva e de subordinação estrutural, equiparando-os, para os fins de reconhecimento da relação de emprego, à subordinação tradicional (clássica), que se realiza por meios pessoais e direitos de comando, controle e supervisão. Nas palavras do autor, “a equiparação se dá em face das dimensões objetiva e também estrutural que caracterizam a subordinação, já que a dimensão tradicional usualmente não comparece nessas relações de trabalho a distância”.

A referida tese da subordinação estrutural, ou integrativa, no Brasil, foi encampada justamente por Maurício Godinho Delgado, em obra na qual propõe a extensão dos direitos fundamentais a relações de trabalho não empregatícias. Pelo estudo, a subordinação estrutural supera o conceito clássico de subordinação jurídica, pois esta se resume à sujeição do trabalhador às ordens do tomador, enquanto aquela, estrutural, considerando-se presente quando o trabalhador se integra à dinâmica organizativa e operacional do tomador de serviços, incorporando e se submetendo a sua cultura corporativa dominante.

Informa-se que a necessidade de adoção de novos modelos para disciplinar as transformações operadas nas modalidades de trabalho fez surgir, na Itália, a figura do trabalhador parassubordinado pela Lei nº 533, de 11 de agosto de 1973. A intenção do legislador foi a de assegurar ao trabalhador autônomo um instrumento jurídico célere para a resolução dos conflitos contratuais que o envolvem em razão do exercício de uma colaboração pessoal continuada e coordenada (JARDIM, 2004, p. 65).

Conforme Marco de Bellis e Mario Giudici, o conceito de parassubordinação não se confunde com o trabalho subordinado nem com o trabalho autônomo, tampouco constitui um terceiro gênero.

Dando prosseguimento ao estudo, a discussão tomou uma nova proporção com a Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que regulamentou o instituto do teletrabalho de forma mais taxativa sob a principal justificativa de impossibilidade de sua fiscalização e de não submissão do teletrabalhador ao controle de jornada.

3 A REGULAMENTAÇÃO DO TELETRABALHO NA LEI Nº 13.467/2017

Sabe-se que a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, alterou profundamente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e, dentre as alterações, destaca-se a nova disciplina do teletrabalho, por meio da criação do Capítulo II-A, com o acréscimo de artigos, quais sejam, 75-A, 75-B, 75-C, 75-D e 75-E⁸. Embora tenha havido nítida inspiração no Código do Trabalho Português, o que será abordado com mais destaque no próximo capítulo, o legislador preferiu negligenciar algumas proteções previstas em terras lusitanas.

Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima apontam que a verdadeira mudança almejada pela Lei da Reforma é ideológica, sob dois aspectos, que são: encurtar o manto protetor

8 Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.⁹

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado: § 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no *caput* deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. (BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 31 out. de 2017).

do Estado sobre o trabalhador e dar leveza às relações de trabalho, com as facilidades de negociação direta entre patrões e empregados.

Sob a principal justificativa de modernização das leis trabalhistas brasileiras que datam da década de 40, tratando-as como uma legislação ultrapassada e enrijecida que dificulta a geração de empregos, é que a Reforma foi proposta.

Porém, não há falar em legislação obsoleta. Segundo estudo feito pelo juiz do trabalho e professor de Direito da Universidade de São Paulo (USP) Jorge Luiz Souto Maior, dos 921 artigos que constavam da CLT original de 1943, somente 625 diziam respeito aos direitos trabalhistas propriamente ditos. Os demais regulavam o processo do trabalho. Desses 625, apenas 255 não foram alterados ou revogados total ou parcialmente por leis posteriores. No mesmo sentido, o advogado Fabiano Zavanella aponta que ocorreram mais de 500 alterações em 70 anos, desde pequenos ajustes de redações até mudanças estruturais nas leis trabalhistas (LOPES, 2017).

Cumprе advertir que a lei não vale pelo seu texto, mas pelo seu contexto. O texto não tem sentido fora do contexto. Uma vez vigente, a lei ingressa no sistema jurídico e com ele tem que sistematizar, tem que ser interpretada sistemicamente, como um todo harmônico. Cada norma dialoga com a Constituição, os tratados, as convenções internacionais, as outras normas que compõem o conjunto e, sobretudo, os grandes princípios informadores dos direitos fundamentais e os princípios específicos. É de acrescentar que os Princípios de Direito do Trabalho estão cada vez mais vivos e deverão funcionar como amortecedores dos grandes impactos negativos que essa lei provoca no operariado (LIMA, 2017, p. 10).

Nessa esteira, dada a insegurança causada pela entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, em meados de novembro do corrente ano, a ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho) promoveu a II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho ocorrida em Brasília nos dias 9 e 10 de outubro. Após intensa discussão com mais de 600 debatedores, incluindo ministros do STF e TST, advogados, procuradores e auditores-fiscais do trabalho, foram elaborados 125 enunciados que servem de parâmetro hermenêutico para interpretação

da nova legislação.⁹

Dentre os enunciados aprovados, destacam-se alguns, quanto ao teletrabalho, que terão suas matérias analisadas nos tópicos seguintes, a saber, enunciados 1, 2 e 3 da Comissão 6 (teletrabalho, custeio de equipamentos; teletrabalho: horas extras; teletrabalho: responsabilidade civil do empregador por dano, respectivamente) e enunciado 1 da Comissão 3 (prevalência do negociado sobre o legislado).

3.1 Duração e controle da jornada de trabalho

O regime de teletrabalho, regulamentado nos arts. 62, III e 75-A a 75-E, da CLT, reconhece que a jornada de trabalho deve ter condições especiais de averiguação e tratamento.

Surgiu, dessa forma, mais uma hipótese de exceção ao trabalho controlado e fiscalizado, com a não observância da limitação de jornada de trabalho, posto que foi incluído o teletrabalho no art. 62 da CLT, com o acréscimo do inciso III. Assim, os empregados em regime de teletrabalho não estão sujeitos às normas previstas no Capítulo II da CLT, que trata da duração do trabalho, a exemplo dos empregados que exercem jornada de trabalho externa e não submissa a controle de jornada e aos gerentes com poder de gestão.¹⁰

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:
I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;
II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial;

9 2ª Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho. **Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17)**. 09 e 10 de outubro de 2017. Brasília/DF. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/verpagina.asp?secao=1&titulopagina=A%20Jornada>>. Acesso em: 25 de out. 2017.

10 BRASIL – ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. Reforma trabalhista: associações divulgam nota técnica sobre o PLC 38/17. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/25376-reforma-trabalhista-assocacoes-divulgam-nota-tecnica-sobre-o-plc-38-17>>. Acesso em: 28 out. 2017.

III - os empregados em regime de teletrabalho. [...] (grifo nosso).¹¹

Segundo Patrícia Sanfelici e Rogério Fleishmann, em resumo, criou-se a figura do empregado sem limite de horário controlado a distância. (SANFELICI; FLEISCHMANN; UZUN, 2018, p. 102).

Já conforme ensina Homero, “O enquadramento do contrato de trabalho no espectro do art. 62 da CLT assume numerosas consequências: retira do trabalhador o direito a horas extras, adicional noturno, hora noturna, intervalo intrajornada [...]” (SILVA, 2017, p. 53) entre outras.

Além disso, a inclusão do novo inciso III ao supracitado artigo gera, também, incoerência pelo fato de que, em relação à atividade externa, deva prevalecer a excepcionalidade de incompatibilidade com o controle de jornada, enquanto que no teletrabalho tal incompatibilidade seja considerada de forma ampla e irrestrita, apenas em razão de nomenclatura.

Conforme prevê o novo art. 75-B, que conceitua o instituto do teletrabalho, este não pode ser considerado como “trabalho externo”, como a seguir exposto:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, **não se constituam como trabalho externo.**

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.¹² (grifo nosso).

Na visão de Vólia Bomfim Cassar, há dois equívocos na redação desses dois artigos, quais sejam: o teletrabalho é espécie de trabalho a distância, executado fora do estabelecimento do patrão, logo, é trabalho

11 BRASIL. Decreto-lei nº 5.451, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 31 out. 2017. & BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 31 out. de 2017.

12 BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 31 out. de 2017.

externo e, ainda, com as novas tecnologias é perfeitamente possível o controle, a fiscalização e a mensuração do trabalho executado.¹³

Percebe-se que o legislador, ao considerar que o teletrabalho não se enquadra na espécie de trabalho externo, quis fugir da limitação contida no inciso I do art. 62 da CLT, que não exclui todos os empregados que exercem atividade externa do Capítulo “Da Duração do Trabalho”, mas apenas aqueles cuja fixação de horário é incompatível com o serviço executado, isto é, quando não for possível controlar o serviço. Desta forma, mesmo que controlado o teletrabalhador, não terá direito a hora extra, noturna, adicional noturno, intervalo intrajornada e interjornada.

Entretanto, é sabido que, atualmente, pelos meios telemáticos disponíveis, é plenamente possível ao empregador controlar a jornada e a produtividade de um trabalhador que labore em sua casa ou fora do ambiente da empresa.

³⁵⁶ A respeito do assunto, foi decidido pela 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região no julgamento do RO-0010132-05.2016.5.03.0178, em confirmação da sentença de 1º grau, pela possibilidade de controle de jornada de empregado em regime de teletrabalho, com o consequente recebimento das horas extras devidas pela sobrejornada. Na ocasião, restaram comprovadas as horas extras pela análise dos relatórios que demonstravam os dias e horários de acesso ao sistema ambiente virtual de trabalho:

HORAS EXTRAS. TELETRABALHO. Como corolário do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, constata-se a evolução nos modos de prestação do trabalho e, num misto de vantagens e desvantagens sob a ótica jus trabalhista, surgiu o teletrabalho. Assim, havendo a menor possibilidade de aferição da jornada trabalhada por esse empregado, ainda que de forma mista (em ambiente institucional e home office), as horas prestadas em sobrejornada devem ser devidamente remuneradas, na forma do art. 7º, XVI, da Constituição da República.¹⁴

13 CASSAR, Vólia Bomfim. **Reforma Trabalhista – Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16.** Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/wp-content/uploads/2017/04/Artigo-sobre-a-Reforma-Trabalhista.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

14 Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). **Recurso Ordinário nº 0010132-05.2016.5.03.0178.** Segunda Turma. Relator Rodrigo Ribeiro Bueno. Belo Horizonte, 07 mar.

Além disso, o já estudado art. 6º da CLT, aplicando o princípio da primazia da realidade, não distingue o trabalho realizado nas dependências do empregador daquele realizado a distância, bastando apenas que estejam caracterizados os requisitos da relação de emprego para que seja aplicado o disposto na Consolidação das Leis do Trabalho, reiterando em seu parágrafo único que os meios telemáticos e informatizados de comando se equiparam, para os fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Assim, a interpretação que garante a consonância entre o disposto nos arts. 6º e 62, III, CLT e que respeita o art. 7º, XIII, CF é aquela que entende que o teletrabalho somente retira direitos relativos ao limite de jornada (incluindo horas extras, adicional noturno, hora noturna, intervalo intrajornada, intervalo interjornada) nas situações em que não seja possível o controle da jornada exercida pelo empregado, sob pena de tratamento desigual entre os teletrabalhadores e os trabalhadores exercentes de atividade externa que têm possibilidade de controle de jornada e, portanto, aos direitos que dele derivam.¹⁵

3.2 Transferência dos custos e riscos da atividade econômica para o empregado

O trabalho à distância, normalmente realizado no ambiente doméstico do próprio empregado, vem se fortalecendo no mercado como suposta forma de imprimir maior competitividade ao negócio, com redução de custos com instalações prediais, insumos e deslocamento de empregados.

Posto isso, a chamada reforma trabalhista, promovida pela Lei no 13.467/2017, introduziu mecanismos de defesa do caixa empresarial, elegendo o bolso do empregado como alvo de redução de custos empresariais. Norma nesse sentido foi inserida de forma sutil no seguinte dispositivo da

2017. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=5285>>. Acesso em: 28 out. 2017.

15 2ª Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho. **Enunciados Aprovados na 2ª Jornada**. Arquivo nº 892892017182250.docx. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-is2.asp?ComissaoSel=6>>. Acesso em: 31 out. 2017.

CLT:¹⁶

“Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no *caput* deste artigo não integram a remuneração do empregado.” (grifo original)¹⁷

Na visão de Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 55), o art. 75-D da CLT toca num ponto bastante sensível do teletrabalho ao questionar de quem são os custos dos equipamentos e, sobretudo, da manutenção dos insumos, como a conta de energia elétrica e da rede de dados, mas ficou longe de apresentar uma solução: apenas prevê a necessidade de ajuste escrito a respeito, e, caso o empregador concorra com as despesas, os bens corpóreos e incorpóreos não assumem natureza salarial. Cumpre salientar que tal previsão já constava do art. 458, §2º, I, da CLT, desde 2001.

358

Uma das conclusões a que chegaram os participantes da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho é a de que esse novo artigo visa possibilitar que a própria responsabilidade pelas despesas de instalação e manutenção da estação de trabalho remota seja flexibilizada, entenda-se, transferida para o empregado, inclusive como provável requisito para sua contratação.

No mesmo sentido, destaca Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 661) que, de acordo com o estabelecido no indigitado art. 75-D da CLT, os riscos com a saúde e com o material de trabalho poderão ser repassados ao próprio empregado.

Todavia, no dizer da autora, de acordo com os arts. 2º e 3º da CLT é o empregador quem corre os riscos da atividade econômica, logo é injusta

16 2ª Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho. **Enunciados Aprovados na 2º Jornada**. Arquivo nº 7783092017170031.docx. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-is2.asp?ComissaoSel=6>>. Acesso em: 31 out. 2017.

17 BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Artigo 75-D. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 31 out. de 2017.

a medida que transfere para o empregado os gastos com os equipamentos de trabalho.

Cabe trazer a lição da doutrina de Maurício Godinho Delgado (2011, p.393), no que toca à alteridade inerente à condição de empregador:

A característica da assunção dos riscos do empreendimento ou do trabalho consiste na circunstância de impor a ordem justralhista à exclusiva responsabilidade do empregador, em contraponto aos interesses obreiros oriundos do contrato pactuado, os ônus decorrentes de sua atividade empresarial ou até mesmo do contrato empregatício celebrado. Por tal característica, em suma, o empregador assume os riscos da empresa, do estabelecimento e do próprio contrato de trabalho e sua execução.

Ressalta-se que o dispositivo legal ora em análise, ainda que lido à luz dos arts. 1º, IV; 5º, XIII, e 170, *caput* e parágrafo único (princípios da livre iniciativa e da autonomia privada) da Constituição Federal, não admite interpretação a viabilizar a transferência, para o empregado, do ônus financeiro e operacional pela aquisição dos insumos diretamente relacionados à prestação do trabalho e tampouco por sua manutenção, bem como pelos custos diretamente relacionados à sua operação quando os serviços forem utilizados preponderantemente na realização do teletrabalho.¹⁸

359

Pontua-se, ainda, a relevância do art. 21 da Convenção nº 155¹⁹ da OIT, que veda expressamente a transferência de ônus para os trabalhadores em matéria de saúde, segurança e higiene do trabalho e que possui aplicação imediata no que tange aos riscos e custos da atividade.

Partindo para análise jurisprudencial no que tange à responsabilidade pelas despesas do teletrabalho, em escassa jurisprudência, foi decidido pela 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região no julgamento do

18 FERNANDES, Cíntia Roberta da Cunha. 2ª Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho. **Enunciados Aprovados na 2ª Jornada**. Arquivo nº 2091102017194014.docx. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-is2.asp?ComissaoSel=6>>. Acesso em: 31 out. 2017.

19 Art. 21 – As medidas de segurança e higiene do trabalho não deverão implicar nenhum ônus financeiro para os trabalhadores. CONVENÇÃO 155. In: **Caderno de Direitos Humanos**. Brasília: ANAMATRA, 2016. p. 63-64. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/attachments/article/24314/caderno-completo-com-links-site.pdf>> & <<http://www.oitbrasil.org.br/node/504>>. Acesso em: 31 out. 2017.

RO-0021772-95.2015.5.04.0021, em confirmação da sentença de 1º grau, que cabe pagamento de indenização pelas despesas decorrentes do trabalho na residência do reclamante, como energia elétrica e impressora, na forma de teletrabalho.

Na fundamentação do mencionado aresto, ficou definido que a necessidade de utilização de recursos materiais pelo empregado, para o trabalho e por determinação do empregador, acarreta o dever da empresa de fornecê-los sem qualquer custo ou de ressarcir as despesas advindas da sua aquisição. A ausência de reembolso de tais custos, de acordo com a Relatora, atribuiria ao trabalhador parte dos ônus decorrentes dos riscos da atividade empresarial, que, por certo, devem ser suportados pelo empregador, por força do disposto no art. 2º da CLT.²⁰

Inferese que não cabe ao contrato previsto pelo art. 75-D dispor que o empregado custeie, parcial ou totalmente, o trabalho remoto, seja no ato de sua admissão ou no desenrolar contratual, sob pena de nulidade dessa pactuação por expressa determinação dos arts. 9º²¹ e 444²² da CLT. Portanto, a previsão em contrato escrito estipulada pelo referido artigo deve-se ligar a questões afetas ao exclusivo reembolso de despesas do trabalhador, uma vez que as obrigações do empregador são àquele intransferíveis.

360

20 Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). **Recurso Ordinário nº 0021772-95.2015.5.04.0021**. 2ª Turma. Relatora Tania Rosa Maciel de Oliveira. Porto Alegre, 06 set. 2017. Disponível em: <http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:G2K_E4tlwe8J:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D14205096%26v%3D28410192++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2016-10-28.2017-10-28++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 28 out. 2017.

21 Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. (BRASIL. Decreto-lei nº 5.451, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 31 out. 2017).

22 Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. (BRASIL. Decreto-lei nº 5.451, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 31 out. 2017).

3.3 A responsabilização pela ocorrência de doenças e acidentes do trabalho

De acordo com a redação do art. 75-E da CLT, introduzido pela Reforma Trabalhista, assim tratou o legislador a respeito da responsabilização pela ocorrência de doenças e acidentes do trabalho, como segue:

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.²³

O artigo dispõe, em suma, que o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes do trabalho, devendo o trabalhador assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Afirma Homero Batista Mateus da Silva (2017, p.56), em contraposição ao estabelecido no aludido artigo, quanto à possível transferência de responsabilidade ao empregado pelo infortúnio em adquirir uma doença ou sofrer um acidente do trabalho, o que a seguir se transcreve:

O art. 75-E, utilizando linguagem patriarcal, **já superada no âmbito da saúde e segurança do trabalho**, determina que o empregado [sic] instrua os empregados “de maneira expressa e ostensiva”, quanto às precauções para evitar doenças e acidentes, ao passo que o empregado deve se comprometer a seguir todas as instruções; a tese de que todos os acidentes tivessem como causa, “ato inseguro” do empregado **está superada faz muitos anos, impondo-se análise multifatorial para compreensão dos acidentes e doenças a ela equiparadas**; por exemplo, em caso de sobrecarga muscular pelo trabalho de digitação em domicílio – antigamente denominada tendinite – não é crível que se pense apenas em analisar o descuido do empregado quanto à postura; elementos relevantes como prazos para entrega dos trabalhos, nível de complexidade, ritmo exigido, número de toques necessários para dar cobro à demanda, forma de remuneração, metas impostas e vários outros assuntos correlatos deverão ser levados em consideração. (grifo nosso).

23 BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Artigo 75-E. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 31 out. de 2017.

Ney Maranhão posiciona-se no mesmo sentido de que não cabe a interpretação na qual o empregado, assinando compromisso de seguir as instruções patronais sobre riscos à sua saúde, qualquer infortúnio que venha a sofrer será fruto de seu puro descaso.

Conclui mencionando que “[...] o compromisso documental do obreiro não pode ser encarado como um salvo-conduto de deveres patronais que, em verdade, são inegociáveis e incontornáveis”.²⁴

Salienta-se que a Constituição Federal consagrou, em seu art. 7º XXII, “o direito de todos os trabalhadores rurais e urbanos à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”, levando à aceção de que será sempre do empregador o ônus da avaliação técnica dos riscos labor-ambientais.

Por consequência, e na esteira dos princípios jus ambientais da prevenção, precaução, *in dubio pro ambiente/trabalhador* e poluidor-pagador, a identificação desse quadro polutivo labor-ambiental, mesmo na ambiência laboral telemática, é um inafastável dever patronal (CF, arts. 7º, XXII, 200, VIII, e 225, *caput*, § 1º, V, e § 3º; Lei nº 6.938/81, art. 3º, III, a e b, e IV). Ainda por força da conjugação dessas densas diretrizes jurídicas, também cabe ao empregador instruir e capacitar o teletrabalhador, plena e continuamente, quanto a todos os riscos ambientais trabalhistas a que estará sujeito, inclusive de ordem psicossocial e especialmente com tônica preventiva.²⁵

Depreende-se, portanto, que será equivocada qualquer dedução de que, com a nova regência jurídica, caberia ao trabalhador, a partir de seu ingresso no regime do teletrabalho, identificar e controlar os riscos provenientes de seu trabalho. Nota-se que, mesmo exercendo o labor a distância, continuará sendo incumbência do empregador prevenir,

24 MARANHÃO, Ney. 2ª Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho. **Enunciados Aprovados na 2º Jornada**. Arquivo nº 4801102017163211.docx. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-is2.asp?ComissaoSel=6>>. Acesso em: 31 out. 2017.

25 MARANHÃO, Ney. 2ª Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho. **Enunciados Aprovados na 2º Jornada**. Arquivo nº 4801102017163211.docx. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-is2.asp?ComissaoSel=6>>. Acesso em: 31 out. 2017.

identificar, aferir, avaliar, diagnosticar e reduzir os riscos do meio ambiente laboral, sendo que a violação a esse dever implicará reparação pelos possíveis danos advindos ao trabalhador. A responsabilidade do empregador sobre saúde e segurança segue sendo objetiva.²⁶

3.4 Prevalência do negociado sobre o legislado

Finalizando a análise dos artigos e incisos incluídos pela Reforma Trabalhista, tem-se o 611-A da CLT que dispõe da polêmica matéria da primazia do “negociado sobre o legislado”, transcrito abaixo:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...] VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;²⁷

Diante das considerações supra, nota-se que o legislador não cumpriu a finalidade de proteção jurídica ao teletrabalhador, uma vez que questões essenciais da relação de trabalho são todas remetidas ao contrato entre as partes, o que impõe à maioria dos empregados brasileiros a subsunção às ordens empresariais, sob o receio do desemprego iminente.

363

Complementa Vólia Cassar (2017, p. 1.227) no sentido de que as normas coletivas têm ampla liberdade para conceder benefícios superiores aos previstos na lei, mas possuem limitações quando desejarem reduzir ou suprimir direitos previstos em lei. Este poder está limitado pelos direitos constitucionalmente garantidos aos trabalhadores.

Em resumo, o art. 611-A, inciso VIII, da CLT, acrescentado pela Lei nº 13.467/17, passa a prever que a convenção e o acordo coletivo de trabalho têm força de lei quando dispuserem sobre o trabalho remoto. Isso significaria a tentativa de reduzir ou excluir, por exemplo, o direito ao recebimento de horas extras, em manifesto prejuízo ao empregado. Além disso, a expressão “entre outras” contida no *caput* do exposto artigo, espelha a intenção do legislador de ampliar ao máximo a flexibilização com finalidade de redução de direitos legais.

²⁶ *Ibid.*, Acesso em: 31 out. 2017.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Artigo 611-A. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 31 out. de 2017.

Conceitua Vólia Cassar (que a flexibilização trabalhista, de que trata o artigo em análise, significa tornar maleável a rigidez dos direitos trabalhistas. Ou seja, flexibilizar diz respeito à redução ou supressão de direitos trabalhistas previstos em lei.²⁸

Cumpra salientar que, segundo a autora, pouco espaço restou para a norma coletiva reduzir os direitos do teletrabalhador, pois os arts. 62, III, e 75-A e seguintes da CLT já excluíram vários direitos desse trabalhador. Não obstante, ainda será possível que a norma coletiva discipline regras do teletrabalho para, por exemplo, apontar a responsabilidade do empregado na aquisição e manutenção do maquinário, dispensando o ajuste individual. (CASSAR, 2017, p. 1.231).

Para Francisco de Lima (2017, p.95), a hipótese do negociado prevalecer sobre o legislado requer a atuação incondicional do sindicato profissional, por força do art. 8º, VI²⁹, da Constituição Federal. Por outro lado, em face dos princípios protetores e da progressão social, as negociações coletivas são instrumentos de progresso e não de retrocesso social. Assim, eventual redução de direito assegurado por lei só será lícita mediante contrapartida equivalente ou mais vantajosa para os trabalhadores.

Os Enunciados de números 28 e 29³⁰, aprovados na 2º Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, consubstanciam a ideia de que as convenções e acordos coletivos de trabalho não possuem o condão de suprimir direitos, aplicando-se o princípio da proteção e da inafastabilidade da tutela jurisdicional de forma geral.

Diante das considerações supra, nota-se que o legislador não

28 CASSAR, Vólia Bomfim. **Reforma Trabalhista – Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/wp-content/uploads/2017/04/Artigo-sobre-a-Reforma-Trabalhista.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

29 Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; (BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 nov. 2017).

30 2ª Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho. **Enunciados Aprovados na 2ª Jornada. Enunciados nº 29 e 29**. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

cumpriu a finalidade de proteção jurídica ao teletrabalhador, uma vez que questões essenciais da relação de trabalho são todas remetidas ao contrato entre as partes, o que impõe à maioria dos empregados brasileiros a subsunção às ordens empresariais, sob o receio do desemprego iminente.

Por fim, a partir de razoável e constitucional interpretação e de melhoria da previsão legal via negociação coletiva, a interessante ideia do teletrabalho pode ser colocada no campo da dignidade.

4 O TELETRABALHO NO DIREITO COMPARADO

Existem documentos que, por sua importância histórica, social, jurídica e econômica transformaram-se em marcos regulatórios internacionais do teletrabalho, quais sejam: a Convenção nº. 177 e a Recomendação nº. 184, ambas da OIT e o Acordo Marco Europeu sobre o Teletrabalho. Além disso, será feita a análise da legislação estrangeira a respeito da matéria.

4.1 Convenção nº 177 da OIT e Recomendação nº 184

365

Menciona-se, de início, que a OIT (Organização Internacional do Trabalho), criada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, é uma organização de caráter universal especializada em matéria trabalhista. Nascida das preocupações humanitárias decorrentes das condições de trabalho que geralmente implicavam grandes números de trabalhadores na miséria e excluídos de proteção social, dedicou-se à tarefa de realização de programas direcionados a melhorar as condições socioeconômicas e humanas dos trabalhadores no plano mundial (JARDIM, 2004, p. 69).

Destaca-se que as convenções possuem caráter de interdependência e têm como objetivo criar obrigações internacionais para os Estados-Membros que as ratificarem. As recomendações, que por definição não impõem obrigações e, portanto, não estão sujeitas a ratificação, destinam-se a esclarecer determinados problemas e/ou preparar o terreno para a adoção de futuras convenções. As recomendações, desse modo, são importantes instrumentos que podem influir na política e na legislação social de cada Estado-Membro ao fornecer ou sugerir diretrizes à atividade legislativa destes (JARDIM, 2004, p. 69-70).

Em suma, a OIT buscou normatizar o trabalho a distância por meio da Convenção nº 177³¹, que possui como modelo o trabalho a domicílio, e já estabelecia, em seus 18 artigos, importantes prerrogativas como a igualdade entre o trabalhador interno e o externo, proteção em matéria de segurança e saúde no trabalho e a não discriminação na ocupação.

Quanto à Recomendação nº 184, ressalta a preocupação da OIT com os trabalhadores em domicílio ao dispor que estes devem se manter informados sobre suas condições específicas de emprego. Ainda, a OIT, respeitando a saúde e a segurança do trabalho, fixa o direito desses trabalhadores em domicílio a férias, repouso semanal, licenças médicas e o dever dos empregadores em informar sobre os riscos relacionados ao seu trabalho e as devidas precauções a serem observadas.³²

Conclui Carla Silva Jardim (2004, p. 74), a respeito do teletrabalho no âmbito da OIT, no sentido de que:

A OIT, ao tratar do tema teletrabalho, descreve-o conjugando o uso das ferramentas tecnológicas com os locais onde este pode desenvolver-se. Entretanto, o teletrabalho ainda não é objeto de uma convenção ou recomendação por parte da OIT, sendo confundido muitas vezes com uma nova modalidade de trabalho em domicílio. Por isso, nada impediria que a ele se aplicassem as disposições contidas na Convenção n. 177 e na Recomendação n. 184, que são justamente destinadas às condições particulares de trabalho em domicílio. Contudo, devem-se respeitar as especificadamente do conceito de teletrabalho.

4.2 O acordo marco europeu

O Acordo Marco Europeu de Teletrabalho³³, assinado em Bruxelas no dia 16 de julho de 2002, é considerado um verdadeiro marco no

31 OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Normas del trabajo*. Disponível em: < <http://www.ilo.org/global/standards/lang--es/index.htm>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

32 SOUZA, Anadélia Viana. **Teletrabalho e suas implicações no direito trabalhista brasileiro**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7403#_ftn31>. Acesso em: 5 nov. 2017.

33 **Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo**. Disponível em: <<https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2017.

diálogo social europeu por ser resultante da dialética entre os interesses dos trabalhadores e empregadores, bem como por conciliar as diversidades dos países que participaram na elaboração do conteúdo do acordo (FINCATO, 2011, p. 40).

O Acordo busca disciplinar as situações de teletrabalho através da identificação dos pontos de fragilidade desse tipo de contratação e, após, ofertar soluções que coincidam com os interesses de ambas as partes envolvidas na relação laboral.

Como diretrizes gerais do Acordo, destacam-se, em suma: o tratamento igualitário entre o trabalho presencial e o teletrabalho; a passagem para o formato de trabalho a distância deve ser voluntária e de comum acordo; o empregador é responsável pela tomada de medidas adequadas referentes à segurança e proteção dos dados utilizados e transformados pelo teletrabalhador no exercício de sua profissão; o empregador deve prover, em regra, os equipamentos de trabalho necessários, sua instalação e manutenção ou, caso ocorra de outra forma, arcar com os custos decorrentes do trabalho; por fim, como sucede na C177 e R184, a segurança e saúde do teletrabalhador são de responsabilidade do empregador (FINCATO, 2011, p. 41-43).

Acrescenta-se que o Acordo Marco Europeu buscou normatizar as peculiaridades dessa forma de trabalho, estabelecendo o marco geral e o mínimo sobre ela. Aponta-se que a adesão ao Acordo é voluntária, no entanto, muitos países aderiram a ele em decorrência da necessidade de regulamentação da matéria. Para a implementação legal das diretrizes do Marco Europeu, cada país tomou diferentes providências em seu âmbito nacional (FINCATO, 2011, p. 43).

Entre os países que possuem ampla atividade nesta modalidade, destacam-se: Portugal, França, Espanha e Itália.

4.3 Teletrabalho em Portugal

O teletrabalho português encontra-se regulamentado no próprio Código do Trabalho, Lei nº 7/2009³⁴, mais especificamente nos arts. 165 a

34 PORTUGAL. Lei nº. 7/2009, de 12 de Fevereiro. Diário da República, Portugal, 2009. Aprova a revisão do Código do Trabalho. Disponível em: < <https://dre.pt/application/dir/>

171 na “Subsecção V”.

No art. 165 da Lei Portuguesa, há o conceito propriamente dito de teletrabalho, que é considerado como: “[...] a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação”.³⁵

O Código define, no seu art. 166³⁶, como deve ser o contrato de trabalho para prestação subordinada de teletrabalho, determinando que os trabalhadores já pertencentes ao quadro da empresa podem ser deslocados para teletrabalhar e que a empresa pode admitir trabalhadores para esse fim específico, além de diversos outros requisitos e estipulações.

Enfatiza-se o número 5³⁷ (terminologia portuguesa) que consta do referido art. 166, o qual exige forma escrita para o contrato, com a identificação da atividade a ser prestada, a propriedade dos instrumentos de trabalho, bem como o responsável pela respectiva instalação, manutenção e pelo pagamento das despesas de consumo e utilização.

pdfs/2009/02/03000/0092601029.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2017.

35 Art. 165 **Noção de teletrabalho**. Considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação. (PORTUGAL. **Código do Trabalho** (Versão atualizada – 1 out. 2017). Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=66>>. Acesso em: 5 nov. 2017.)

36 Art. 166 **Regime de contrato para prestação subordinada de teletrabalho 1** - Pode exercer a atividade em regime de teletrabalho um trabalhador da empresa ou outro admitido para o efeito, mediante a celebração de contrato para prestação subordinada de teletrabalho [...] (PORTUGAL. **Código do Trabalho** (Versão atualizada – 1 out. 2017). Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=66>>. Acesso em: 5 nov. 2017.)

37 Art. 166 5. - O contrato está sujeito a forma escrita e deve conter: a) Identificação, assinaturas e domicílio ou sede das partes; b) Indicação da atividade a prestar pelo trabalhador, com menção expressa do regime de teletrabalho, e correspondente retribuição; c) Indicação do período normal de trabalho; d) Se o período previsto para a prestação de trabalho em regime de teletrabalho for inferior à duração previsível do contrato de trabalho, a atividade a exercer após o termo daquele período; e) Propriedade dos instrumentos de trabalho bem como o responsável pela respetiva instalação e manutenção e pelo pagamento das inerentes despesas de consumo e de utilização; [...] PORTUGAL. **Código do Trabalho** (Versão atualizada – 1 out. 2017). Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=66>>. Acesso em: 5 nov. 2017.)

Já o art. 168³⁸ do Código do Trabalho português trata das ferramentas de trabalho no caso de prestação de teletrabalho, matéria esta que gera debates na regulamentação brasileira dada pela Lei. 13.467/17 em seu art. 75-D da CLT, pois este deixa em aberto a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento (estipulação em contrato escrito).

Informa que, na omissão do contrato português, presume-se que os instrumentos de trabalho (tecnologias de informação e de comunicação) empregados pelo teletrabalhador são de propriedade do empregador, que tem o dever de garantir a instalação, a manutenção e o pagamento das despesas inerentes a estes. Ao empregado incumbe o dever de observar as regras de uso e de funcionamento dos aparelhos de trabalho disponibilizados. (BARROS, 2016, p.220).

Ainda, o art. 169³⁹ do Código do Trabalho de Portugal assegura ao teletrabalhador os mesmos direitos garantidos aos outros trabalhadores, quer no tocante a formação e promoção, quer no que se refere às condições de trabalho. Trata-se de visível hipótese de controle de jornada de trabalhador fora das dependências da empresa, incidindo a duração normal de jornada

38 Art. 168 **Instrumentos de trabalho em prestação subordinada de teletrabalho** 1 - Na falta de estipulação no contrato, presume-se que os instrumentos de trabalho respeitantes a tecnologias de informação e de comunicação utilizados pelo trabalhador pertencem ao empregador, que deve assegurar as respetivas instalação e manutenção e o pagamento das inerentes despesas. 2 - O trabalhador deve observar as regras de utilização e funcionamento dos instrumentos de trabalho que lhe forem disponibilizados. 3 - Salvo acordo em contrário, o trabalhador não pode dar aos instrumentos de trabalho disponibilizados pelo empregador uso diverso do inerente ao cumprimento da sua prestação de trabalho. PORTUGAL. **Código do Trabalho** (Versão atualizada – 1 out. 2017). Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=66>>. Acesso em: 5 nov. 2017.)

39 Art. 169 **Igualdade de tratamento de trabalhador em regime de teletrabalho** 1 - O trabalhador em regime de teletrabalho tem os mesmos direitos e deveres dos demais trabalhadores, nomeadamente no que se refere a formação e promoção ou carreira profissionais, limites do período normal de trabalho e outras condições de trabalho, segurança e saúde no trabalho e reparação de danos emergentes de acidente de trabalho ou doença profissional. 2 - No âmbito da formação profissional, o empregador deve proporcionar ao trabalhador, em caso de necessidade, formação adequada sobre a utilização de tecnologias de informação e de comunicação inerentes ao exercício da respetiva atividade. 3 - O empregador deve evitar o isolamento do trabalhador, nomeadamente através de contactos regulares com a empresa e os demais trabalhadores. (PORTUGAL. **Código do Trabalho** (Versão atualizada – 1 out. 2017). Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=66>>. Acesso em: 5 nov. 2017.)

e seus limites. Na continuação do texto, é garantido inclusive segurança, saúde no trabalho e reparação de danos emergentes de acidente de trabalho.

Nota-se também, pela redação do supracitado artigo, o dever de o empregador evitar o isolamento do empregado, obrigando-se inclusive a assegurar o contato regular do teletrabalhador com a empresa e demais empregados. Destaca-se a importância desse dispositivo legal pelo fato de que o isolamento devido à falta de contato com outros trabalhadores é citado pela maior parte da doutrina como sendo uma grande desvantagem para o teletrabalhador.

O art. 170⁴⁰ do Código Português, por sua vez, prevê visitas ao domicílio do teletrabalhador para controle de sua atividade e dos respectivos equipamentos no horário de 9 às 19 horas, com a assistência do empregado ou de pessoas por ele designada, assegurado o direito à privacidade.

Assegura ainda o art. 171⁴¹ ampla possibilidade de participação e representação sindical do trabalhador em regime de teletrabalho, determinando, por exemplo, o uso das tecnologias de informação e

370

40 Art. 170 **Privacidade de trabalhador em regime de teletrabalho** 1 - O empregador deve respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família deste, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico. 2 - Sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, a visita ao local de trabalho só deve ter por objeto o controlo da atividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho e apenas pode ser efetuada entre as 9 e as 19 horas, com a assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada. 3 - Constitui contra ordenação grave a violação do disposto neste artigo. (PORTUGAL. **Código do Trabalho** (Versão atualizada – 1 out. 2017). Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=66>>. Acesso em: 5 nov. 2017.)

41 Art. 171 **Participação e representação coletivas de trabalhador em regime de teletrabalho** 1 - O trabalhador em regime de teletrabalho integra o número de trabalhadores da empresa para todos os efeitos relativos a estruturas de representação coletiva, podendo candidatar-se a essas estruturas. 2 - O trabalhador pode utilizar as tecnologias de informação e de comunicação afetas à prestação de trabalho para participar em reunião promovida no local de trabalho por estrutura de representação coletiva dos trabalhadores. 3 - Qualquer estrutura de representação coletiva dos trabalhadores pode utilizar as tecnologias referidas no número anterior para, no exercício da sua atividade, comunicar com o trabalhador em regime de teletrabalho, nomeadamente divulgando informações a que se refere o n.º 1 do artigo 465.º 4 - Constitui contraordenação grave a violação do disposto nos n.ºs 2 ou 3. (PORTUGAL. **Código do Trabalho** (Versão atualizada – 1 out. 2017). Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=66>>. Acesso em: 5 nov. 2017.)

comunicação afetas à prestação do trabalho para a participação em reuniões promovidas no local de trabalho e para comunicação com os demais trabalhadores e com o sindicato.

Conclui Denise Fincato (2011, p. 38), após a análise da legislação lusitana no tocante ao teletrabalho, o que segue:

Desse modo, um olhar rápido sobre o Código do Trabalho português em cotejo com sua Constituição, podem, a princípio, fazer crer na existência de um profundo abismo separando o sistema trabalhista português do brasileiro, mas, em verdade, muitas das lições lusitanas podem ser aplicadas, feitas as devidas adaptações, ao Direito do Trabalho do Brasil.

Como visto, o Código de Trabalho Português buscou normatizar amplamente o instituto do teletrabalho, tendência no mundo atual, visando à garantia de proteção jurídica adequada aos próprios teletrabalhadores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa tema do presente trabalho teve por finalidade apresentar um estudo sobre o teletrabalho, com ênfase nas suas características e na recente regulamentação dada pela Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/2017, analisada sob os pontos levantar discussão.

Observa-se que o surgimento do teletrabalho está estritamente relacionado ao avanço das tecnologias de informação e comunicação, ocorrido com maior intensidade na chamada Revolução Informacional, em meados do século XX.

Dentre os benefícios levantados pela doutrina no labor em teletrabalho, destacam-se: a flexibilidade de horários capaz de facilitar a conciliação das atividades profissionais com os encargos familiares, a melhoria na qualidade e mais tempo livre devido à redução no tempo e gastos com deslocamentos.

Quanto à subordinação jurídica, seus elementos caracterizadores capazes de revelar o vínculo empregatício deverão ser examinados em conjunto. São os chamados “indicadores valiosos da subordinação”, tais como: submissão do teletrabalhador a um programa informático

confeccionado pela empresa, disponibilidade de tempo em favor do empregador, recebimento de importância fixa pelos serviços prestados, etc.

Há considerável preocupação dos operadores do Direito com as recentes alterações promovidas pela Lei da Reforma Trabalhista (13.467/2017) para a solução dos conflitos entre empregador e teletrabalhador que seguem surgindo.

A inclusão do teletrabalho no rol das hipóteses de exceção ao trabalho controlado e fiscalizado (art. 61, III, CLT), com a não observância da limitação de jornada, é medida que vai de encontro aos princípios constitucionais, tais como o princípio da dignidade humana e função social do trabalho, e à jurisprudência que já se posicionava na possibilidade de haver o referido controle.

A tentativa de transferir os custos e riscos da atividade ao empregado (art. 75-D, CLT) fere o princípio da alteridade e contraria normas internacionais como a Convenção nº 155 da OIT. Ainda, a hipótese de responsabilização do empregado pela ocorrência de doenças e acidentes do trabalho (75-E, CLT) é previsão que não encontra nenhum eco em legislações estrangeiras.

O Ministério Público do Trabalho afirma que é responsabilidade constitucional do empregador cumprir e custear o cumprimento das normas de saúde, higiene e segurança, tal como prevê o Código do Trabalho Português, que, apesar de ter regulado o instituto do teletrabalho em data anterior à da Reforma Trabalhista no nosso País, se mostra muito mais progressista e preocupado com as garantias constitucionais dos trabalhadores.

Por fim, nota-se que a regulamentação do teletrabalho da maneira como foi imposta pela Lei nº 13.467/17 não gerará a devida segurança e proteção jurídica ao teletrabalhador e que, conforme visto, produzirá ainda amplo leque de discussão na doutrina e na jurisprudência.

REFERÊNCIAS

A JORNADA. 2ª Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho. **Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17)**. 9 e 10 out. 2017. Brasília/DF. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/verpagina.asp?secao=1&titulopagina=A%20Jornada>>. Acesso em: 16 abr. 2018

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2016. 904 p. ISBN 9788536187518. p.213, 220.

BRAMANTE, Ivani Contini. **Teletrabalho**: teledireção, telessubordinação e teledisposição. Revista LTr: Legislação do Trabalho: São Paulo. São Paulo, v. 76, n. 04, abr. 2012. p. 391-412.

BRASIL. ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho. **O Teletrabalho na nova CLT**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>>.

_____. _____. **Reforma trabalhista**: associações divulgam nota técnica sobre o PLC 38/17. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/25376-reforma-trabalhista-associacoes-divulgam-nota-tecnica-sobre-o-plc-38-17>>.

_____. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Decreto-lei nº 5.451, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>.

_____. _____. **Recurso Ordinário nº 0010132-05.2016.5.03.0178**. Segunda Turma. Relator Rodrigo Ribeiro Bueno. Belo Horizonte, 7 mar. 2017. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=5285>>.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo em Recurso de Revista nº 62141-19.2003.5.10.0011**. Sexta Turma. Relator Min. Mauricio Godinho Delgado. Brasília, DF, DJ 16 abr. 2010. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2062141-19.2003.5.10.0011&base=acordao&numProcInt=118197&anoProcInt=2006&dataPublicacao=16/04/2010%2007:00:00&query=>>>.

CADERNO de Direitos Humanos. Brasília: ANAMATRA, 2016. p. 63-64. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/attachments/article/24314/caderno-completo-com-links-site.pdf>> & <<http://www.oitbrasil.org.br/node/504>>.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed., rev. e atual. e ampl. – Rio de

Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. 1353 p. ISBN 9788530977160, p. 1.227, 1.231.

_____. **Reforma Trabalhista.** Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/wp-content/uploads/2017/04/Artigo-sobre-a-Reforma-Trabalhista.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede.** vol.1 Trad. Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 68.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coord.). **Teletrabalho.** São Paulo: LTr, 2017. 275 p. ISBN 9788536189390, p.11, 17.

DELGADO, Maurício José Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 393.

_____. _____. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p.1.024.

DORNELES, Leandro do A. D. de. **As novas tecnologias e os trabalhadores.** Justiça do Trabalho Porto Alegre v.14 n.165, set. 1997. p.85-102.

ENGUITA, Mariano *apud* WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho:** uma forma alternativa de emprego. São Paulo: LTr, 2005. p. 18.

374

ESTRADA, Manuel Martín Pino. **O teletrabalho transfronteiriço no direito brasileiro e a globalização.** Revista Consultor Jurídico, 30 dez. 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-dez-30/teletrabalho_transfronteirico_direito_brasileiro>.

_____. **Análise juslaboral do teletrabalho.** Curitiba: Camões, 2008. p. 16.

_____. **Teletrabalho e Direito.** Curitiba: Jurua, 2014. p. 25.

FINCATO, Denise Pires. **Teletrabalho:** uma análise juslaboral. Questões controvertidas de direito do trabalho e outros estudos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 45-62.

_____. **Novas tecnologias e relações de trabalho:** reflexões. Porto Alegre. Editora: Magister, 2011, 167 p. ISBN 9788585275242. p. 38, 40, 41, 43.

_____. **A regulamentação do Teletrabalho no Brasil:** indicações para uma contratação minimamente segura. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/2/2016_02_0365_0396.pdf>.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma trabalhista:** com análise do Projeto de lei 6.787/2016. Salvador: Juspodivm, 2017.

GASPAR, Danilo Gonçalves. **Subordinação potencial:** encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica. São Paulo: LTr, 2016.

JARDIM, Carla Carrara da Silva. **O Teletrabalho e suas atuais modalidades.** São Paulo: LTr, 2004. p.65, 69, 74.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa.

Direito do trabalho. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

KUNDE, Bárbara Michele Moreais. MARDERS, Fernanda, O Direito de Desconexão no Teletrabalho como Concretização do Princípio da Igualdade na Sociedade Contemporânea. p. 129 In: Colnago, Lorena de Mello Rezende; Chaves Junior, José Eduardo de Resende; Estrada, Manuel Martín Pino (Coord.). **Teletrabalho.** São Paulo: LTr, 2017.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de.

Reforma trabalhista: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017. p.10, 95.

LOPES, Marcus. Acha a CLT ultrapassada? Veja quantas mudanças já foram feitas em 74 anos. **Economia UOL.** São Paulo, 28/05/2017. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/05/28/acha-a-clt-ultrapassada-veja-quantas-alteracoes-ela-ja-sofreu-em-74-anos.htm?cmpid>>. Acesso em: 31 out. 2017.

MARQUES, Jader (Org.); SILVA, Maurício Faria da (Org.); MOREIRA, Fábio Lucas. **O direito na era digital.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 113-114.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). **Recurso Ordinário nº 00977-2009-129-03-00-7.** 7ª Turma. Rel. Convocado Jessé Cláudio Franco de Alencar. Porto Alegre, DEJT 26.11.2009. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=606>>.

375

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Iniciação ao direito do trabalho.** 40. ed. São Paulo: LTr, 2015.

NILLES, Jack M. **Fazendo do teletrabalho uma realidade:** um guia para telegerentes e teletrabalhadores. Sao Paulo: Futura, 1997. p. 30

PORTUGAL. **Código do Trabalho** (Versão atualizada – 1 out. 2017). Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=66>>.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Normas del trabajo.** Disponível em:< <http://www.ilo.org/global/standards/lang--es/index.htm>>.

REALE, Miguel *apud* SILVA, Wilker Jeymisson Gomes da. **Os impactos da evolução tecnológica nos direitos trabalhistas:** o descompasso da lei em relação ao fato social. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 106, n. 980, p. 187-204, jun. 2017, p. 189.

REMIÃO, Daniela Ervis. **Análise juslaboral do teletrabalho nos países do Mercosul e União Europeia** - e a inevitável discriminação aos teletrabalhadores. Trabalho e igualdade: tipos de discriminação no ambiente de trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 352, 329-331.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho (4ª Região). **Recurso Ordinário nº 0021772-95.2015.5.04.0021.** 2ª Turma. Relatora Tania Rosa

Maciel De Oliveira. Porto Alegre, 06 set. 2017. Disponível em: <http://gsa5.trrt4.jus.br/search?q=cache:G2K_E4tlwe8Jjbintra.trrt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D14205096%26v%3D28410192++inmeta:DATA_DOCUMENTO:2016-10-28.2017-10-28++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp_&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8>.

ROCHA, Marcelo Oliveira. **Direito do trabalho e Internet: aspectos das novas tendências das relações de trabalho na “era informatizada”**. São Paulo: Leud, 2005. 344 p. ISBN 8574561738, p. 138/140.

SANFELICI, Patrícia de Mello; FLEISCHMANN, Rogério Uzun. Teletrabalho: liberdade ou escravidão? **Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 99-110 ISBN 9788544218891. p. 102

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários a reforma trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 219p. ISBN 9788520374078. p. 53, 55, 56.

SILVA, Wilker Jeymisson Gomes da. **Os impactos da evolução tecnológica nos direitos trabalhistas: o descompasso da lei em relação ao fato social**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 106, n. 980, jun. 2017. p. 187-204.

376 SOUZA, Anadélia Viana. **Teletrabalho e suas implicações no direito trabalhista brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7403#_ftn31>

UNIVERSIDADE ESTATAL A DISTÂNCIA, CES, UNICE/UEAPME e CEEP. **Se ha firmado el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo**. Costa Rica, 16 jul. 2002. Disponível em: <<https://www.uned.ac.cr/viplan/images/acuerdo-marco-europeo-sobre-teletrabajo.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

WINTER, Vera Regina Loureiro. **Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego**. São Paulo: LTr, 2005. 168 p. ISBN 36106611.



O CAOS NORMATIVO: DIREITO INTERTEMPORAL DO DIREITO MATERIAL TRABALHISTA – CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI N. 13.467/2017 E A MEDIDA PROVISÓRIA N. 808 SOB UM OLHAR CONSTITUCIONAL

Maria Beatriz Vieira da Silva Gubert¹
Arthur da Silva Simon²

Resumo: Com o advento da Lei n. 13.467/2017 e, posteriormente, da Medida Provisória n. 808, instalou-se a controvérsia sobre a aplicação das normas de direito material aos contratos de trabalho existentes. O presente estudo destina-se a analisar as diferentes correntes quanto à aplicabilidade dos dispositivos legais e constitucionais, frente ao direito intertemporal, assim como os efeitos decorrentes da perda da eficácia da MP 808.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Lei n. 13.467/17. Medida Provisória n. 808. Caducidade. Direito Material Intertemporal. Abordagem Principiológica.

377

1 INTRODUÇÃO

Se antes da edição da Medida Provisória n. 808 já havia dúvidas quanto à aplicabilidade da chamada Reforma Trabalhista, trazida pela Lei n.º 13.467/17, aos contratos de trabalho vigentes, hoje a controvérsia é muito maior, frente à caducidade da medida provisória referida.

As perguntas são muitas.

As regras da MP n. 808 incidem apenas sobre os contratos que iniciaram após a sua edição? Caso negativa a resposta, esses contratos passaram a ser regidos por qual diploma? Afinal, perdendo a sua validade, a

1 Juíza Titular da 2a. Vara do Trabalho de São José- SC. LLM. em Direito Comparado pela Universidade de Miami. mbgubert@gmail.com.

2 Funcionário Público Estadual. Bel. em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho. arthurssimon@gmail.com.

medida provisória produziu e seguirá produzindo efeitos?

Estas e outras perguntas tentarão aqui ser respondidas, à luz das normas de direito intertemporal, dispositivos constitucionais, princípios trabalhistas e jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Breve histórico da “Reforma Trabalhista” e da Medida Provisória n. 808

Considerando o atual cenário do Direito do Trabalho, com mudanças legislativas em ebulição, nada mais adequado do que uma sucinta análise fático-histórica das razões que precederam à aprovação da chamada Reforma Trabalhista.

378

Iniciava o ano de 2017 e a aprovação da Lei n. 13.429 em 13-3-17, que ampliou as hipóteses do trabalho temporário, bem como legitimou a terceirização, já sinalizava as tentativas de mudança na seara laboral, sob o argumento de “modernização” (FONSECA, 2017).

Em 13 de julho de 2017, em tempo recorde, com pouco debate e estranhável rapidez, foi aprovada a Lei n. 13.467, que ficou conhecida, tanto no meio popular quanto na seara jurídica, por Reforma Trabalhista. Sua existência, claro, não é desprovida de contexto: o Presidente Michel Temer, a fim de “modernizar” (sic) a legislação em face da crise econômica do País, propôs sete alterações ao texto da Consolidação das Leis Trabalhistas, por meio do Projeto de Lei n. 6.787/2016. Designado Relator do PL, o deputado federal Rogério Marinho, este acrescentou outras cem mudanças (MONTEIRO, 2017).

O Ministro aposentado do TST Pedro Paulo Manus explica que, logo após essa aprovação, já havia expectativa de ser editada uma medida provisória para sanar alguns pontos obscuros do novo texto (MANUS, 2018). Isso ocorreu, pois, como amplamente noticiado, a fim de aprovar a Reforma, com a maior rapidez possível, os Poderes Legislativo e Executivo realizaram acordo, de forma a alterar pontos controversos ou falhos.

Assim, ao invés de o Senado Federal remeter o projeto de lei de

volta à Câmara dos Deputados para as devidas alterações, atrasando a sua tramitação, aprovou este da forma integral, com promessa de alterações posteriores (SERAU JUNIOR, 2018). Portanto, o Poder Legislativo abdicou de seu poder de introduzir alterações a dispositivos inconstitucionais ou contraditórios por acordo firmado com o Poder Executivo, que se traduziu na Medida Provisória 808, de 14-11-17, a qual corrigiu alguns pontos da lei recentemente aprovada, realizando a chamada “reforma da reforma”.

2.2 *Vacatio legis* da Lei n. 13.467 e o art. 2º da MP n. 808

Quando da publicação da Lei n. 13.467, os juristas foram surpreendidos com o prazo da *vacatio legis* de apenas 120 dias.

As alterações realizadas pela nova legislação foram grandes, com mais de uma centena de artigos modificados. Alterações não só numericamente expressivas, mas que traziam profundas “novidades”.

O Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil de 2015, a título de exemplo, trouxeram *vacatio legis* de um ano, parâmetro que, seguramente, também se mostrava mais adequado à presente hipótese (FREITAS, 2017).

O término da *vacatio legis* ocorreu no sábado, 11-11-17, e já aqui há que se decidir sobre o início da vigência da lei, por conta de a nova legislação contemplar, igualmente, dispositivos processuais, razão pela qual parte da doutrina entende ser aplicável, à espécie, a regra do art. 216 do Código de Processo Civil³, como salientado por Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 370), *verbis*:

A data de vigência da Lei n. 13.467, publicada em 14 de julho de 2017, ocorrerá no dia **13 de novembro de 2017**. Isso porque os 120 dias da *vacatio legis* prevista no diploma legal **irão se completar em um sábado**, dia 11.11.2017. Entretanto, como a Lei nova trata de matéria de **Direito Processual do Trabalho** (ao invés de apenas Direito Material do Trabalho), fica submetida à regra da prorrogação de prazos para o **primeiro dia útil seguinte** (a segunda-feira, dia 13 de novembro), uma vez que não se iniciam ou terminam prazos processuais em sábados. Nesta linha é o que dispõe o art. 216 do

3 Artigo 216: Além dos declarados em lei, são feriados, para efeito forense, os sábados, os domingos, e os dias em que não haja expediente forense.

novo Código de Processo Civil, que equipara o sábado, para todos os fins, aos feriados. (grifo nosso).

Outros, como Homero Batista Mateus da Silva (2017), por sua vez, entendem que tal interpretação vale apenas para as normas de direito processual, e, assim, consideram que, para as normas de direito material, a data de início de vigência seria realmente no sábado, dia 11-11-2017.

Porém, o objeto de maior controvérsia no particular é a aplicação da Reforma Trabalhista aos contratos de trabalho existentes à época da Lei n. 13.467/17, tendo a doutrinadora Vólia Bomfim Cassar (2017, p. n.p) assim resumido a polêmica no tocante às correntes doutrinárias:

(...) a primeira defende a aplicação integral e imediata de toda a lei, mesmo que importe em alteração prejudicial ao empregado; a segunda defendendo a aplicação apenas para novos contratos, ao argumento de violação ao artigo 468 da CLT.

As controvérsias são grandes entre os próprios magistrados do trabalho, sendo que no V Encontro Institucional da Magistratura do Trabalho de Santa Catarina, promovido pela Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho catarinense, em outubro/17, foi aprovada a 13ª. proposta, que assim previu a respeito:

13ª. PROPOSTA:

EMENTA. DIREITO MATERIAL. Não obstante a “ratiodecidenti” da Súmula n. 191 do TST, os direitos assegurados por lei não se perpetuam, para os contratos em curso, no império da lei nova, que os subtrai. Inteligência do artigo 912 da CLT e submissão à regra da aplicabilidade imediata da nova lei, sem ofensa a direito adquirido, já que impossível o seu exercício quando inexistente na nova ordem legal. Sob pena de ofender o ato jurídico perfeito, as novas regras legais que tenham cunho contratual não afetam as cláusulas estabelecidas no império da lei antiga, salvo alteração contratual específica, respeitada a norma do art. 468 da CLT.

Contrariamente, a 7ª tese aprovada no Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho (CONAMAT), realizado entre 1º e 5-5-18, assim estabeleceu: ⁴

INAPLICABILIDADE DA REFORMA TRABALHISTA AOS

⁴ Disponível: <https://www.anamatra.org.br/conamat/teses-plenaria-final#>. Acesso em: 26/06/18.

CONTRATOS EM CURSO. Incidência da nova legislação nos contratos firmados antes da entrada em vigor da Lei 12.467/17. Norma legal que reduza ou suprima direitos assegurados no sistema legal deverá, necessariamente, como regra geral, ser examinada de forma restritiva quando na hipótese de sua aplicação a um caso concreto. O art. 2o. da MP 808/17, ao prescrever “aplicam-se aos contratos de trabalho vigentes, na integralidade os dispositivos da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017”, violou o princípio da irretroatividade da lei (art. 5o., XXVII), corolário dos princípios da segurança jurídica e da confiança, pois há retroatividade (mínima) quando a lei nova atinge efeitos dos atos jurídicos que lhe sejam anteriores, mas produzidos após a data em que ela entra em vigor, afetando, na essência da relação contratual, a própria causa geradora.”

No meio dessa insegurança jurídica é que sobreveio o art. 2º da Medida Provisória n. 808, agravando a confusão já existente ao estatuir: “O disposto na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes” (CREUZ, 2018, p. 16).

Tal medida provisória, como é consabido, após ser prorrogada por sessenta dias por ato da Presidência do Senado, datado de 20-2-18, acabou caducando em 23-4-18, por não ter sido votada pelo Congresso Nacional nos sessenta dias subsequentes, de forma a ser convertida em lei.

Ao problema, já existente, de aplicabilidade da Reforma Trabalhista aos contratos de trabalho existentes, somou-se outro, o de conhecer quais os efeitos da medida provisória não mais vigente no ordenamento jurídico.

2.3 Direito intertemporal material da Lei n. 13.467/17

Diante de tantas mudanças legislativas, necessário se faz compreender a vigência das normas à luz do direito intertemporal e do conceito da segurança jurídica.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê regra específica sobre o assunto em seu art. 6º: “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

Portanto, a lei nova tem efeito imediato e geral, ressalvados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, preceito esse já consagrado pelo artigo 5º, XXXV, da Carta Magna: “a lei não prejudicará o

direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Frente a este cenário, resta o questionamento: se é a CLT que prevê as regras que delimitam os contratos de trabalho, a sua alteração *per se* traz ofensa a direito adquirido e ato jurídico perfeito?

A resposta, em tese, é não (SILVA, 2017).

O regime celetista é legal e quando a própria lei o modifica, não há por que se falar em não aplicação.

A título de exemplo, registre-se que esse questionamento não foi realizado quando, em 2014, a Lei n. 12.997/14 acrescentou o §4º ao art. 193 (“são também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta”). Isso, claro, porque tal disposição foi benéfica ao trabalhador, não gerando debates a sua aplicação aos contratos vigentes à época, mesmo que isso significasse onerar o empregador.

382 Assim, a aplicabilidade imediata tem que ser observada à luz dos princípios específicos do Direito do Trabalho, especialmente o princípio da proteção, que se desdobra, segundo o clássico estudo de Américo Plá Rodriguez (1993) em: a) norma mais favorável, b) *in dubio pro operario* e c) condição mais benéfica.

Nesse contexto, a pergunta que se faz é se a lei nova, no que concerne a dispositivos mais prejudiciais ao empregado, se aplicaria de imediato (DALLEGRAVE NETO, 2018).

Antes mesmo da edição da Medida Provisória 808, assim se manifestava Homero Batista Mateus da Silva (2017, p. 200/201.):

Podemos afirmar que praticamente todas as normas de direito material do trabalho poderão ser aplicadas a partir de 11.11.2017, tanto para contratos de trabalho antigos quanto para os novos. Não há direito adquirido à aplicação da legislação vigente à data de admissão do empregado, ressalvadas poucas exceções abaixo indicadas e ressalvadas as hipóteses de dispositivos serem declarados inconstitucionais, [...].

Um obstáculo à auto aplicabilidade reside na redução salarial. Neste passo, talvez seja mais adequado priorizar o conceito geral da irredutibilidade salarial - amparo pelo art. 7º, VI da CF, e também parte integrante do princípio protetor que norteia o direito do trabalho - a se aplicar atabalhoadamente a nova legislação

ordinária. Essa colisão será sentida particularmente na alteração dos arts. 457 e 458, pois ali houve alteração de natureza jurídica das parcelas denominadas ajuda de custo, diária de viagem prêmio e abonos. [...] **Quando o legislador determina que o prêmio perdeu sua natureza salarial há um rebaixamento de 30% a 40% nos ganhos diretos e indiretos do empregado, com perda dessa cadeia de reflexos. Isso, sim, impacta no conceito de redução salarial.** Pode-se argumentar cnicamente que não houve redução salarial nominal na parcela ou rubrica - isso é fato, pois o prêmio seguirá sendo pago - mas a proposta de irredutibilidade salarial está ligada aos ganhos ou à renda do trabalhador e não ao nome da parcela. Daí por que **este livro sustenta que a alteração da natureza jurídica das parcelas não apanha os contratos de trabalho em vigor, mas apenas os empregados contratados a partir de 11.11.2017.** (grifo nosso).

Sobre a mesma matéria, destacam Maurício Delgado e Gabriela Delgado (2017, p. 371):

De um lado, há ponderações no sentido de que a Lei n. 13.467/2017 atinge, a partir de 13.11.2017, todos os contratos de trabalho existentes no País, mesmo os contratos antigos, pois correspondem a contratos de trato sucessivo, com parcelas que se vencem reiteradamente ao longo do tempo. Nesse quadro, as parcelas antigas estariam preservadas, porém as parcelas subsequentes a 13.11.2017 estariam alcançadas pela lei nova.

De outro lado, **há ponderações no sentido de que a Lei n. 13.467/2017 teria de respeitar o direito adquirido pelos trabalhadores,** em seus contratos de trabalhos antigos, não podendo modificar o conteúdo de tais contratos, ainda que esse conteúdo tenha sido criado, tempos atrás, por regra legal.

[...]

A jurisprudência do TST, ao enfrentar, há poucos anos, situação parecida, sufragou esta segunda direção interpretativa. (grifo nosso).

Essa última posição não é totalmente contrária à primeira, pois o detalhamento realizado por Delgado e Delgado é justamente acerca da redução salarial, hipótese que o magistrado Homero Batista relaciona como exceção à aplicação imediata da Reforma.

Esse dissenso se fez também presente quando a MP n. 808 caducou.

Como a Lei n. 13.467/17 foi restabelecida na sua integralidade, os debates acerca de sua aplicação imediata também persistiram, o que será detalhado no tópico subsequente.

2.4 A Medida Provisória e seus efeitos

A medida provisória, instrumento que substituiu o decreto-lei, é adotada pelo Presidente da República de forma unipessoal (NOVELINO, 2017).

A Constituição Federal, no *caput* do art. 62, estabelece as duas principais características desse instituto: a) destina-se a situações de urgência e de relevância destacada e b) tem força de lei.

Os regramentos constitucionais da matéria estão bem delineados no sítio da Câmara dos Deputados (2018, p. n.p):

Produz efeitos imediatos, mas depende de aprovação do Congresso Nacional para transformação definitiva em lei. Seu prazo de vigência é de sessenta dias, prorrogáveis uma vez por igual período. Se não for aprovada no prazo de 45 dias, contados da sua publicação, a MP tranca a pauta de votações da Casa em que se encontrar (Câmara ou Senado) até que seja votada. Neste caso, a Câmara só pode votar alguns tipos de proposição em sessão extraordinária.

Do exposto, constata-se que a medida provisória produz efeitos precários no que diz respeito aos efeitos temporais, valendo observar, ademais, que a Carta Magna não restou silente quanto à possibilidade de sua perda de eficácia e quais efeitos ela produziria, assim estabelecendo no art. 62, §11: “Não editado o decreto legislativo a que se refere [...] as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas”.

Sobre o assunto, assim assinala Alexandre de Moraes (2017, p. 715.):

Caso, porém o Congresso Nacional não edite o decreto legislativo no prazo de 60 dias após a rejeição ou perda de sua eficácia, **a medida provisória continuará regendo somente as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência.**

Dessa forma, a Constituição permite, de forma excepcional e restrita, a **permanência dos efeitos *ex nunc* de medida provisória** expressa

ou tacitamente rejeitada, sempre em virtude de inércia do Poder Legislativo em editar o referido Decreto Legislativo.

Trata-se do retorno *envergonhado* dos efeitos *ex nunc* resultantes da rejeição do antigo Decreto-lei, que possibilitavam a manutenção da vontade unilateral do Presidente da República, mesmo tendo sido rejeitada pelo Congresso Nacional. (grifo nosso)

Há previsão constitucional, assim, de que, diante da perda de vigência da medida provisória, seja editado um decreto legislativo, definindo quais efeitos esta produziu.

Caso não editado aquele decreto legislativo, parece razoável concluir que a medida provisória terá produzido efeitos apenas durante o espaço de tempo que vigorou.

O ideal, sem dúvida, seria a edição desse decreto legislativo, numa tentativa de, no meio do caos legislativo instaurado pelos poderes Executivo e Legislativo, assegurar o mínimo de segurança jurídica.

Parece improvável, contudo, que isso aconteça, como destaca o professor Marco Aurélio Serau Junior (2017).

Nesse caso, necessário se faz o estudo da hipótese em que a Reforma Trabalhista e a MP 808 coexistiram, e, na sequência, os efeitos decorrentes da sua caducidade.

Para os que admitiam a constitucionalidade do artigo 2º da MP 808, a perda de sua eficácia fez com que retornassem os questionamentos quanto à aplicabilidade da Reforma aos contratos de trabalho vigentes, já que não haveria mais regra estabelecida de direito intertemporal.

Porém, por mais que a Carta Magna tenha garantido poder de lei quando a medida provisória não for ratificada, o excelso Supremo Tribunal Federal, em decisão recente, de março passado, entendeu que tal particularidade deve ser cuidadosamente analisada, como se verifica de trecho do seguinte aresto:

O Tribunal registrou que o § 11 do art. 62 da CF deve ser interpretado com cautela, não se podendo prostrar indefinidamente a vigência de medidas provisórias rejeitadas ou não apreciadas. Referida norma visa garantir segurança jurídica àqueles que praticaram atos embasados em medida

provisória rejeitada ou não apreciada, mas **isso não pode ensejar a sobreposição da vontade do Chefe do Poder Executivo à vontade do Poder Legislativo**, o que ocorrerá, por exemplo, em situações nas quais a preservação dos efeitos de determinada medida provisória rejeitada implicar na manutenção de sua vigência. Interpretação diversa ofende a cláusula pétrea constante do art. 2º da Constituição, que preconiza a separação entre os Poderes (<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo894.htm>).

A interpretação da Suprema Corte, assim, impõe forçosa conclusão de que o art. 2º da MP 808 já não produz mais quaisquer efeitos, pois, a proceder-se de forma diversa, teríamos que sobrepor a vontade do Executivo à do Legislativo, que não modulou, pelo menos até agora, os efeitos da perda da vigência da referida medida provisória.

Essa parece ser a interpretação mais adequada diante do posicionamento do Egrégio STF quanto aos efeitos de medida provisória não apreciada.

386 2.5 Como fica a aplicabilidade da MP 808

Como visto alhures, já havia discordância doutrinária quanto à aplicação intertemporal da Reforma Trabalhista, no tocante aos aspectos de ordem material.

Porém, o aspecto mais controvertido, com certeza, é a aplicabilidade da Medida Provisória 808.

Se não houver decreto legislativo modulando os efeitos de sua aplicação, terá ela valido como lei por um breve período (entre 14-11-2017 e 23-4-2018) e produzirá efeitos diferentes, a depender da situação.

É, em verdade, impossível esgotar tais possibilidades, pois é próprio do mundo jurídico deparar-se com diversas situações, porém, em regra, podem ocorrer as seguintes hipóteses:

- a)* contratos iniciados e terminados antes da vigência da Reforma Trabalhista;
- b)* contratos firmados antes da Reforma;
- c)* contratos que iniciaram entre a Reforma e a edição da MP 808;

d) contratos que iniciaram durante a vigência da MP 808;

e) contratos que iniciaram após o término da vigência da MP 808.

O ponto de partida para discutir as hipóteses elencadas é a perda de validade do art. 2º da MP 808, norte este que guiará a análise das situações acima delineadas, iniciando pela que suscita mais dúvidas, a alínea “b”.

2.5.1 A hipótese “b” - contratos que existiam antes da Reforma

A hipótese em tela é a que desafia mais interpretações, sem dúvida nenhuma.

Para os contratos que existiam antes da Reforma, boa parte da doutrina (Homero Batista, com a exceção dos artigos relacionados à redução salarial, é o exemplo mais destacado, como já referido), entendia pela aplicação imediata da nova legislação, exceção feita aos casos de eventual inconstitucionalidade, que poderá ser declarada incidentalmente.

Isso se daria, segundo os que defendem esse posicionamento, porque as regras dos contratos de trabalho estariam previstas em lei, e modificada esta, pareceria evidente a aplicação imediata das novas normas legais.

Todavia, o posicionamento em tela, como já se viu, não é unânime, pelo confronto com os princípios específicos do Direito do Trabalho.

Em situação análoga, já se pronunciou o TST, quando da edição da Lei n. 12.740/12, que revogou a Lei n. 7369/85, e passou a prever que o adicional de periculosidade seria pago apenas sobre o salário-base, alterando o texto do artigo 193, *caput*, da CLT.

Modulando os efeitos da lei referida, o TST editou a Súmula n. 191, que previu que as novas disposições legais valeriam apenas para os contratos novos, isto é, os firmados na vigência da nova lei, *verbis*:

SUM-191 ADICIONAL DE PERICULOSIDADE.
INCIDÊNCIA. BASE DE CÁLCULO

I – O adicional de periculosidade incide apenas sobre o salário básico e não sobre este acrescido de outros adicionais.

II – O adicional de periculosidade do empregado eletricitário, contratado sob a égide da Lei 7.369/1985, deve ser calculado sobre

a totalidade das parcelas de natureza salarial. Não é válida norma coletiva mediante a qual se determina a incidência do referido adicional sobre o salário básico.

III – A alteração da base de cálculo do adicional de periculosidade do eletricitário promovida pela Lei 12.740/2012 atinge somente contrato de trabalho firmado a partir de sua vigência, de modo que, nesse caso, o cálculo será realizado exclusivamente sobre o salário básico, conforme determina o § 1º do artigo 193 da CLT.

A título de ilustração, tome-se como exemplo o caso de um empregado que recebe ajuda de custo habitual superior a 50% do salário e que tem seu contrato iniciado antes de 11-11-2017.

Pela redação antiga do texto celetário, a ajuda de custo superior a 50% do salário se integrava à remuneração do empregado.

Com o advento da Reforma, a ajuda de custo passou a ter natureza indenizatória, independentemente do percentual pago, conforme nova redação do § 2º do art. 457 da CLT.

388

Aplicando-se, por analogia, o entendimento do TST, ter-se-ia por inaplicável àquele empregado a alteração efetuada, porquanto atentaria contra o princípio da irredutibilidade salarial, além de constituir alteração lesiva ao empregado, à luz do art. 468 da CLT.

Outrossim, para quem acredita que todas as regras da Reforma Trabalhista se aplicam desde o início da sua vigência, independentemente de se tratar ou não de norma que implique redução salarial, o exemplo em tela torna difícil a defesa da aplicação imediata e geral, notadamente porque a MP 808 trouxe, novamente, a limitação em 50% da ajuda de custo.

De outro modo, entre 11-11-2018 e 14-11-2018, quando vigente na plenitude a Lei n. 13.467/17, se poderia entender que a ajuda de custo, independentemente do valor recebido, passou a ter natureza indenizatória, à luz da nova redação do art. 457, § 2º, da CLT.

Com a vigência da MP 808, a partir de 14-11-2017, tal disposição já não mais se manteria, e depois de a norma caducar, poderia ser paga de novo em qualquer valor, sem refletir nas parcelas salariais, tudo isso no mesmo contrato de trabalho.

Entretanto, não é esta a interpretação que se afigura mais correta

e razoável.

Além de não recomendável a insegurança jurídica que este posicionamento traz, com regras contraditórias vigendo, não vigendo mais e voltando a viger, tal interpretação também foge do razoável e, igualmente, vai de encontro ao princípio que veda a irredutibilidade salarial, além de afrontar o art. 468 da CLT, que impede a alteração lesiva do contrato de trabalho.

Nesse exemplo, acredita-se que a interpretação mais consentânea, que salvaguardaria o salário de eventual redução, independentemente da alteração legislativa, é a de inaplicabilidade do dispositivo para os contratos de trabalho ativos quando da Reforma, preservando o empregado o direito de incorporar à remuneração a ajuda de custo, sempre que esta exceder ao limite de 50% do salário-base.

Menos polêmicas são as interpretações quanto aos dispositivos favoráveis ao empregado, tomando-se como exemplo as férias, que, no texto revogado da CLT, poderiam ser parceladas apenas em dois períodos, conforme §1º do art. 134 da CLT.

389

Com a alteração promovida pela Lei n. 13.467/17, a nova redação do dispositivo legal passou a prever a divisão das férias em até três períodos, “...sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um”.

Por ser norma mais favorável ao empregado, esta tem aplicação imediata àqueles empregados com contrato de trabalho anterior à Reforma.

Não se olvida, claro, da existência de situações extremamente polêmicas, a exemplo do trabalho insalubre da gestante.

Sua regulação é dada pelo art. 394-A da CLT, que sofreu muitas alterações:

Antes da “Reforma”: A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre (artigo 394-A, CLT)

Texto da “Reforma”: Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (art. 394-A, incisos I, II e III, parágrafos segundo e terceiro, CLT).

Texto da MP n. 808: A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade. (art. 394-A, parágrafos segundo e terceiro, CLT).

Em suma: (i) antes da reforma, havia proibição absoluta de labor da mulher gestante ou lactante em local de qualquer grau de insalubridade; (ii) com a Lei n. 13.467/17, houve a proibição do labor em local insalubre apenas da mulher gestante e somente em locais de insalubridade de grau máximo, com permissão geral do labor em grau médio e mínimo, e a possibilidade de a gestante apresentar atestado de médico de confiança para evitar esse labor. O trabalho da lactante em local insalubre foi permitido, assim, em qualquer grau, inclusive o grau máximo, ressalvada a apresentação de atestado de saúde e (iii) com a MP n. 808, voltou-se a proibir o trabalho da gestante em local insalubre em qualquer grau, restando silente quanto à mulher lactante.

Nesse caso, se seguirmos a premissa geral de aplicação imediata, exceção feita às hipóteses que comportem redução de salário, estaríamos diante de uma verdadeira aberração jurídica, não havendo como se conceber este tratamento legislativo.

As situações serão trazidas ao Judiciário e resolvidas caso a caso, não havendo que se falar em uma regra imutável e geral de aplicação de direito intertemporal.

Cada situação vai exigir um esforço interpretativo do Judiciário, sopesando a hipótese fática, os princípios constitucionais trabalhistas e a legislação vigente, frente, igualmente, à razoabilidade e ao bom senso que

devem imperar em situações como a da gestante/lactante.

Não se afigura razoável, diante das normas constitucionais que asseguram a proteção à saúde e segurança no trabalho, que as mulheres gestantes e lactantes sejam colocadas em situação prejudicial, além da imposição de riscos à saúde do nascituro ou mesmo ao bebê já nascido.

A inconstitucionalidade do dispositivo trazido pela Lei n. 13.647/17, e mesmo da MP 808 parece evidente.

Mesmo que se entenda, *adargumentandum*, pela constitucionalidade das alterações, a razoabilidade e o bom senso que devem imperar na interpretação das normas, bem assim a vedação do retrocesso social, impedem a aplicação imediata de tais disposições.

Nesse sentido, o posicionamento do Ministro Maurício Godinho Delgado (2017), para quem a lei da Reforma deve ser aplicada apenas aos contratos novos.

Da mesma forma, os juízes do trabalho Antônio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto, para quem o silêncio da Lei n. 13.467/17, quanto à matéria de direito intertemporal material, “...autoriza a ilação de que, como regra, os dispositivos de direito material que criem novas figuras, eliminem direitos ou criem restrições desfavoráveis aos trabalhadores somente valham para as relações de emprego inauguradas no novo ambiente normativo da Lei n. 13.467/17” (2018, p. 601).

2.5.2 Hipóteses “c” - contratos que iniciaram entre a Reforma e a MP 808 - e “d” - contratos que iniciaram durante a vigência da MP 808

Primeiramente, analisa-se os casos em que os contratos iniciaram entre a Reforma e a MP 808. É hipótese específica na qual o contrato de trabalho iniciou entre 11-11-2017 e 13-11-2017, um pequeno interstício.

Aplicando-se a tese de inaplicabilidade imediata da lei nova, proposta pelo Ministro Godinho, admitir-se-ia que a gestante recém-empregada naquele curto espaço de tempo deveria ter seu contrato de trabalho regulado por lei mais prejudicial (a Reforma, como já visto anteriormente, trouxe norma mais lesiva à gestante, em comparação à MP

808).

Porém, isso não parece razoável e viola o princípio da proteção, além de beirar a inconstitucionalidade, gerando a inevitável conclusão de que a aplicação da MP deveria ser imediata, já que a MP 808 tende a ser mais protecionista do que a Reforma, como já visto outrora.

Assim, nas hipóteses em comento, tem-se por aplicável a MP 808, porque mais favorável, razão pela qual se o contrato continuar após 23-4-2018, seria aplicada a lei da Reforma apenas aos contratos novos, realizados após essa data, e não aos iniciados entre os dias 11-11-2017 até 13-11-2017, aderindo ao contrato de trabalho as normas da MP 808, que são mais protecionistas (fora a hipótese, reitere-se, de serem declaradas inconstitucionais as normas referidas, por violarem a saúde e segurança da trabalhadora gestante/lactante).

Quanto à hipótese “d”, isto é, os contratos que iniciaram durante a vigência da MP 808, evidente que o entendimento deve ser o mesmo dado à hipótese “b”, de inaplicabilidade das normas da Reforma, a fim de manter coerência com o raciocínio anterior, já que a situação é muito similar à hipótese “b” (contratos vigentes antes da Reforma), isto é, contratos iniciados sob regime mais protetivo e, posteriormente, regidos por norma mais danosa.

392

2.5.3 Hipóteses sem controvérsia: “a” (contratos iniciados e terminados antes da vigência da “Reforma”) e “e” (contratos que iniciaram após a MP)

Essas duas hipóteses não padecem de controvérsia, por terem seus marcos definidos em período cronologicamente estável.

Quanto à hipótese “a”, para os contratos iniciados e terminados antes da vigência da Reforma, isto é, antes de 11-11-2017, como os atos foram praticados sob a vigência de um mesmo diploma legislativo, por ele serão regidos, independentemente de quando ajuizada a ação.

É o respeito da regra geral de aplicação da norma vigente à época do ato (*“tempus regitactum”*).

Quanto à hipótese “e”, isto é, os contratos que iniciaram após a MP 808 perder a eficácia (ou seja, contratos iniciados após 23-4-2018), e

que passaram a existir sob a lei já vigente, não há dúvida que as normas que o regeirão serão aquelas da época da contratação, qual seja, a CLT com as alterações trazidas pela Lei n. 13.467/17.

3 CONCLUSÃO

A matéria em debate é extremamente controvertida e está na ordem do dia.

Afinal, a MP 808 perdeu vigência há poucos meses e o Judiciário Trabalhista recém vem enfrentando as primeiras demandas que discutem a aplicabilidade das normas trazidas pela Lei n. 13.467/17 e pela MP 808, não havendo notícia até a presente data de que haverá edição de decreto legislativo pela Câmara dos Deputados, a fim de modular os efeitos da medida provisória que caducou.

Estamos diante de um momento histórico, e será o Judiciário Trabalhista quem definirá os contornos das alterações trazidas pela Lei n. 13.467/17 e pela MP 808, especialmente o Tribunal Superior do Trabalho.

Enquanto isso não ocorre, necessária se faz a análise caso a caso das alterações introduzidas e seus diferentes momentos, à luz dos contratos de trabalho firmados e a depender da época em que vigoraram.

Não à toa, os posicionamentos dos mais distintos e honrosos operadores do direito divergem acerca do tema, principalmente porque o contrato de trabalho se prorroga no tempo, com reflexos distintos, a depender da matéria.

O que parece ser mais coerente, tanto pelo histórico de julgamentos do Tribunal Superior do Trabalho quanto pelas garantias constitucionais de segurança jurídica, respeito ao ato jurídico e direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF) e, ainda, pelos princípios específicos de proteção ao trabalhador e norma mais favorável, é a aplicação das normas para cada uma das hipóteses contratuais temporais, assim resumidas:

- a) para contratos vigentes anteriormente à Reforma, a não aplicação da lei nova de forma imediata, salvo em situações que sejam mais favoráveis ao trabalhador;

b) para os contratos que iniciaram no curto interstício entre o início de vigência da reforma (11-11-2017) e a edição da MP 808 (14-11-2017), a aplicabilidade das disposições trazidas pela Lei n. 13.467/17, respeitada eventual arguição de inconstitucionalidade pelo julgador, seguida por aquelas previstas na MP 808, até 23-4-18, até o final do contrato, uma vez que mais benéficas;

c) para contratos que iniciaram após edição da MP, mas antes dela caducar, serão aplicáveis as normas previstas na MP 808, salvo eventual inconstitucionalidade, como no caso das gestantes;

d) para contratos iniciados e terminados antes da vigência da Reforma, e para aqueles iniciados após a caducidade da MP 808, aplica-se a máxima de “*tempus regit actum*”, isto é, será aplicável a lei vigente à época dos fatos.

394

A serenidade, o bom senso e a razoabilidade são as palavras de ordem.

É tempo de reflexão.

Nada ainda está definido e, por isso, mais importante do que nunca o papel das discussões acadêmicas, a fim de que os operadores do direito possam trocar ideias e discutir a respeito, sempre levando em conta as características e os princípios que norteiam o Direito do Trabalho.

O presente artigo, obviamente, não tem finalidade exauriente, servindo apenas para lançar luzes e reflexões ao tema, sem pretensão de estarmos certos ou errados.

Os debates estão apenas começando e muito há para se discutir, aclarar e decidir, porque, como bem disse o Ministro Alexandre Luiz Ramos, nosso mais novo Ministro do TST, oriundo dos quadros do Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina, no prefácio da obra escrita por juízes do trabalho catarinenses, a lei “...é uma ferramenta, que pode construir um futuro melhor, mas, como toda ferramenta, também pode destruir”.⁵

5 LISBÔA, D. *et al.* REFORMA TRABALHISTA COMENTADA POR JUÍZES DO

Que busquemos todos nós, advogados, juízes e demais operadores do Direito, sermos as ferramentas que reconstruirão as estruturas do Direito do Trabalho, de forma a não descaracterizar os princípios que o inspiram e a feição social que lhe é tão peculiar.

REFERÊNCIAS

CASSAR, Vólia B. **Comentários à Medida Provisória 808, de 14.11.17**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/12/05/comentarios-medida-provisoria-808/>>. Acesso em: 8 maio 2018.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. **Navegar É Preciso** – O art. 2º da Medida Provisória nº 808, de 14 de Novembro de 2017, os Contratos Vigentes e a Extensão da Interpretação e Julgamento dos Magistrados, Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, ano XXIX, nº 343, jan. 2018, p. 14.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com comentários à Lei n. 13.467/2017, São Paulo: LTr, 2017, p. 370.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **A Reforma**: Uma promessa vã. Revista do Tribunal Regional da 9ª Região, v. 7, n. 62. set./out. de 2017.

FREITAS, Cláudio Victor de Castro Freitas. **A Reforma Trabalhista e o Direito Intertemporal**: Aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre a aplicação da Lei n. 13.467/2017, Revista dos Tribunais, ano 106, vol. 985, nov. 2017, p. 74.

LISBÔA, Daniel. *et al.* **Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho**: artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **A reforma trabalhista, a Medida Provisória 808 e a segurança jurídica**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/reflexoes-trabalhistas-reforma-trabalhista-medida-provisoria-808-seguranca-juridica>>. Acesso em: 3 maio 2018.

MONTEIRO, Carolina Masotti. Mary Shelley e a Reforma Trabalhista: Um Frankenstein a Brasileira. **Revista do Tribunal Regional da 9ª Região**, v. 6, n. 61, jul./ago de 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 715.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 653.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1993. p. 42-43 e 28.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Reforma Trabalhista: Efeitos Jurídicos da Caducidade da MP 808/2017**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/24/reforma-trabalhista-efeitos-juridicos-da-caducidade-da-mp-808-2017/>>. Acesso em: 3 maio 2018.

_____. **Reforma Trabalhista: Efeitos jurídicos da caducidade da MP 808/2017**. Disponível em: <https://www.ieprev.com.br/conteudo/categoria/3/4071/reforma_trabalhista_efeitos_juridicos_da_caducidade_da_mp_808_2017>. Acesso em: 4 maio 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da Silva, **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 198.

SOUZA JÚNIOR, A. U.; SOUZA, F.C.; MARANHÃO, N.; AZEVEDO NETO, P. T., **Reforma Trabalhista - Análise Comparativa e Crítica da Lei n. 13.467/17 e da Med. Prov. n. 808/17**. São Paulo: Rideel, 2018. p. 601.



A FALTA DE DIÁLOGO SOCIAL E O ATAQUE AO DIREITO DO TRABALHO COM A REFORMA TRABALHISTA

Nahyra Ferreira dos Santos¹
Maykon Fagundes Machado²

Resumo: A presente pesquisa possui por objeto central a temática reforma trabalhista e seus desdobramentos em todo o cenário nacional. Como objetivo geral pretende-se verificar as particularidades da criação da chamada reforma trabalhista, perceber suas principais alterações até sua efetiva vigência, bem como destacar seus principais pontos considerados, isto sob um enfoque científico, sem juízo de valor predeterminado, mas apto a esclarecer ao leitor os principais pontos da temática. Como objetivo específico busca-se verificar a essencialidade da participação popular na formulação da reforma da legislação trabalhista, pontuando os graves impactos causados aos trabalhadores em uma análise concreta com base nas decisões pós-reforma, bem como seus reflexos no ordenamento jurídico vigente. Para a percepção geral da justificativa e para a construção deste artigo científico foi utilizada a base lógica do Método Indutivo por se tratar de assunto que proporciona ampla discussão sobre sua comprovação e efetividade, cabendo analisar as premissas isoladamente até uma determinada conclusão sem a pretensão de esgotamento da temática.

397

Palavras-chave: Diálogo Social. Direito do Trabalho. Reforma Trabalhista.

1 Graduada pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI em 2015/1. Advogada regularmente inscrita na OAB/SC n.º 43.914, atuante na área de Direito do Trabalho. nahyra.adv@outlook.com.

2 Graduando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Estagiário de Direito. Foi Pesquisador- Bolsista (PIBIC-CNPQ) no período 2016-2017 e atualmente é Pesquisador-Bolsista (PROBIC-UNIVALI). maykonfm2010@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Na pós-modernidade³, verifica-se a necessidade da inserção do cidadão nos debates políticos, econômicos, sociais e, principalmente no processo legislativo, visando à concretização de uma efetiva cidadania, essa a ser exercida por seres conscientes de seu *locus* na democracia instalada em nosso País, zelando sempre pela continuidade e permanência do Estado Democrático de Direito.

Desse modo, compreende Chevallier (2009, p. 52) que:

“[...] A cidadania não poderia então nesse momento ser definida a partir apenas dos textos jurídicos que fixam alguns de seus atributos: ela evoca uma realidade mais difusa e mais profunda, atingindo as próprias raízes da identidade individual e coletiva; a cidadania apresenta-se como um estatuto, mais ou menos interiorizado por cada qual ao termo de um processo de aprendizado, que fixa as modalidades e as formas de pertinência ao grupo de referência”.

398

Na presente abordagem, buscar-se-á identificar a participação popular sob este enfoque, com fundamento constitucional, sob o qual o cidadão, no exercício de sua prerrogativa participativa, se insere nas discussões da esfera trabalhista, isso com especial enfoque na recente reforma da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT.

Considerando as condições de criação e aprovação da Lei n.º 13.467/2017, serão identificadas as excessivas alterações legislativas, bem como a conveniência de interesses patronais em debate, importantes aspectos a serem esclarecidos ao respeitável leitor.

Ainda, com ênfase, serão apontadas as principais alterações trabalhistas, denominadas abaixo, como pontos de ataque, destacando os efetivos pontos favoráveis e prejudiciais da reforma em questão.

Como objetivo geral, pretende-se verificar as particularidades da criação da chamada reforma trabalhista, perceber suas principais alterações até

3 A pós-modernidade é, por isso, como um movimento intelectual, a crítica da modernidade, a consciência da necessidade de emergência de uma outra visão de mundo, a consciência do fim das filosofias da história e da quebra de grandes metanarrativas, demandando novos arranjos que sejam capazes de ir além dos horizontes fixados pelos discursos da modernidade. (BITTAR, 2009, p. 146)

sua efetiva vigência, bem como destacar seus principais pontos considerados positivos, e ainda, os negativos, isto sob um enfoque científico, sem juízo de valor predeterminado, mas apto a esclarecer ao leitor os principais pontos da temática.

Como objetivo específico, busca-se verificar a essencialidade da participação popular na formulação da reforma da legislação trabalhista, pontuando os graves impactos causados aos trabalhadores em uma análise concreta com base nas decisões pós-reforma, bem como seus reflexos no ordenamento jurídico vigente.

O critério metodológico escolhido para a formação do presente trabalho quanto a sua fase de investigação e a base lógica do relato dos resultados apresentados reside no Método Indutivo⁴, do qual visa observar como premissa menor o cenário atual no que tange à sustentabilidade ambiental e a sua perspectiva diante do cenário econômico-social, definido como premissa maior deste estudo. Na fase de Tratamento dos Dados, utilizou-se, ainda, o Método Cartesiano⁵. As técnicas acionadas para esse estudo serão a Pesquisa Bibliográfica⁶ e Documental. No intuito de tornar o acordo semântico mais claro entre o autor dessa obra e seus leitores, emprega-se a Categoria⁷ e o Conceito Operacional⁸ ao desenvolvimento do texto.

4 [...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. (PASOLD, 2015, p. 213).

5 “[...] base lógico-comportamental proposta por Descartes, [...], e que pode ser sintetizada em quatro regras: 1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar e revisar”. PASOLD, 2015, p. 212).

6 “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. (PASOLD, 2015. p. 215).

7 “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia”. PASOLD, 2015. p. 205).

8 “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos da ideia exposta”. (PASOLD, 2015. p. 205).

2 A PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

A elaboração da lei máxima estatal, no Estado Democrático de Direito, é realizada por meio do poder constituinte originário, o qual advém do povo, sendo ele responsável por disciplinar os fundamentos do modo de convivência da sociedade (MENDES, 2012, p. 156).

No caso do Brasil, pela promulgação da Constituição Federal de 1988, esta instituiu um Estado Democrático, o qual possui como preceito fundamental a participação ativa da sociedade nas decisões populares que atingirão a grande massa.

Deste modo, a atual Constituição Federal trouxe mecanismos para concretizar o exercício da soberania popular, por meio do voto, quais sejam: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, os quais estão positivados no seu art. 14, tratando-se de direitos políticos.

O voto é o exercício do direito do sufrágio, sendo este último conceituado como “um direito público subjetivo, de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal” (SILVA, 2005, p. 349).

O plebiscito e o referendo são meios de realização direta de consultas populares, sendo o primeiro uma prévia consulta aos cidadãos sobre determinada matéria que será discutida, posteriormente, pelo Congresso Nacional, e o segundo versa sobre uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para conceder-lhe ou retirar-lhe a eficácia (MORAES, 2003, p. 181).

Tanto o plebiscito quanto o referendo possuem uma característica em comum, qual seja de servirem como instrumento de consulta aos cidadãos, permitindo que o povo delibere sobre determinada matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa, conforme preceitua o art. 2º, “*caput*”, da Lei n.º 9.709/98 (BRASIL, 1998).

É de importante destaque que a decisão popular oriunda do plebiscito e do referendo é vinculante, ou seja, não pode ser desrespeitada. A única forma de alteração para aprovar determinada lei é a realização de uma nova consulta popular, porquanto o titular do poder é o povo

(VASCONCELOS, 2014, p. 426-27).

Já a iniciativa popular consiste na apresentação de um projeto de lei à Câmara dos Deputados, o qual deverá ser subscrito por, no mínimo, 1% (um por cento) do eleitorado nacional, distribuído em, pelo menos, cinco unidades federativas, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles⁹.

Nos quase 30 (trinta) anos de vigor da atual Constituição Federal do Brasil, ocorreram apenas um plebiscito, um referendo e quatro projetos de iniciativa popular que viraram leis.

O plebiscito ocorreu em 1993, o qual buscou a consulta popular sobre o sistema de governo do Brasil, sendo vencedor a permanência do presidencialismo (FESPSP, 2013).

Em 2005 foi realizado o primeiro e único referendo na história do Brasil. Após a aprovação pelo Congresso Nacional do Estatuto do Desarmamento, os cidadãos foram consultados sobre a liberação da compra de armas. A maioria do eleitorado votou para não ocorrer a proibição, sendo revogada a legislação de proibição da venda de armas de fogo e munições (GIRALDI; LOURENÇO, 2013).

Por fim, os projetos de iniciativa popular que se transformaram em lei foram a inclusão do homicídio qualificado no rol de crimes hediondos (Lei n.º 8.930/1994), o combate à corrupção eleitoral por meio da compra de votos (Lei n.º 9.840/1999), a criação do fundo nacional de habitação de interesse popular (Lei n.º 11.124/2005) e a lei da ficha limpa (Lei Complementar n.º 135/2010) (BLUME, 2015).

Por essa breve explanação histórica a respeito da participação dos cidadãos após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, observa-se que, embora seja fundamento constitucional a participação ativa da população nas decisões políticas, nota-se que o povo brasileiro é excluído desta participação, porquanto os representantes

⁹ Art. 61, §2º, CRFB/88. A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

inseridos no Congresso Nacional não fomentam a ativa atuação popular nas decisões que atingirão a grande parte dos brasileiros.

3 AS CONDIÇÕES DE CRIAÇÃO E APROVAÇÃO DA LEI Nº 13.467/2017

A criação das normas jurídicas, como as emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções, depende do processo legislativo, sendo este o modo do Estado de criar o Direito (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 1.054).

Cada uma das espécies normativas possuem um rito específico para a sua criação e aprovação, a fim de validar a sua entrada em vigor e, posteriormente, tornar-se eficaz.

Quanto à criação da Lei nº 13.467/2017, popularmente conhecida como a Reforma Trabalhista, há de se levar em consideração que o seu objeto constituiu a alteração da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452/1943.

O Decreto-Lei foi substituído, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pela Medida Provisória, a qual é uma prerrogativa do chefe do Executivo que tem força de lei.

A CLT, embora originalmente um decreto-lei, há muito tem reconhecido o seu “*status*” de lei ordinária formal, sendo recepcionada pela CRFB/88.

Como lei ordinária, a alteração e inserção de quaisquer artigos dependem de aprovação pelo Congresso Nacional mediante o quórum simples de maioria relativa, desde que estejam presentes a maioria absoluta de seus membros (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 1.055).

Os atos do processo legislativo de uma lei ordinária podem ser resumidos da seguinte forma: 1) iniciativa legislativa: é a capacidade de alguém ou de algum órgão para propor projetos de lei, podendo ser qualquer Deputado ou Senador ou Comissões Parlamentares da Câmara, do Senado e do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Procurador-Geral da República e ao povo (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 1.061 – 1.062); 2)

Emendas parlamentares: são propostas apresentadas como acessórias, a fim de modificar ou inserir novas matérias no projeto de lei (SILVA, 2005, p. 526); 3) Votação: é o ato coletivo decisório de ambas as Casas do Congresso Nacional, com a finalidade de aprovar ou não o projeto de lei (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 1.066); 4) Sanção e veto: são atos legislativos de única competência do Presidente da República. Sancionar significa aceitar, já vetar expressa discordância. Em outras palavras, ao sancionar um projeto de lei, o chefe do Poder Executivo o transforma em lei (SILVA, 2005, p. 527); 5) Promulgação e publicação da lei: a promulgação é a comunicação oficial que se faz aos destinatários da lei que ela existe, é válida e está pronta para ser executada. A publicação é tornar a lei conhecida pelo público, sendo método necessário para a sua entrada em vigor e, conseqüentemente, sua eficácia (CUNHA JUNIOR, 2012, p. 1.068).

Conforme exigência legal, a Lei n.º 13.467/2017 obedeceu ao rito do processo legislativo de criação e aprovação da lei ordinária, no entanto algo peculiar chamou a atenção: a extrema agilidade com que tramitou todo esse procedimento.

O projeto de lei que deu origem à Reforma Trabalhista foi de n.º 6.787/2016, o qual iniciou em 23 de dezembro de 2016 pelo Deputado Ronaldo Nogueira de Oliveira. Esse projeto contava com a alteração e inserção de apenas 07 (sete) artigos da CLT e 09 (nove) artigos da Lei n.º 6.019/1974 (Lei do Trabalho Temporário), com o objetivo de aperfeiçoar as relações de trabalho no Brasil, prevalecendo o negociado sobre o legislado (BRASIL, 2016).

Em aproximadamente três meses de criação, foram pensados diversos projetos de lei junto ao PL 6.787/2016 em comento, nos quais foram apresentadas mais de 800 (oitocentas) emendas (BRASIL, CD, 2016).

Com base nas emendas do Projeto de Lei e pelo parecer técnico desenvolvido pelo presidente Deputado Daniel Vilela e pelo Relator Deputado Rogério Marinho, da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 6787/2016, o qual se denominou de O Substitutivo, nota-se que o objetivo de modernização da CLT é aprimorar o mercado capitalista, passando por cima da dignidade da pessoa humana do trabalhador (MARINHO; VILELA, 2016).

Utilizando o pensamento de Nilo Beiro, a figura do mercado, sendo ele uma entidade mítica, é aparentemente mais importante e digna de proteção do que os próprios trabalhadores, os quais são claramente considerados meras mercadorias pela Reforma Trabalhista (BEIRO, 2017).

Ressalta-se que o PL n. 6.787/2016 tramitou pelo regime de urgência, haja vista se tratar de matéria de relevante e inadiável interesse nacional¹⁰.

Ademais, por se tratar de interesse da grande massa da população brasileira, deveria ter sido incentivado o diálogo social para que a sociedade pudesse decidir sobre as alterações legislativas apresentadas pelos representantes do povo, as quais atingiram de forma significativa a vida dos trabalhadores, porquanto o Brasil é um Estado Democrático de Direito, ou, ao menos, deveria ser.

Logicamente, a ausência de fomento da participação popular se deu pelo fato de a Reforma Trabalhista ser extremamente prejudicial ao Direito do Trabalho propriamente dito, beneficiando, apenas, o mercado capitalista, atacando a Justiça do Trabalho, os sindicatos e os próprios trabalhadores, conforme será esmiuçado no próximo capítulo.

404

Para que o PL n. 6.787/2016 fosse aprovado no Senado Federal, o Presidente da República, Michel Temer, encaminhou àquela Casa uma carta comprometendo-se a vetar e editar uma Medida Provisória a respeito dos ajustes sugeridos durante todo o debate no Senado (TEMER, 2017).

De fato, o Presidente da República editou a Medida Provisória n. 808/2017, a qual alterou alguns pontos específicos da Reforma Trabalhista, quais sejam, o dano extrapatrimonial, o trabalho da empregada gestante e lactante, o negociado sobre o legislado no enquadramento do grau de insalubridade, o trabalho intermitente, entre outros (BRASIL, 2017). Todavia, a citada MP perdeu a eficácia sem, sequer, ser formada a comissão

10 Art. 155 do Regimento interno da Câmara dos Deputados: Poderá ser incluída automaticamente na Ordem do Dia para discussão e votação imediata, ainda que iniciada a sessão em que for apresentada, proposição que verse sobre matéria de relevante e inadiável interesse nacional, a requerimento da maioria absoluta da composição da Câmara, ou de Líderes que representem esse número, aprovado pela maioria absoluta dos Deputados, sem a restrição contida no § 2º do artigo antecedente.

mista para aprová-la. Em outras palavras, o Senado Federal absteve-se do seu compromisso de legislar conforme a sua determinação, resultando em prejuízos para toda a sociedade brasileira.

O término do processo legislativo em questão ocorreu pela sua transformação na Lei Ordinária nº 13.467/2017, em 13 de julho de 2017, passando a vigorar após 120 (cento e vinte dias) da sua publicação, isto é, em 11 de novembro de 2017.

4 OS PONTOS DE ATAQUE DA REFORMA TRABALHISTA

A Reforma Trabalhista traz em seu bojo a retirada de direitos materiais dos trabalhadores, bem como dificulta a atuação das instituições que garantem o cumprimento das normas trabalhistas, as quais protegem os trabalhadores, como a Justiça do Trabalho e os sindicatos, cuja missão é de manter equilíbrio entre a exploração de mão de obra e a dignidade dos trabalhadores (BEIRO, 2017).

Ao dificultar a atuação desses órgãos, tem-se que o objetivo primordial da Reforma Trabalhista é de desmontar todo o sistema de proteção do trabalhador, fortalecendo única e exclusivamente o mercado capitalista.

Para comprovar tal assertiva, passa-se a analisar os pontos de ataque que a Reforma Trabalhista trouxe para todas as instituições protetoras do Direito do Trabalho e, conseqüentemente, a precarização das relações de trabalho, atingindo negativamente o próprio trabalhador.

4.1 O ataque à Justiça do Trabalho

A Lei n. 13.467/2017, além de dificultar o acesso à justiça dos trabalhadores, ante criação do termo de quitação anual, à imposição de pagamento de custas da demanda arquivada, ao estímulo à arbitragem, bem como ao esvaziamento promovido em relação ao instituto da justiça gratuita, restringe a atuação da Justiça do Trabalho, inviabilizando a hermenêutica jurídica e a criação de súmulas, em contramão ao que vem ocorrendo nos outros ramos do Direito brasileiro (SEVERO, 2017).

Ademais, no parecer técnico desenvolvido pelo presidente deputado

Daniel Vilela e pelo relator deputado Rogério Marinho, chamado de O Substitutivo, constam como fundamentos para a aprovação da Reforma Trabalhista: a desatualização da CLT, o fato de os juízes extrapolarem a sua função de interpretar e aplicar as leis, bem como a parcialidade e o paternalismo da Justiça do Trabalho, estimulando a criação de litígios.

No entanto, tais assertivas não corroboram com a verdade dos fatos.

Segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Relatório Justiça em Números 2017, a Justiça do Trabalho, no ano de 2016, respondeu por apenas 22,45% do total dos processos em Primeiro Grau, de um total nacional de 15.677.881 (quinze milhões, seiscentos e setenta e sete reais e oitocentos e oitenta e uma) demandas (CNJ, 2017).

Verifica-se, deste modo, que, se o Brasil é um país de grande litigiosidade, a culpa não está na Justiça do Trabalho, como os parlamentares criadores do Substitutivo tentam transparecer.

406

Dessarte, no que tange os assuntos mais demandados na Justiça do Trabalho, tem-se que a rescisão do contrato de trabalho e as verbas rescisórias respondem por quase 80% das ações (CNJ, 2017). Os processos que versam sobre verbas rescisórias não tratam de firulas jurídicas ou demandam de larga hermenêutica, via de regra, tratam apenas de ações que buscam recuperar as verbas que não foram pagas quando ocorreu a dispensa do empregado, o qual, muitas vezes, é desligado do emprego e não recebe corretamente a sua rescisão (BEIRO, 2017).

Ainda, para confirmar a tese de que não é a Justiça do Trabalho responsável pelo alto nível de demandas, bem como por não estimular os litígios judiciais, o Tribunal Superior do Trabalho, em 30 de abril de 2018, publicou o ranking de maiores litigantes junto àquele órgão, estando em ordem decrescente: Petrobrás, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, União, Correios – ECT, Banco Santander S.A., Banco Bradesco S.A. e Itaú Unibanco S.A. (TST, 2018). Portanto, são empresas de grande porte, extremamente organizadas e com muito capital, as quais descumprem costumeiramente a legislação trabalhista e por isso são levadas ao Judiciário e frequentemente condenadas (BEIRO, 2017).

Assim, não se trata de paternalismo e parcialidade da Justiça do Trabalho em reconhecer direitos inexistentes dos trabalhadores, trata-se, sim, de desrespeito dos grandes empresários da legislação trabalhista, a fim de buscar a todo modo enriquecer, independentemente se isso custar a sonegação de direitos de outrem.

Constata-se que, se a Justiça do Trabalho incomoda tanto, é porque funciona (SEVERO, 2017).

Desse modo, verifica-se que a busca pelo enfraquecimento da Justiça do Trabalho tem como único objetivo o de desmontar todo o sistema de proteção ao trabalhador, para que o ganho do capital se sobressaia à dignidade da pessoa humana.

4.2 O ataque aos sindicatos

Os sindicatos possuem grande relevância histórica na luta e defesa dos interesses sociais, econômicos e profissionais de uma categoria de trabalhadores.

Como já mencionado, a Reforma Trabalhista busca fragilizar todas as entidades que possuem o objetivo de proteção dos empregados, atingindo, por óbvio, as organizações sindicais.

Para inviabilizar a atuação dos sindicatos, a Lei n. 13.467/2017 transformou a obrigatoriedade na contribuição sindical em faculdade, necessitando da prévia e expressa autorização dos trabalhadores para o recolhimento deste tributo.

No entanto, é antitética a faculdade de contribuição sindical, haja vista que o art. 8º, III, da CRFB/88 dispõe que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, e não de meros associados. Em outras palavras, se o sindicato defende e representa toda a categoria, é necessário e justo que toda ela contribua para a sua manutenção. Logo, se o sindicato receber apenas contribuição de associados, ele não poderá representar a categoria, haja vista que ficará igual a uma associação qualquer (LIMA, F. M. M.; LIMA, F. P. R. M., 2017, p. 93).

O tema da contribuição sindical facultativa foi discutido pelo pleno do Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de

Inconstitucionalidade n. 5.794, em 29 de junho de 2018 (STF, 2018), no qual a maioria dos ministros votou pela constitucionalidade da Reforma Trabalhista no ponto em que desobriga o desconto na folha de pagamento dos empregados da contribuição sindical. Votaram pela constitucionalidade da norma os ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Cármen Lúcia. Já o relator da ação, Edson Fachin, e os ministros Rosa Weber e Dias Toffoli votaram contra a nova norma (TUROLLO JUNIOR, 2018).

Outrossim, a Reforma Trabalhista, além de acabar com a contribuição sindical obrigatória, também culminou com a realização das homologações de rescisões contratuais nos sindicatos.

Tal medida é prejudicial aos trabalhadores, porquanto aumenta as chances de erros de má-fé em prejuízo do trabalhador dispensado, pois não existirá um ente fiscalizando o valor quitado pelo empregador (BEIRO, 2017).

408

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade de negociação individual entre o empregado e o empregador, cujo trabalhador não está em condições de igualdade com o empresário para negociar direitos.

A negociação feita por meio de convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho pelo sindicato da categoria perde forças, haja vista o fortalecimento da negociação individual entre o empregado e o empregador. No entanto, é de importante destaque que o trabalhador não possui condições de igualdade para negociar direitos com o empregador, porquanto está sob sua coerção. Em outras palavras, é irracional acreditar na possibilidade de negociação de cláusulas contratuais entre empregado e empregador no atual cenário de desemprego no Brasil, no qual a perspectiva de desemprego assombra os que estão trabalhando (BEIRO, 2017).

Dessarte, esta possibilidade de negociação busca se aproveitar da situação de desemprego, porquanto há um exército de trabalhadores de reserva, o que elimina qualquer poder de negociar que o trabalhador possa ter, haja vista se encontrar em submissão ao empregador.

Outra questão importante da atuação sindical pós reforma é com relação à quitação anual dos direitos trabalhistas. A Lei n. 13.467/2017

trouxe a possibilidade do empregado e do empregador de firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados (BRASIL, 2017), prevalecendo, evidentemente, a vontade patronal, porquanto “como ninguém pode impor ônus a outrem, o sindicato ,pode cobrar por esse serviço” (LIMA F. M. M.; LIMA, F. P. R. M., 2017, p. 82), o qual será pago pelo empregador.

Assim, a questão financeira pode afastar do cenário nacional a atuação dos sindicatos em prol dos empregados e torná-los uma moeda de troca para não mais defender os interesses da sua categoria profissional, prejudicando os trabalhadores.

4.3 O ataque aos trabalhadores

Todo o sistema de enfraquecimento de proteção do trabalhador inserido na Lei nº 13.467/2017 busca uma única finalidade: aprimorar o mercado capitalista, passando por cima da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Para isto, a Reforma Trabalhista retrocedeu em diversos direitos conquistados pelos trabalhadores em quase 100 (cem) anos de luta.

No que tange aos direitos materiais e processuais do trabalho, muitos deles sofreram grandes impactos, como por exemplo a supressão e a redução do intervalo intrajornada, bem como a criação de inúmeros obstáculos de acesso à justiça pelo trabalhador que teve os seus direitos descumpridos (ANAMATRA *et al.*, 2017, p. 2).

O esvaziamento dos direitos trabalhistas trazidos pela Lei n. 13.467/2017 facilita a criação de vínculos precários e empregos sem qualidade, substituindo os contratos de trabalho por tempo integral por contratos por tempo parcial, nos quais o empregado pode receber abaixo do salário mínimo nacional (ANAMATRA *et al.*, 2017, p. 9).

Antes da Reforma Trabalhista, o limite de horas do tempo parcial era de até 25 (vinte e cinco) horas, ou seja, equivalia a 57% da jornada do tempo integral. Posteriormente, esse limite aumentou para 36 (trinta e seis) horas semanais, isto é, equivale a 73% da jornada do tempo integral (LIMA, F. M. M.; LIMA, F. P. R. M. , 2017, p. 33), confirmando a tese

antes exposta.

Com relação ao trabalho intermitente, este é um vínculo empregatício extremamente precário, porquanto o trabalhador não possui qualquer garantia de remuneração mínima. Nesse tipo de contrato, o empregador pode solicitar que o empregado trabalhe por algumas horas ou dias, como se fosse uma máquina que é ligada e desligada conforme a demanda, percebendo apenas a remuneração do trabalho despendido (ANAMATRA *et al.*, 2017, p. 18-19).

Ainda, a Reforma Trabalhista trouxe a possibilidade de terceirização de toda e qualquer atividade empresarial, cujos objetivos são baratear a mão-de-obra e eximir de responsabilidade direta o empregador tomador de serviços do cumprimento das obrigações trabalhistas. Em outras palavras, a terceirização faz com que se torne precário o vínculo de trabalho, com empregos sem qualidade para os trabalhadores.

410 Outrossim, conforme dados expostos pela ANAMATRA e outras 3 (três) entidades na Nota Técnica direcionada ao Senado Federal, a terceirização aumenta de forma significativa o número de acidentes de trabalho, o que ataca a segurança e a saúde dos trabalhadores. Na Petrobrás, como exemplo, mais de 80% dos mortos em trabalho entre os anos de 1995 e 2013 eram terceirizados (ANAMATRA *et al.*, 2017, p. 15).

No que tange ao ataque à segurança e à saúde dos empregados, a Reforma Trabalhista trouxe modificações prejudiciais, tais como a possibilidade de indenização integral do intervalo intrajornada nas jornadas 12x36 e a negociação de redução do intervalo, haja vista que o direito ao descanso serve para o corpo humano se recuperar do cansaço mental e físico, além de se alimentar, para poder suportar mais um período de labor (LISBÔA; MEDEIROS; MUNHOZ, 2018, p. 87).

Tem-se, também, a exclusão da necessidade de licença das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho para os empregados que trabalham em local insalubre em jornada 12x36, porquanto as 36 horas de descanso que são posteriores às 12 horas de labor em locais insalubres, não possui a capacidade de recuperar a saúde perdida pelo trabalhador, pois o horário de descanso é suficiente para a recuperação da fadiga física e do cansaço mental, mas não compensam o impacto dos agentes

físicos, químicos ou biológicos no organismo do ser humano (LISBÔA; MEDEIROS; MUNHOZ, 2018, p. 93).

Um dos temas mais polêmicos na Reforma Trabalhista foi o ataque à saúde das trabalhadoras, gestantes e lactantes, em atividades insalubres, porquanto a nova legislação limitou a regra do afastamento da função em atividades insalubres apenas em grau máximo, enquanto durar a gestação, estando os outros casos, inclusive a lactação, sob dependência de atestado médico solicitando o afastamento. Essa alteração coloca em risco a saúde da gestante, pois o período gestacional é um potencializador de doenças ocupacionais. Ademais, põe em risco o bebê, o qual pode sofrer restrição de crescimento, malformações, prematuridade, desmame precoce e pode ser levado a óbito (DINIZ; LISBÔA; MUNHOZ, 2018, p. 147-153).

Outra questão que merece destaque é o esvaziamento de direitos consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como por exemplo a possibilidade de firmar quaisquer tipos de acordos de compensação de horas, inclusive tacitamente, bem como o banco de horas por negociação individual, fazendo com que o trabalhador passe a não mais receber o adicional de horas extras de 50% sobre a remuneração normal, mesmo trabalhando habitualmente em carga horária superior à legalmente prevista (ANAMATRA *et al.*, 2017, p. 20).

No tocante aos direitos consagrados pelo sistema nacional, tem-se, com o advento da Lei n. 13.467/2017, a supressão das horas *in itinere* ou em trânsito, no qual o empregado deixa de ter computado como tempo de serviço o período que passa no transporte fornecido pelo empregador para o local de trabalho, em virtude de não haver transporte público regular no trajeto, sendo isto uma extinção de direito, cujo tema já estava pacificado pela Súmula n. 190 do TST e pela OJ n. 98 da SDI-I TST (LIMA, F. M. M.; LIMA, F. P. R. M., 2017, p. 31).

Na esfera de direito processual do trabalho, o assunto em destaque é a restrição do acesso do trabalhador à justiça, ofendendo diretamente o art. 5º, XXXV, da CRFB/88, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Sobre este tema, a Reforma Trabalhista prevê que terá a obtenção do benefício da gratuidade da justiça o empregado que perceber remuneração igual

ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social e aquele que comprovar insuficiência de recursos. Em outras palavras, para aqueles que percebam acima do limite previsto, não poderá apenas declarar, sob as penas da lei, que não possui condições de arcar com as custas processuais, sem prejuízo próprio ou de sua família (ANAMATRA *et al.*, 2017, p. 30-31). Assim, a legislação trabalhista, a qual protege os trabalhadores que possuem *status* jurídico desfavorável decorrente da ausência de igualdade contratual entre as partes, é menos flexível que a legislação civil, que possui como pressuposto contratual a igualdade entre os sujeitos, pois nesta basta a declaração de hipossuficiência de renda para ter acesso à justiça, enquanto naquela é necessária a prova cabal de ausência de recursos do trabalhador que percebeu acima dos limites legais, mesmo encontrando-se em situação de desemprego.

Além disso, a Lei n. 13.467/2017 traz o ônus ao trabalhador que for vencido no objeto da perícia judicial de arcar com os honorários do perito, ainda que seja beneficiário da justiça gratuita. Isto é, o empregado hipossuficiente terá que utilizar eventual crédito alimentar a que faça jus no mesmo processo ou em outro para efetuar o pagamento dos honorários periciais. Tal fato inviabiliza o trabalhador de ingressar com a ação trabalhista buscando a condenação da empresa ao pagamento de adicionais de insalubridade ou periculosidade, por exemplo, questões estas que atingem a saúde e segurança do próprio obreiro (ANAMATRA *et al.*, 2017, p. 31- 32).

As questões supracitadas são apenas algumas constantes da Reforma Trabalhista, as quais confirmam a tese exposta do ataque aos próprios trabalhadores e os seus direitos adquiridos durante vários anos de lutas sociais.

Outrossim, o legislador brasileiro, ao reduzir a proteção social nas relações de trabalho, enfraquece os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humano e do valor social do trabalho, além de poder causar em um futuro não muito distante, a concentração de renda e de pobreza, ferindo a garantia do desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais, os quais são objetivos fundamentais do Brasil (ANAMATRA *et al.*, 2017, p. 4).

5 CONCLUSÃO

Conclui-se, por fim, que quaisquer alterações legislativas não podem infringir o limite legal do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e demais direitos conquistados após intensos períodos de protestos e revoluções, estes para proporcionar um trabalho digno, humano, que atenda aos interesses coletivos e individuais, sobretudo não podem ser relativizados diante de uma pretensão elitista do mercado que, sorrateiramente, aduz falsos argumentos como, por exemplo, a redução do número de desemprego. Ora, tais questões não se resolverão com a banalização dos direitos adquiridos e a formulação de subempregos aos milhões, mas com uma consciência econômico-política de reduzir inicialmente gastos exorbitantes existentes em suas cúpulas diretivas de poder.

Nesta senda, observou-se que a precarização do Direito do Trabalho, transformando-a em uma espécie de Direito Patronal, fere com afincos os basilares princípios republicanos, por isto a necessidade clara e veemente de resistência frente aos retrocessos trazidos por tais alterações na legislação trabalhista.

Em suma, ratifica-se que o embate arguindo a inconstitucionalidade dos retrocessos gerados são medidas cabíveis de Direito, pois possuem em seu núcleo o real desejo de combater o total descaso ao trabalhador, que em maioria das vezes, já é o menos favorecido na relação trabalhista. Assim, pela proteção de tais cidadãos, pela sua dignidade e pela boa manutenção da economia, pressupõe-se que a discussão levantada na presente pesquisa é atual, merece atenção e, inclusive, continuidade, pois, certamente, os direitos já conquistados são conquistas irrenunciáveis, e não favores do mercado.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA; ANPT; ABRAT; SINAIT. **Nota técnica PLC 38/2017** – Reforma Trabalhista – Aspectos de inconstitucionalidade e de antijuridicidade. 21 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tnica-Conjunta-Reforma-Trabalhista---aspectos-de-constitucionalidade-e-antijuridicidade.pdf>>. Acesso em 08 maio 2018.

BEIRO, Nilo. **Apontamentos sobre a reforma trabalhista**. 6-11-2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI268440,11049-Apontamentos+sobre+a+refo>>

rma+trabalhista>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade: reflexões frankfurtianas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BLUME, Bruno André. **4 projetos de iniciativa popular que viraram leis**. 28 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/4-projetos-de-iniciativa-popular-que- viraram-leis/>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Regimento Interno**. 18. ed. 2017. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/ Constituicoes_Brasileiras/regimento-interno-da-camara-dos-deputados](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regimento-interno-da-camara-dos-deputados)>. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. _____. **Tramitação do Projeto de Lei n.º 6.787/2016, de 23 de dezembro de 2016**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ fichadetramitacao?idProposicao=2122076](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076)>. Acesso em: 29 abr. 2018.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/ b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 1º maio 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 jun. 2018.

_____. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Lex**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/ Del5452.htm>. Acesso em: 8 maio 2018.

_____. Lei n.º 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. **Lex**. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9709.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

_____. Lei n.º 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 nos 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. **Lex**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467. htm>. Acesso em: 8 maio 2018.

_____. Medida Provisória n.º 808, de 14 de novembro de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. **Lex**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/ mpv808.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

_____. Projeto de Lei n.º 6.787/2016, de 23 de dezembro de 2016. Altera o Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências.

Lex. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1520055&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 29 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Processo n.º: ADI 5794/DF.** Relator: Ministro Edson Fachin. Redator: Luiz Fux. 29 jun. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5794&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. _____. **Maiores litigantes no TST.** 31 maio 2018. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/maiores-litigantes>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno.** Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINIZ, Ricardo Córdova; LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lucio. **Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho:** artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018.

FESPSP. Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo. **Plebiscito e Referendo na história do Brasil.** 2 jul. 2013. Disponível em: <http://www.fesp.org.br/noticia/plebiscito_e_referendo_na_historia_do_brasil>. Acesso em: 12 abr. 2018.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma trabalhista:** entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017.

LOURENÇO, Iolando; GIRALDI, Renata. Empresa Brasileira de Comunicação. **Nos últimos 20 anos, Brasil fez um plebiscito e um referendo.** 30 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2013/06/nos-ultimos-20-anos-brasil-fez-um-plebiscito-e-um-referendo>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

MEDEIROS, Patrícia Braga; LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lucio. **Reforma trabalhista comentada por juízes do trabalho:** artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 13. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

SEVERO, Valdete Souto. **Os ataques à Justiça do Trabalho e a (im)possibilidade de aplicação da reforma trabalhista.** 31-10-2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/10/31/os-ataques-justica-do-trabalho-e-impossibilidade-de-aplicacao-da-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TEMER, Michel. **Carta aos senadores**. 28-6-2017. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/blogs/radar-economico/wp-content/uploads/sites/60/2017/07/DOC-Carta-20170628.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

TUROLLO JUNIOR, Reynaldo. **Supremo valida fim da contribuição sindical obrigatória**. 29 jun. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/06/supremo-valida-fim-da-contribuicao-sindical-obrigatoria.shtml>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2014.

VILELA, Daniel; MARINHO, Rogério. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 6.787, de 2016, do Poder Executivo**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961&filename=Tramitacao-PL+6787/2016>. Acesso em: 29 abr. 2018.



DIGNIDADE DA PESSOA, DANO EXISTENCIAL E JORNADAS EXTENUANTES: INCONSTITUCIONALIDADE DA NOVA JORNADA 12X36 INTRODUZIDA PELA LEI Nº 13.467/2017?

Paulo Cobre¹

Desirré Dorneles de Ávila Bollmann²

Resumo: O trabalho busca analisar as alterações implementadas pela Lei nº 13.467/2017 quanto à jornada 12x36, notadamente diante do modelo de Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988, do primado da dignidade da pessoa humana e da eficácia dos direitos fundamentais e sociais. É enfrentado, ainda, o conceito de dano existencial como consequência do descumprimento da limitação de jornada.

Palavras-chave: Jornada 12x36. Reforma Trabalhista. Dignidade humana. Dano existencial.

417

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi batizada de Constituição Cidadã por consagrar o respeito aos direitos fundamentais como um de seus fundamentos essenciais.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2015, p.492), “A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito”.

Em se tratando de constitucionalismo democrático, a dignidade humana é valor fundamental, como se infere do art. 1º, III, da Constituição

1 Analista judiciário, Especialista em Direito do Trabalho e Preparação à Magistratura pela AMATRA 12/ FURB. paulo.cobre@trt12.jus.br.

2 Juíza do Trabalho e Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI. desirre.bollmann@trt12.jus.br.

Cidadã.

Para Barroso,

[...] como valor e como princípio, a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo dos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais desempenham diferentes papéis no sistema jurídico. Destacam-se aqui dois deles: a) o de fonte direta de direitos e deveres e b) o interpretativo. (2015, p. 285)

A dignidade da pessoa relaciona-se diretamente ao direito à vida e à sua própria integridade física e moral.

Como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet,

o que se percebe, em última análise, é que, onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (2002, p.61)

A dignidade humana, como fundamento último dos próprios direitos fundamentais do homem, é valor que contamina e deve contaminar a sociedade brasileira, possuindo eficácia tanto vertical quanto horizontal.

Justamente a partir da ideia de que a dignidade humana está relacionada à própria noção do direito à vida digna é que se desenvolveu a teoria do dano existencial.

O dano existencial decorre da noção de que há comprometimento da dignidade humana e do direito a uma vida digna, quando a ação abusiva de outrem impacta no seu modo de ser social da pessoa, em suas relações familiares e em seu projeto de vida.

Para Almeida Neto,

como foi idealizado, o dano à vida de relação, na sua essência, consiste na ofensa física ou psíquica a uma pessoa que a impede, total ou parcialmente, de desfrutar os prazeres propiciados por atividades recreativas, extra laborativas as mais variadas, como praticar esportes, fazer turismo, pescar, frequentar cinema, teatro

ou clubes etc., interferindo decisivamente no seu estado de ânimo e, conseqüentemente, no seu relacionamento social e profissional, diminuindo suas chances de adaptação ou ascensão no trabalho, trazendo como consequência um reflexo patrimonial negativo. (2012, p.21)

Trata-se de uma modalidade de dano extrapatrimonial que já vinha sendo reportada, dentre outras, na legislação italiana, a qual vem entendendo o dano existencial como violação de direitos da personalidade.

No direito brasileiro, o direito à reparação por dano existencial vem se incrementando na jurisprudência ante a constatação de jornadas exaustivas, ou seja, jornadas impostas ao trabalhador para muito além dos limites constitucionais, a ponto de constituírem impedimento à convivência em sociedade do empregado, à participação tanto em atividades sociais, como religiosas, recreativas, de descanso etc., prejudicando seu projeto de vida, bem como de fruir um pouco dos benefícios da sociedade que ajuda a construir com o esforço de seu trabalho.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, XIII, limita a jornada máxima de trabalho a 8 horas diárias e 44 horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva de trabalho.

419

O excesso de jornada, como reconhecido amplamente na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, pode gerar violação ao princípio da dignidade humana e ensejar o dano existencial.

Em que pese ao teor do disposto na Constituição Federal e na contramão do valor da dignidade da pessoa insculpido na Norma Constitucional, a Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) trouxe no seu art. 59 a possibilidade da extensão da jornada 12 x 36 para qualquer categoria, mediante simples acordo individual.

Além da extensão indiscriminada da jornada para além dos limites constitucionais, a Lei n. 13.467/2017 também suprime os períodos de descanso do trabalhador ao prever que já incluído na remuneração o período destinado ao intervalo intrajornada.

Esse artigo busca debater se a nova jornada 12x36 prevista na Lei 13.467/2017 é compatível com os dispositivos constitucionais, notadamente com o valor da dignidade humana, e, ainda, se sua aplicação não resulta em

dano existencial para o trabalhador.

Para esse fim, tratar-se-á, num primeiro momento do artigo, do conceito de dignidade humana e da eficácia dos direitos fundamentais no direito constitucional brasileiro. Na sequência, falar-se-á do direito à vida digna em matéria trabalhista e do direito do trabalhador à limitação da jornada. Por fim, analisar-se-á o perfil da jornada 12x 36 antes e após o advento da Lei 13.467/2017, sua compatibilidade com as normas constitucionais, e, ainda, o risco de dano existencial para o trabalhador.

Esse artigo não pretende esgotar a temática senão levantar reflexão sobre o melhor caminho para o cumprimento da missão constitucional, em busca da maior efetivação dos direitos previstos na Constituição Cidadã, que é, em última análise, o objetivo de qualquer membro da sociedade brasileira.

2 DIGNIDADE HUMANA NA CONSTITUIÇÃO

420

2.1 Conceito de dignidade e sua posição constitucional

A Constituição Federal de 1988 concretizou a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduziu, ainda, inigualável progresso na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção dos setores vulneráveis da sociedade brasileira.

A partir do novo Texto Constitucional, os direitos fundamentais ganham um protagonismo extraordinário. De fato, a Carta de 1988 coloca-se como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos fundamentais na história do constitucionalismo nacional.

Neste mesmo sentido aponta José Afonso da Silva:

É a Constituição cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a realização da cidadania. (2015, p.80)

Segundo Flavia Piovesan,

... desde o seu preâmbulo, a Carta Cidadã projeta a construção

de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...) (2010, p.26)

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, destaca-se a dignidade humana (art. 1º, inciso III). Trata-se do amálgama do conceito do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, restando claro que os direitos fundamentais são elementares para a realização do princípio democrático.

Como afirma Jorge Miranda (1997, p.166), “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.

Com efeito, diante deste quadro normativo, é certo que o valor da dignidade da pessoa humana se impõe como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.

421

Importante destacar que, sob a ótica histórica, a primazia jurídica do valor da dignidade humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha.

Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei. Neste contexto, ao final da Segunda Guerra Mundial, emerge a grande crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal (PIOVESAN, 2010, p.28).

É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que, no Direito Constitucional ocidental, são adotadas cartas constitucionais abertas a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana. Neste sentido, esta será a marca das Constituições europeias do Pós-Guerra.

Busca-se a reaproximação da ética e do direito, e, neste esforço, surge a força normativa dos princípios, especialmente do princípio da dignidade humana. Há um reencontro com o pensamento kantiano com as ideias modernas de moralidade, dignidade.

De fato, conforme Howard Caygill (2000, p.155), “os seres racionais para Kant são ‘fins em si mesmos’, cuja existência possui ‘valor absoluto’, uma derivação que leva Kant à declaração do imperativo categórico de agir de modo a tratar o outro ‘sempre ao mesmo tempo como um fim e nunca simplesmente como um meio’”.

Ressalta-se que, de acordo com o pensamento de Kant (2007, p. 69), as pessoas devem existir como um fim em si mesmo, de onde se conclui que os seres racionais não devem ser arbitrariamente usados para este ou aquele propósito. Nessa linha, os seres racionais têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios.

422

Vale destacar que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Chega-se a questionar se uma pessoa que nunca teve uma escolha efetiva, ou, tampouco, teve consciência dela, ou, ainda, nunca exerceu o direito de escolha de forma verdadeira, possui autonomia e dignidade, ou se simplesmente se moveu perante a vida.

Conforme Oscar Vilhena Vieira (2006, p.67), a construção kantiana traz dois aspectos relevantes, a saber, um de ordem substantiva e outro de ordem formal.

Para o autor,

o princípio da dignidade, expresso no imperativo categórico, refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si e não como meio para a realização de objetivos de terceiros. A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios. Nesse sentido, embora a dignidade esteja intimamente associada à ideia de autonomia, de livre escolha, ela não se confunde com a liberdade no sentido mais usual da palavra – qual seja, a ausência de constrangimentos. A dignidade humana impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim. (2006, p.68)

E, mais adiante, acrescenta o autor:

(...) no que se refere ao aspecto formal, Kant contempla a dignidade humana, expressa pelo imperativo categórico, como uma exigência de imparcialidade. Se todas as pessoas são um fim em si, devem ser respeitadas. E ser “fim em si” significa ser considerado como feixe de razão e sentimentos que não podem ser injustificadamente suprimidos. Essa noção de imparcialidade impõe que as pessoas se tratem com reciprocidade não apenas como uma medida de prudência, mas como um imperativo derivado da assunção de que o outro tem o mesmo valor que atribuo a mim mesmo – portanto, é merecedor do mesmo respeito. (2006, p.67)

A vertente “kantiana” concretizou-se com a abertura das Constituições à força normativa dos princípios, com ênfase no princípio da dignidade humana, o qual unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade.

A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo.

Pode-se observar que a Constituição de 1988 traz a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), como objetivo da ordem econômica (art. 170), alicerce do planejamento familiar (art. 226, §7º) e dever da família, da sociedade e do Estado perante a criança, o adolescente e o jovem (art. 227).

Segundo clássica definição de Sarlet, a dignidade da pessoa humana é

“a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ética e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. (2002, p.60)

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que o constitucionalismo democrático tem por fundamento e objetivo a dignidade da pessoa humana.

Não se pode olvidar, contudo, que, o princípio da dignidade pode resultar nas mais diversas projeções e conclusões, a depender dos valores

que o operador do direito coloca em jogo. Trata-se de um conceito bastante amplo, com alta carga de abstração própria dos princípios fundamentais. Por tal motivo, deve-se buscar um conteúdo que propicie um norte ao intérprete e segurança jurídica ao sistema.

Para tanto, vamos nos valer do conteúdo jurídico da dignidade humana proposto por Barroso (2015, p.286). Segundo este autor, “as características de um conteúdo mínimo devem ser a laicidade, a neutralidade política e a universalidade”.

Nesta toada, apontam-se os três elementos que integram o conteúdo mínimo do conceito, a saber, o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia individual e o valor comunitário.

O valor intrínseco indica a colocação privilegiada da pessoa no mundo em relação a outros seres. Trata-se da manifestação do imperativo categórico de Kant, segundo o qual se deve tomar o homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas dos outros ou do próprio Estado.

424

A dignidade como autonomia envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente sua personalidade. Segundo Barroso (2015, p.287-8), no plano jurídico, a autonomia possui como pressuposto necessário à satisfação de um mínimo existencial, que “corresponde ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, e seu conteúdo equivale às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública”.

O último elemento, o valor comunitário, aponta que a “dignidade é moldada pelos valores compartilhados pela comunidade, seus padrões civilizatórios, seu ideal de vida boa”, possuindo como principal escopo a proteção de valores sociais (BARROSO, 2015, p. 288).

Estabelecidos a definição, o conteúdo mínimo e a posição do princípio em nossa Constituição, conclui-se que a dignidade humana é o vértice de nosso ordenamento, um superprincípio que norteará a aplicação e a eficácia dos direitos fundamentais e sociais.

2.2 Eficácia dos direitos fundamentais

O art. 5º, §1º, da CRFB dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Surge, aqui, a questão de definir o significado e alcance do referido dispositivo em relação às diversas espécies de direitos fundamentais.

Segundo Sarlet (2006, p.274), existem diferentes entendimentos sobre a matéria. Há aqueles que adotam concepção mais extrema, no sentido de que todo direito fundamental possui eficácia imediata e gera uma posição jurídica subjetiva de vantagem, inclusive as normas programáticas. De outra forma, há corrente que advoga que grande parte dos direitos fundamentais apenas ganha eficácia com a atuação do legislador ordinário.

De acordo com o citado autor,

a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. (2006, p.282)

425

Isto significa que os direitos fundamentais apresentam, em regra, aplicabilidade imediata e eficácia plena, ressalvadas exceções verificadas em casos concretos, as quais demandam ampla e exauriente fundamentação a fim de justificar a não incidência imediata do direito fundamental.

Importante salientar que os direitos fundamentais inicialmente surgiram como um direito de oposição ou resistência do cidadão contra a ação Estatal, de tal sorte que a eficácia dos direitos fundamentais era entendida como meramente vertical, ou seja, o direito do cidadão em oposição à ingerência da força Estatal sobre sua pessoa.

Posteriormente, em meados do século XX, passou a se ter uma compreensão mais abrangente dos direitos fundamentais, no sentido de que, para além de mero direito de oposição ou resistência, eles também se aplicam para as relações entre os particulares, de tal sorte que possuem também eficácia horizontal.

Nesse sentido os dizeres de Cavalcante Filho (PORTAL TV

JUSTIÇA):

Em meados do século XX, porém, surgiu na Alemanha a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que defendia a incidência destes também nas relações privadas (particular-particular). É chamada eficácia horizontal ou efeito externo dos direitos fundamentais (horizontawirkung), também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (drittwirkung).

Conclui o autor que, “em suma: pode-se que dizer que os direitos fundamentais se aplicam não só nas relações entre o Estado e o cidadão (eficácia vertical), mas também nas relações entre os particulares-cidadãos (eficácia horizontal)”.

Neste quadro, o Poder Judiciário ganha especial importância, uma vez que está investido no poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes a plena eficácia.

426 Não se pode olvidar, todavia, que tal poder possui limites. De fato, há certos obstáculos que impedem possa ser acolhido de forma absoluta o preenchimento de lacunas existentes nas normas definidoras de direitos fundamentais, notadamente no que se refere aos direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, em contraponto aos limites da reserva do possível, falta de legitimação dos tribunais para a implementação de determinados programas socioeconômicos.

2.3 Eficácia dos direitos sociais

O princípio da dignidade da pessoa humana não demanda apenas a garantia de autonomia e liberdade do indivíduo, mas também um mínimo de segurança social, já que sem os recursos materiais para uma existência digna, não se poderia falar efetivamente em liberdade de escolhas ou sequer em vida digna.

Considerando-se que os direitos sociais são direitos fundamentais, a eles seria aplicável o regime previsto no art. 5º, § 1º, da CRFB, isto é, possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Não obstante, o problema da exigibilidade dos direitos fundamentais se revela especialmente delicado quando se trata de avaliar em que medida

é possível, por intermédio do Poder Judiciário, impor ao Poder Público uma prestação diretamente fundada na Constituição, não previamente assegurada por lei infraconstitucional.

Destaca-se que o argumento contrário mais comum à referida implementação dos direitos sociais, a saber, que trataria de normas de cunho meramente programático, já não mais se sustenta, diante do comando expreso contido no art. 5º, § 1º, da CRFB. Pensamento contrário acabaria por retirar a natureza de direito fundamental, transformando-se os direitos sociais em direitos apenas na medida da lei.

O obstáculo mais polêmico se refere à aplicação da chamada “reserva do possível”, que se divide em dois aspectos, um fático e um jurídico. Aquele indica a inexistência ou escassez de recursos materiais pelo Poder Público. O aspecto jurídico está atrelado à necessidade de lei orçamentária autorizando o gasto, normalmente extraordinário.

Enfatiza-se, por oportuno, que os direitos sociais não são direitos absolutos, a exemplo dos demais direitos fundamentais, submetendo-se, assim, a um sistema de limites, representados pela reserva do possível e pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

427

Neste sentido, Sarlet destaca que

é possível sustentar a existência de uma obrigação, por parte dos órgãos estatais e dos agentes políticos, de maximizarem os recursos e minimizarem o impacto da reserva do possível, naquilo que serve de obstáculo à efetividade dos direitos sociais. (2012, p.562)

Deve-se afastar uma visão meramente burocrática da reserva do possível. Neste sentido, incumbe ao Poder Público demonstrar a absoluta impossibilidade de fornecimento das prestações sociais.

Outro parâmetro a ser considerado na efetivação dos direitos fundamentais é a garantia do mínimo existencial. Conforme já ressaltado, o mínimo existencial está englobado no conteúdo jurídico do princípio da dignidade humana, garantindo ao indivíduo o exercício de sua verdadeira autonomia e cidadania.

Assim, quando em causa o direito à vida e ao mínimo existencial, não podem prevalecer as objeções habituais da reserva do possível e da

separação de poderes, tomando-se o mínimo existencial como critério material de ponderação (SARLET, 2012, p.564).

3 DIREITO DO EMPREGADO À LIMITAÇÃO DA JORNADA E DANO EXISTENCIAL

3.1 Evolução do direito à limitação da jornada

As longas jornadas de trabalho existiam desde a sociedade pré-capitalista, na qual o trabalho se dava notadamente na área rural e no artesanato. Não obstante, o trabalhador tinha pleno controle do processo produtivo e despendia sua força de trabalho nos moldes por ele definidos, adaptando, assim, a produtividade à sua necessidade.

Esta forma de realização do labor sofreu profundo impacto com a Revolução Industrial, que definiu um novo modo de produção, em que o trabalhador não mais detinha os meios de produção, mas sim estava submetido a uma estrutura fortemente hierarquizada, na qual bastava a realização de tarefas mais simples e repetitivas.

Em busca do aumento dos lucros, os novos empresários impunham forte pressão pelo aumento da produtividade, baixos salários e jornadas extenuantes, sem falar no largo emprego de mão de obra infantil. Tais circunstâncias tiveram como relutado natural um grande número de acidentes e doenças do trabalho, com um contingente de trabalhadores incapacitados desprovidos de qualquer tipo de proteção social.

Diante de tal realidade, a limitação da jornada tornou-se um dos principais objetivos dos movimentos operários. Com efeito, as reivindicações paulatinamente ganharam corpo, especialmente em meados do século XIX, destacando-se que, em 1864, foi fundada a Associação Internacional dos Trabalhadores (AIT), que estabeleceu dentre suas prioridades a luta pela adoção da jornada de oito horas.

Passou a ganhar força o que a doutrina passou a designar de regra dos “três-oito”, que dividia o dia em três períodos de oito horas, destinados ao trabalho, ao lazer e ao descanso.

Assim, no final do século XIX muitos países já haviam adotado

limitações à jornada de trabalho. Percebe-se, desta forma, que os movimentos operários não passaram despercebidos pelos capitalistas.

Não obstante, não se pode dizer que a referida limitação foi uma benesse concedida em vista da dignidade dos trabalhadores. Em verdade, observou-se que as longas jornadas desaguavam na queda qualitativa do trabalho. Não se pode olvidar, ainda, que a modernização dos meios de produção possibilitava a redução das horas de trabalho, mantendo-se a produtividade e a qualidade.

Neste contexto, a Convenção n. 1 da Organização Internacional do Trabalho tratou sobre a jornada de oito horas e de limitações ao labor extraordinário, modelo que se estendeu aos países centrais do capitalismo.

No âmbito do direito nacional, o Decreto n. 1.313, de 17 de janeiro de 1891, estabeleceu regras acerca do trabalho infantil nas fábricas da capital. Apenas com Getúlio Vargas é que foi estabelecida a limitação da jornada em oito horas diárias, inicialmente para os trabalhadores do comércio, o que foi estendido a outras categorias posteriormente, até a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho em 1943, que englobou toda a legislação sobre a matéria.

429

3.2 Diretrizes constitucionais sobre a limitação da jornada

A Constituição Federal de 1988 manteve, como regra geral, o limite de oito horas diárias previsto na CLT, mas trouxe o limite semanal de 44 horas semanais, conforme o art. 7º, inciso XIII.

Observa-se, ainda, que o legislador constitucional originário previu a hipótese de compensação de jornada, desde que realizada por negociação coletiva. Dispôs, por fim, acerca da jornada especial de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, excepcionando, mais uma vez, hipótese de negociação coletiva (art. 7º, inciso XIV).

Ressalta-se que o legislador ordinário, a fim de concretizar o direito fundamental à limitação de jornada, impôs limite ao número de horas extras prestadas por dia, que não poderão exceder de duas.

3.3 Limitação da jornada e direito à saúde

Tradicionalmente, é dito que a limitação de jornada possui três fundamentos básicos, a saber, biológicos, sociais e econômicos (CASSAR, 2010, p.616).

Sob o viés econômico, tem-se que um trabalhador submetido a longas jornadas, sem pausas e sem momentos de lazer, produz menos, o que gera uma desvantagem competitiva ao empregador. Outrossim, o excesso de trabalho atinge de forma direta a integridade física e mental do empregado, o que traduz o aspecto biológico. Por último, o aspecto social, pelo qual o trabalhador submetido a longas jornadas tem pouco tempo para o lazer, o descanso e convívio social e familiar.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2009, p.775),

as normas jurídicas concernentes à duração do trabalho já não são mais – necessariamente – normas estritamente econômicas, uma vez que podem alcançar, em certos casos, a função determinante de normas de saúde e segurança laborais, assumindo, portanto, o caráter de norma de saúde pública.

Diante do princípio da dignidade da pessoa, vértice de nosso ordenamento, entendemos que a perspectiva econômica da norma resta apenas como um escopo residual.

Assim, deve-se caracterizar a limitação de jornada como um direito social fundamental com aplicação imediata, especialmente nas relações privadas. Corrobora tal assertiva o fato de a Carta de 1988 trazer como direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, na forma do art. 7º, inciso XXII.

Efetivamente, a limitação de jornada possui como principal objetivo a proteção da saúde do trabalhador, esta entendida também como direito social fundamental do cidadão (art. 6º da CRFB). Neste diapasão, fala-se em direito à desconexão, pelo qual o empregado deve possuir momentos de afastamento integral do trabalho, a fim de repor suas energias, ter momentos de lazer e manter o convívio social e familiar.

Assim, contraposto à exploração do trabalho em jornadas extenuantes, temos o direito ao lazer como algo necessário e considerado pelo ordenamento jurídico nacional um direito fundamental.

Vale destacar, ainda, que o direito ao lazer está contemplado em diversas normas internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo XXIV), do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (artigo 7º) e a Declaração da Filadélfia (artigo III, *i*).

3.4 Limitação da jornada e direito à vida digna

É possível afirmar que a limitação de jornada faz parte do conceito jurídico mínimo da dignidade humana anteriormente proposto. De fato, tomado o valor intrínseco, segundo o qual o ser humano é um fim em si mesmo, tem-se que o direito à limitação de jornada concretiza o direito à integridade física, moral e psíquica.

Do ponto de vista da autonomia, que possui como um dos seus pressupostos a garantia de um mínimo existencial, a limitação de jornada representa a possibilidade de exercício pleno da cidadania por meio do exercício do direito à desconexão, constituindo núcleo essencial dos direitos sociais fundamentais, portanto.

431

Em 1999, a OIT formalizou um conceito de trabalho decente, o qual

sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres obtenham um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. (<http://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>, consulta em 06.05.2018)

Com efeito, de acordo com o conceito proposto por Platon Teixeira de Azevedo Neto,

trabalho decente corresponde à soma necessária da dignidade à liberdade (que abrange o pressuposto da erradicação do trabalho forçado), à igualdade (que abarca o pressuposto do fim da discriminação), à segurança e à saúde, à atividade lícita e à remuneração justa, bem como à liberdade sindical, desde que não haja trabalho infantil. (2015, p.119)

Não resta dúvida, assim, que a limitação da jornada faz parte do

conceito de trabalho decente, pois garante a segurança e a dignidade do trabalhador.

Todavia, em que pese refletir a eficácia dos direitos sociais e fundamentais do trabalhador e, principalmente, concretizar a primazia da dignidade humana, a limitação da jornada de trabalho vem sofrendo diversos ataques, notadamente a partir de década de 1970, momento em que se desencadeou a crise do petróleo.

O sistema capitalista tem como uma de suas principais características a mutação do modelo de produção, sempre na busca da redução de custos e implemento dos lucros.

Nesta linha, um dos principais alvos do empresariado é justamente a limitação de jornada, uma vez que arcar com adicionais de horas extras e repercussões nas demais verbas trabalhistas parece constituir um obstáculo a ser vencido, ainda que em detrimento da existência digna do trabalhador. De acordo com o discurso neoliberal, os direitos sociais representam um custo que impede o crescimento da economia dos países.

432

É neste contexto que foram implementadas flexibilizações na jornada de trabalho, como a instituição do banco de horas anual e a construção dos mais diversificados sistemas de jornada de trabalho, trazendo-se à baila, como exemplo paradigmático, a jornada 12x36.

Observa-se, desta forma, o recrudescimento do ataque à limitação da jornada, especialmente com a chamada “reforma trabalhista” protagonizada pela Lei nº 13.467/2017. Neste contexto, doutrina e jurisprudência trabalhistas voltam a se debruçar sobre o tema das jornadas extenuantes, bem como dos danos resultantes.

3.5 Dano existencial e jornadas extenuantes

A imposição de longas jornadas de trabalho gera, sob a ótica do empregador, unicamente repercussões econômicas. Neste sentido, a principal consequência da prestação de horas extras é o pagamento do adicional previsto na Lei Maior, ou aquele previsto em norma coletiva, desde que mais benéfico, bem como o pagamento das repercussões em outras verbas, no caso de labor extraordinário habitual. Há, ainda, a simples possibilidade

de compensação das horas extraordinárias em módulo anual.

Vislumbra-se, neste diapasão, a possibilidade de o empregado trabalhar habitualmente em jornada extenuante e, em consequência, apenas ser pago, quando muito. Há, assim, a possibilidade de mera monetização do labor extraordinário, em claro detrimento da saúde do trabalhador.

Não se pode olvidar que uma das principais funções da limitação de jornada, aí incluídos os intervalos e o descanso semanal remunerado, é possibilitar ao empregado a reposição de energias. É certo que o cansaço é cumulativo e não se esvai com a fruição de curtos períodos de descanso. É exatamente neste quadro que se dá aos intervalos natureza de direito indisponível, inclusive diante da renúncia expressa do empregado.

Essa realidade se encaixa com perfeição naquilo que a doutrina denominou de dano existencial, o qual pode ser definido como a perda de um projeto de vida como resultado de um ato ilícito ou do abuso de um direito.

Segundo Almeida Neto (2012, p. 28-29), o dano existencial foi bem desenvolvido na jurisprudência e doutrina italianas, como forma de suprir uma lacuna existente entre a bipartição até então existente entre danos materiais e danos morais.

Com efeito, Geppino Rago, citado por Almeida Neto, anota que,

“Nos últimos anos entrou em cena o chamado dano existencial, graças não só às inúmeras decisões da jurisprudência como ao estímulo de uma parte respeitável da doutrina. Essa exigência nasceu da observação de um dado factual: notou-se que uma séria de eventos, qualificados abstratamente como danos, não encontravam proteção na clássica bipartição dano patrimonial/dano não patrimonial. Por exemplo: a) o vazio existencial que se instala no sujeito cujo parente próximo morre ou sofre graves lesões pelo comportamento doloso ou culposo de terceiro; b) a lesão e humilhação da dignidade pessoal do trabalhador sujeito a ação de *mobbing*; c) o stress físico que se decorre da difusão excessiva de ruído; d) o *stress* emocional e físico que pode decorrer de férias arruinadas por culpa de terceiros; e) o trauma da morte culposa de um animal de estimação; f) as consequências de um protesto ilegítimo; g) os danos de uma calúnia ou difamação; h) os inconvenientes dos moradores de um edifício desmoronado por um vazamento de gás etc. Todos esses casos, como se pode notar, se situam em uma área que, seguindo o tradicional sistema ressarcitório,

não seria indenizável: o vazio existencial, a ofensa da dignidade pessoal, de fato, não são indenizáveis a título de dano patrimonial, porque, à evidência, não são danos que comprometem o patrimônio do ofendido; também não são classificados como dano moral porque (...) são danos que não se limitam a uma aflição passageira, mas são danos que prejudicam o ofendido permanentemente”. (2012, p. 28-29)

O conceito de dano existencial foi abraçado pela doutrina trabalhista nacional, como forma de fazer frente às jornadas extenuantes. São diversos os casos em que empregados são submetidos a jornadas habituais de mais de 10 horas, sem a concessão integral do intervalo intrajornada e de descanso semanal remunerado, bem como o labor em escala de plantão. Some-se a isso a imposição de venda de um terço das férias.

Tais circunstâncias impossibilitam o exercício dos direitos fundamentais à desconexão, lazer e ao convívio familiar e social. Trata-se, desta forma, da implosão do projeto de vida do indivíduo, que se vê privado de fruir sua vida fora do ambiente de trabalho e de promover sua realização pessoal.

434

A jurisprudência trabalhista foi igualmente sensível ao tema. Nesta linha, citamos recente julgado do TST:

(...) 4. HORAS EXTRAS. MOTORISTA. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. TRABALHO EXTERNO. CONTROLE DE JORNADA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. 5. DIÁRIAS DE VIAGEM. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. NATUREZA SALARIAL. SÚMULA 101/TST. 6. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANO EXISTENCIAL. PRESTAÇÃO EXCESSIVA, CONTÍNUA E DEZARRAZOADA DE HORAS EXTRAS. CONFIGURAÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. O excesso de jornada extraordinária, para muito além das duas horas previstas na Constituição e na CLT, cumprido de forma habitual e por longo período, tipifica, em tese, o dano existencial, por configurar manifesto comprometimento do tempo útil de disponibilidade que todo indivíduo livre, inclusive o empregado, ostenta para usufruir de suas atividades pessoais, familiares e sociais. A esse respeito é preciso compreender o sentido da ordem jurídica criada no País em cinco de outubro de 1988 (CF/88). É que a Constituição da República determinou a instauração, no Brasil, de um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), composto, segundo a doutrina, de um tripé

conceitual: a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, necessariamente democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também necessariamente democrática e inclusiva (Constituição da República e Direitos Fundamentais - dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015, Capítulo II). Ora, a realização dos princípios constitucionais humanísticos e sociais (inviolabilidade física e psíquica do indivíduo; bem-estar individual e social; segurança das pessoas humanas, ao invés de apenas da propriedade e das empresas, como no passado; valorização do trabalho e do emprego; justiça social; subordinação da propriedade à sua função social, entre outros princípios) é instrumento importante de garantia e cumprimento da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, concretizando sua dignidade e o próprio princípio correlato da dignidade do ser humano. Essa realização tem de ocorrer também no plano das relações humanas, sociais e econômicas, inclusive no âmbito do sistema produtivo, dentro da dinâmica da economia capitalista, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil. Dessa maneira, uma gestão empregatícia que submeta o indivíduo a reiterada e contínua jornada extenuante, que se concretize muito acima dos limites legais, por doze horas diárias, por exemplo, em dias sequenciais, agride todos os princípios constitucionais acima explicitados e a própria noção estruturante de Estado Democrático de Direito. Se não bastasse, essa jornada gravemente excessiva reduz acentuadamente e de modo injustificável, por longo período, o direito à razoável disponibilidade temporal inerente a todo indivíduo, direito que é assegurado pelos princípios constitucionais mencionados e pelas regras constitucionais e legais regentes da jornada de trabalho. Tal situação anômala deflagra, assim, o dano existencial, que consiste em lesão ao tempo razoável e proporcional, assegurado pela ordem jurídica, à pessoa humana do trabalhador, para que possa se dedicar às atividades individuais, familiares e sociais inerentes a todos os indivíduos, sem a sobrecarga horária desproporcional, desarrazoada e ilegal, de intensidade repetida e contínua, em decorrência do contrato de trabalho mantido com o empregador. No caso vertente, o Tribunal Regional, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, concluiu que restou provada a existência de jornada excessiva, a ponto de causar lesão à dignidade do Autor ou de impedir o seu convívio familiar e social, mantendo, portanto, a sentença que deferiu o pleito reparatório. Assim sendo, afirmando a Instância Ordinária, quer pela sentença, quer pelo acórdão, que restou provada a alegada jornada extenuante a ensejar a reparação moral pretendida, torna-se inviável, em recurso de revista, reexaminar o conjunto probatório dos autos, por não se tratar o TST de suposta terceira instância, mas

de Juízo rigorosamente extraordinário - limites da Súmula 126/TST. Recurso de revista não conhecido nos aspectos (...).

(RR - 10549-59.2015.5.15.0080 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 22/03/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/03/2017)

O direito fundamental do trabalhador à saúde passa, necessariamente, pelo respeito à limitação da jornada, como corolário da dignidade humana, do valor social do trabalho e da função social da empresa (CRFB, arts. 3º, III e IV, e 5º, XXIII), não se esquecendo, ainda, que a saúde tem a sua base fundamental no direito à vida. O trabalhador, na condição de ser que aliena a sua força de trabalho, tem direito à desconexão.

4 JORNADA 12X36 E A REFORMA TRABALHISTA

4.1 Primeiras discussões sobre a jornada 12x36

436

A chamada jornada 12x36, na qual o empregado labora 12 horas e folga 36, caracteriza-se como prática adotada ordinariamente em certos setores econômicos, como o hospitalar e o de vigilância. Trata-se de escala de trabalho resultante de usos e costumes em atividades que não podem sofrer solução de continuidade.

Segundo Vólia Bomfim Cassar (2010, p.707) , em que pese a ausência de regulamentação específica sobre a matéria, a jurisprudência inicialmente tolerou a pactuação do regime 12x36, desde de que pactuado por norma coletiva.

A admissão do citado regime de plantão estava fundamentado na concessão de maior período de descanso e no respeito ao limite semanal de 44 horas, em que pese ultrapassado o limite de 10 horas diárias. Era consignado, até mesmo, que o regime era mais benéfico ao trabalhador.

Neste diapasão, citamos o seguinte julgado do TST:

RECURSO DE EMBARGOS. JORNADA DE TRABALHO EM REGIME DE 12X36. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. VALIDADE. HORAS EXTRAORDINÁRIAS APÓS A 10ª DIÁRIA. A jornada de trabalho de 12 x 36 é extremamente benéfica ao trabalhador, e é adotada usualmente em específicos ramos de

atividade como hospitais, segurança, p. ex.. Nesse regime a jornada excedente de 12 (doze) horas é compensada com um período maior de descanso, 36 (trinta e seis) horas, e, principalmente, com a redução das horas trabalhadas ao final de cada mês. Enquanto o trabalhador que cumpre 44 (quarenta e quatro) horas de trabalho semanais e jornada normal de oito horas, limitações previstas no inciso XIII, do artigo 7º da Carta Magna, acaba por trabalhar 220 (duzentas e vinte) horas por mês. O trabalho mensal do empregado sujeito ao regime 12 x 36 não suplanta, jamais, as 192 (cento e noventa e duas) horas, como no presente caso. Deste modo, não há como se retirar a validade do regime, pela concessão de horas extraordinárias após a 10ª diária, com base no art. 59, §2º, da CLT, sob pena de se retirar a validade do acordo de compensação de jornada, historicamente adotado por diversas categorias, para adoção do regime de 12 x 36 horas, mediante participação da entidade sindical, e que possibilita ao empregado, após uma jornada maior de trabalho, de doze horas, o descanso determinado, de trinta e seis horas, baseado na livre negociação havida entre as partes, não havendo se falar em jornada prejudicial ao trabalhador, sequer alegada. Embargos conhecidos e desprovidos.

(TST-E-RR-804453/2001, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 15/09/2008, SDI-1, Data de Publicação: DEJT 26/09/2017)

437

Tal entendimento foi posteriormente consolidado na Súmula nº 444, a seguir transcrita:

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26.11.2012

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

É possível notar que as decisões do TST, que acabaram por culminar no referido Verbete Sumular, tratam do regime 12x36 como uma excepcionalidade, a ser estabelecida por meio de negociação coletiva.

De acordo com esse entendimento, o art. 7º, XIII, da Constituição de 1988 permite a flexibilização da jornada de trabalho por meio de negociação coletiva. Outrossim, na jornada 12x36 existe efetiva compensação de horas, sendo que no regime de 12x36 a jornada mensal tem um total de 180 horas, número mais favorável do que o limite constitucional de 220 horas. Assim, caso reconhecida a validade do regime, não poderá haver pagamento das horas posteriores à 10ª – tendo como limite a 12ª hora - como extraordinárias.

Frise-se, por oportuno, que, de acordo com a jurisprudência dominante, apenas os descansos semanais remunerados estão incluídos no regime de compensação, pelo que o empregado terá direito aos feriados laborados em dobro, na forma da Lei nº 605/1949. Ademais, é certo que o trabalhador fará jus ao adicional noturno e à hora noturna reduzida, bem como ao intervalo intrajornada.

No campo legislativo, pode-se indicar a Lei nº 11.901/2009, que dispõe sobre a profissão de bombeiro civil. Nos termos do art. 5º, a jornada do bombeiro civil é de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso.

A Lei Complementar nº 150/2015, que regulamentou o contrato de trabalho doméstico, previu, em seu art. 10, a faculdade de as partes, mediante acordo escrito individual, estabelecer horário de trabalho de 12 horas seguidas por 36 horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Esta última regulamentação merece especial atenção em dois pontos, a saber, a possibilidade de estabelecimento do regime por acordo individual e a previsão de indenização do intervalo intrajornada.

A justificação para a possibilidade de acordo individual remete ao fato de inexistir categoria econômica dos empregadores domésticos, uma vez que não se trata de atividade lucrativa.

A possibilidade de indenização do intervalo intrajornada, no entanto, constitui clara medida de flexibilização de direito indisponível do empregado. De qualquer forma, acreditamos que não se deve interpretar que o intervalo suprimido adquire natureza indenizatória, devendo-se seguir os parâmetros estabelecidos na Súmula nº 437 do TST.

Destaca-se que o regime 12x36 não escapou de críticas de parte da doutrina trabalhista, especialmente pelo fato de ser ultrapassada a limitação diária de horas, bem como o intervalo concedido não se mostrar suficiente a repor as energias do empregado.

Nesta linha, Jorge Luiz Souto Maior escreveu que

O revezamento 12 X 36 fere, frontalmente, a Constituição e a Lei. A lei não permite trabalho em horas extras de forma ordinária. E, se houver trabalho em hora extra, a jornada não pode ultrapassar a 10 horas. No regime de 12 X 36 há trabalho freqüente além de oito horas diárias, portanto, horas extras (o fato de ser remunerado como tal, ou não, não afeta a realidade, pois hora extra é a hora que ultrapassa o limite máximo da jornada normal) e há trabalho com jornada superior a 10 horas. O descanso a mais que se dá, com a folga no dia seguinte, primeiro não retira a ilegalidade e segundo, sob o aspecto fisiológico, não repõe a perda sofrida pelo organismo, ainda mais sabendo-se, como se sabe, que no dia seguinte o trabalhador não descansa, ocupando-se de outras atividades e mesmo vinculando-se a outro emprego. Uma jornada de 12 horas vai contra todos os preceitos internacionais de direitos humanos. (2013, p.138)

439

Com efeito, a jornada 12x36 importa uma extrapolação excessiva do número normal de horas de trabalho.

4.2 Jornada 12x36 após a reforma trabalhista

A Lei nº 13.457/2017 incluiu o art. 59-A na CLT, prevendo de forma ampla a jornada 12x36.

De início, observa-se que tal regime de compensação pode ser estabelecido por meio de simples acordo individual escrito. Fica expresso, ainda, que a remuneração mensal pactuada já abrange o pagamento de repousos semanais remunerados e feriados, sendo considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver.

Ressalta-se que o novo dispositivo prevê que os intervalos intrajornada poderão ser indenizados, tal como já constava na lei regulamentadora do trabalho doméstico.

Outra importante alteração consta do parágrafo único do art. 60, que excetua o regime 12x36 da exigência de licença prévia do Ministério do Trabalho para as atividades insalubres.

Cumprе observar, neste contexto, que o novo regramento se afastou dos parâmetros anteriormente estabelecidos na Súmula nº 444 do TST, uma vez que afastou a necessidade de negociação coletiva e excluiu o dever de pagamento dobrado dos feriados laborados.

Com efeito, o novo regramento traz um sistema bastante prejudicial aos empregados que laboram em jornada 12x36. Logo, tais alterações devem ser analisadas de acordo com a Constituição de 1988, notadamente diante do primado da dignidade humana e da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

4.3 Constitucionalidade da nova jornada 12 x 36

Conforme já assinalado, a reforma trabalhista possibilitou a pactuação da jornada 12x36 por meio de mero acordo individual escrito, em detrimento da jurisprudência consolidada do TST.

440 A imperiosa necessidade de negociação coletiva prevista na Súmula nº 444 do TST objetiva concretizar o comando do art. 7º, inciso XIII, da CRFB. Assim, qualquer regime de compensação que acabe por ultrapassar o limite diário e semanal de horas deve ser autorizado por negociação coletiva.

Nesta linha, é necessário que se dê interpretação conforme a Constituição para excluir do art. 59-A da CLT a possibilidade de celebração da jornada 12x36 por acordo individual.

A previsão de que o pagamento ordinário da jornada 12x36 já inclui os feriados laborados pode afrontar o limite constitucional de 44 horas semanais. Essa circunstância é apontada por Homero Batista Mateus da Silva (2017, p.46), segundo o qual basta “o mês ter 6 dias de descansos – mesclando feriados e domingos – para a conta não fechar”.

É importante assinalar que o art. 7º, inciso IX, da CRFB garante ao trabalhador remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, sendo que o TST possui jurisprudência consolidada no sentido de que a majoração da hora noturna é alcançada cumulativamente pelo pagamento do adicional e pela redução hora noturna.

Logo, entende-se que qualquer interpretação dada ao dispositivo celetista que exclua efetiva compensação pelo trabalho noturno padece de

inconstitucionalidade.

Outro ponto que merece especial atenção é a previsão de possibilidade da jornada 12x36 em trabalho insalubre, sem a necessidade de autorização do Ministério do Trabalho ou, ao menos, negociação coletiva.

Tem-se, aqui, colisão frontal com o art. 7º, XXII, da CRFB, uma vez que a liberação irrestrita de labor extraordinário em ambiente insalubre coloca em xeque a saúde e a segurança do trabalhador, direitos fundamentais sociais que compõe o conceito jurídico mínimo do princípio da dignidade humana.

Em derradeiro, entende-se que referido regime de compensação entre em choque com o próprio fundamento da República, a dignidade humana, tomado como princípio detentor de um conteúdo jurídico mínimo, tal como afirmado neste trabalho.

Neste diapasão, a jornada 12x36 vai de encontro ao valor intrínseco do ser humano, elemento ontológico da dignidade humana, visto que fere a integridade física e psíquica do trabalhador. É contrário, também, à autonomia, elemento ético da dignidade, pois retira do trabalhador o mínimo existencial necessário para o exercício da cidadania.

441

5 JORNADA 12X36 E DANO EXISTENCIAL

Ao prever a ausência de pagamento dobrado dos feriados laborados e efetiva compensação pelo trabalho noturno, a possibilidade de supressão do intervalo intrajornada e o labor irrestrito em ambiente insalubre, defende-se que a jornada 12x36 pode resultar em dano existencial ao trabalhador.

Inicialmente, é de ser afastada a visão de que basta ao empregador remunerar o acréscimo legal para que possa exigir prestação de jornada suplementar acima dos limites determinados pela Constituição Federal.

Os períodos de repouso previstos em nosso ordenamento jurídico constituem o patamar civilizatório mínimo, possuindo natureza de direito fundamental à segurança e à saúde no trabalho. Trazem, assim, implícita a ideia de que o empregado precisa recompor suas energias a cada ciclo de prestação de serviços, sob pena de perda não só da energia física, mas

também do convívio familiar e social.

Com efeito, já antes da reforma implementada pela Lei nº 13.467/2017, apontava-se os efeitos deletérios da jornada 12x36, como o aumento dos acidentes de trabalho e a fadiga acumulada em profissões que exigem elevado grau de atenção e acuidade visual, como vigilantes, empregados do setor de saúde e motoristas de carga.

Não se pode olvidar, ainda, que é fato recorrente nas reclamações trabalhistas a identificação da dobra de turno habitual.

A reforma acaba por potencializar os efeitos negativos ao retirar do trabalhador a garantia de fruição dos feriados e intervalo intrajornada, os quais apenas serão monetizados.

Ressalta-se que os limites para se considerar o trabalho salubre, previstos nas normas técnicas do Ministério do Trabalho, levam em conta o limite de 8 horas de trabalho diário. Ultrapassado tal limite de horas, a insalubridade gera seus efeitos deletérios, sendo que a concessão de intervalo posterior é irrelevante, uma vez que tais efeitos são cumulativos (SILVA, 2017, p.47).

Assim, mais do que uma mera condição inerente a determinadas profissões, a jornada 12x36 implementada nos moldes da reforma trabalhista demonstra repetidas violações ao patamar mínimo de direitos relativos à saúde do trabalhador, revelando-se suficiente para caracterizar alteração substancial nas relações familiares, sociais e afetivas do indivíduo, violando o princípio basilar da Carta de 1988 - a dignidade humana.

E o conceito de vida digna, visto em toda sua extensão, passa pela preservação de diversos bens jurídicos, como a saúde, a segurança e o lazer. Exige-se que seja garantido ao homem não só o direito de viver, mas de conviver com os demais e de ter reconhecido seu valor no núcleo social e familiar.

Diante de todo o exposto, resta certo que a nova sistemática da jornada 12x36 impedirá a construção do projeto de vida do trabalhador e resultará em dano existencial, razão pela qual caberá aos operadores do direito especial sensibilidade na análise do caso concreto, a fim de buscar a reparação integral do dano causado.

6 CONCLUSÕES

A dignidade humana caracteriza-se como verdadeiro superprincípio em nosso ordenamento jurídico, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo.

Neste diapasão, a Constituição de 1988 traz a dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), como objetivo da ordem econômica (art. 170), alicerce do planejamento familiar (art. 226, §7º) e dever da família, da sociedade e do Estado perante a criança, o adolescente e o jovem (art. 227).

Observou-se, ainda, que o conceito jurídico mínimo da dignidade humana é integrado por três elementos, a saber: o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia individual e o valor comunitário. Desta forma, afasta-se o caráter de abstração do conceito, o que permite, em última análise, maior aplicabilidade e efetividade do princípio.

A Constituição Federal de 1988 traz a limitação de jornada como um direito social fundamental com aplicação imediata, especialmente nas relações privadas. Corrobora tal assertiva o fato de a Carta de 1988 trazer como direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, na forma do art. 7º, inciso XXII.

O direito fundamental do trabalhador à saúde, passa, necessariamente, pelo respeito à limitação da jornada, como corolário da dignidade humana, do valor social do trabalho e da função social da empresa (CRFB, arts. 3º, III e IV, e 5º, XXIII), não se esquecendo, ainda, que a saúde tem a sua base fundamental no direito à vida. O trabalhador, na condição de ser que aliena a sua força de trabalho, tem direito à desconexão.

Não resta dúvida, assim, que a limitação da jornada faz parte do conceito de trabalho decente, pois garante a segurança e a dignidade do trabalhador. Outrossim, o descumprimento agressivo da limitação de jornada pode gerar o chamado dano existencial.

Com efeito, o conceito de dano existencial foi abraçado pela doutrina trabalhista nacional como forma de fazer frente às jornadas extenuantes. São diversos os casos em que empregados são submetidos a

jornadas habituais de mais de 10 horas, sem a concessão integral do intervalo intrajornada e de descanso semanal remunerado, bem como o labor em escalar de plantão.

Tais circunstâncias impossibilitam o exercício dos direitos fundamentais à desconexão, ao lazer e ao convívio familiar e social. Trata-se, desta forma, da implosão do projeto de vida do indivíduo, que se vê privado de fruir sua vida fora do ambiente de trabalho e de promover sua realização pessoal.

A chamada jornada 12x36, na qual o empregado labora 12 horas e folga 36, caracteriza-se como prática adotada ordinariamente em certos setores econômicos, como o hospitalar e o de vigilância. Trata-se de escala de trabalho resultante de usos e costumes em atividades que não podem sofrer solução de continuidade.

A Lei nº 13.457/2017 incluiu o art. 59-A na CLT, prevendo de forma ampla a jornada 12x36.

444

Ressalta-se que o novo dispositivo prevê que os intervalos intrajornada poderão ser indenizados, tal como já constava na lei regulamentadora do trabalho doméstico.

Outra importante alteração consta no parágrafo único do art. 60, que excetua o regime 12x36 da exigência de licença prévia do Ministério do Trabalho para as atividades insalubres.

Cumprindo observar, neste contexto, que o novo regramento se afastou dos parâmetros anteriormente estabelecidos na Súmula nº 444 do TST, uma vez que afasta a necessidade de negociação coletiva e exclui o dever de pagamento dobrado dos feriados laborados, bem como dispensa a autorização do órgão governamental para o trabalho insalubre.

Com efeito, o novo regramento traz um sistema bastante prejudicial aos empregados que laboram em jornada 12x36.

Nesta toada, defende-se que tais alterações devem ser analisadas de acordo com a Constituição de 1988, notadamente diante do primado da dignidade humana e da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

A imperiosa necessidade de negociação coletiva prevista na Súmula

nº 444 do TST objetiva concretizar o comando art. 7º, inciso XIII, da CRFB. Assim, qualquer regime de compensação que acabe por ultrapassar o limite diário e semanal de horas deve ser autorizado por negociação coletiva.

Por outro lado, a previsão de que o pagamento ordinário da jornada 12x36 já inclui os feriados laborados pode afrontar o limite constitucional de 44 horas semanais.

É de se assinalar que há previsão constitucional de remuneração superior para o serviço noturno.

Por fim, há violação do próprio direito à saúde na previsão de possibilidade da jornada 12x36 em trabalho insalubre, sem a necessidade de autorização do Ministério do Trabalho ou, ao menos, negociação coletiva.

Tem-se, aqui, colisão frontal com o art. 7º, XXII, da CRFB, uma vez que a liberação irrestrita de labor extraordinário em ambiente insalubre coloca em xeque a saúde e a segurança do trabalhador, direitos fundamentais sociais que compõem o conceito jurídico mínimo do princípio da dignidade humana.

445

Do resultado desta análise conclui-se que referido regime de compensação entra em choque com o próprio fundamento da República, a dignidade humana, tomado como princípio detentor de um conteúdo jurídico mínimo, tal como afirmado neste trabalho.

Nessa linha, a jornada 12x36 vai de encontro ao valor intrínseco do ser humano, elemento ontológico da dignidade humana, visto que fere a integridade física e psíquica do trabalhador.

É contrária, também, à autonomia, elemento ético da dignidade, pois retira do trabalhador o mínimo existencial necessário para o exercício da cidadania.

Diante de todo o exposto, resta certo que a nova sistemática da jornada 12x36 impedirá a construção do projeto de vida do trabalhador e resultará em dano existencial, razão pela qual caberá aos operadores do direito especial sensibilidade na análise do caso concreto, a fim de buscar a reparação integral do dano causado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial** – a tutela da dignidade da pessoa humana. In: Revista Síntese Direito Civil e Processo Civil. São Paulo: Síntese. v. 12, n. 80, nov. – dez. de 2012.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **O trabalho decente como um Direito humano**. São Paulo, LTr, 2015.

BARROSO Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAYGILL, Howard. **Dicionário de Kant**. Rio, Zahar Editora, 2000.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 5 jun. 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

446

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Em Defesa da Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho**. In: Revista LTr 70-01/2013, p. 138.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra : Almedina, 1997, v. 4.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Análise da Lei 13.467/2017. Artigo por Artigo. 2. ed. São Paulo: RT, 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.



A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR EM CASOS DE ACIDENTE OU DOENÇAS NO TELETRABALHO APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Rodrigo Bulcão Vianna Domingues¹

Resumo: Certamente um dos pontos que gerará discussões nos Tribunais Trabalhistas, depois da vigência da Lei n. 13.467/2017, será a responsabilidade civil do empregador por lesões e enfermidades ocorridas no teletrabalho, uma vez que o art. 75-E da CLT passou a prever que o empregador deverá instruir os empregados com a finalidade de evitar acidentes e doenças ocupacionais. Mesmo tratando de forma superficial o tema, o legislador manteve a obrigação do empregador de tomar as medidas necessárias de precaução e prevenção do ambiente de trabalho. No processo trabalhista, além da dificuldade na produção da prova do próprio ato lesivo (acidente ou doença ocorridos fora do ambiente físico da empresa), haverá dificuldade na comprovação da culpa do empregador e também da alegação de culpa exclusiva do empregado no incidente. De acordo com o texto legal, existirá necessidade mínima de comprovação formal por parte do empregador de que orientou de maneira expressa e ostensiva o empregado para tomar medidas de prevenção de acidentes, mas isto, por si só, não o eximirá de responsabilidades caso tenha deixado de adotar todas as medidas efetivas para evitar acidentes e doenças laborais, diante do ordenamento jurídico vigente, que garante aos empregados um meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado.

447

Palavras-chave: Meio ambiente de trabalho. Acidentes do trabalho. Responsabilidade civil do empregador. Teletrabalho.

1 Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis – CESUSC (2013). Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela escola do Ministério Público de Santa Catarina (2014). Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis - CESUSC (2018). Advogado – OAB/SC 39.106. rodrigobvdomingues@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Com as novas formas de organização do mercado de trabalho, o teletrabalho ficou cada vez mais presente no dia a dia das empresas brasileiras. Contudo, era mínima a segurança para o empreendedor que quisesse contratar dessa maneira, uma vez que não havia uma regulamentação específica sobre o tema.

Com a vigência da Lei n. 13.467/2017 (intitulada de reforma trabalhista) esse regime de trabalho passou a ter regulamentação própria, o que gerará mais segurança nesses contratos individuais de trabalho.

Os arts. 75-A a 75-E da Consolidação das Leis Trabalhistas passaram a prever expressamente a modalidade do teletrabalho, disciplinando inclusive a necessidade do empregador de instruir os empregados sobre as precauções necessárias para evitar acidentes e/ou doenças laborais.

Logo, restou evidenciado, o dever do empregador em adotar todas as medidas para evitar acidentes laborais, trazendo uma problemática a ser enfrentada no processo trabalhista sobre a prova da culpa para eventual indenização nos acidentes ou doenças do trabalho adquiridos fora do ambiente físico da empresa.

Dessarte, o presente trabalho abordará a responsabilidade civil do empregador em doenças ou acidentes ocupacionais ocorridos no regime do teletrabalho, de acordo com o ordenamento jurídico vigente a partir de 11 de novembro de 2017.

2 TELETRABALHO

2.1 Meio ambiente de trabalho

Na compreensão de Silva (2003, p. 19), o conceito de Meio Ambiente é estabelecido pela “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

Faz parte desta definição o chamado “meio ambiente do trabalho”, que é uma espécie de meio ambiente, no qual envolve todos os elementos

essenciais às relações de trabalho, conforme conceitua Franco Filho (2016, p. 366):

Entende-se por meio ambiente do trabalho todos os locais onde o trabalhador, em razão do seu ofício, desenvolve suas atividades laborais, seja interna (instalações da empresa) ou externamente (motorista, viajante, trabalhador rural, *v.g.*), e se encontre sob controle direto ou indireto do empregador. Pode ser incluído, não exclusivamente, também no meio ambiente artificial.

Devemos considerar nesse tipo de meio ambiente, as condições do local de trabalho quanto à qualidade de vida do obreiro, da mesma forma como os bens, instrumentos e meios, materiais e imateriais, para o homem desenvolver seu trabalho.

Como visto, o meio ambiente do trabalho excede os limites do espaço geográfico das instalações da empresa e alcança também locais externos como a residência do trabalhador, quando lá forem realizadas as suas atividades laborais.

Atualmente o meio ambiente do trabalho resta tutelado pela Constituição Federal de 1988, conforme é possível observar pela análise sistemática dos seus arts. 225, 7º, XXII, e 170.

O art. 225 dispõe que: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Já o art. 7º, XXII, afirma que é direito de todos os trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho.

Por fim, o art. 170 da CF estabelece ser uma das finalidades da ordem econômica assegurar a todos uma existência digna, segundo os parâmetros da justiça social, observando-se o princípio da defesa do meio ambiente.

Em âmbito internacional, o art. 4º da Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (Decreto n. 1.254/1994) impôs ao Brasil colocar em prática uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores, nestes termos:

Todo Membro deverá, em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em

conta as condições e a prática nacionais, formular, por em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho.

Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.

Assim, pela análise dos referidos artigos, percebe-se que existe uma proteção constitucional e internacional do meio ambiente de trabalho, assegurando a todos os trabalhadores um meio ambiente equilibrado e saudável, sendo que todos os particulares e o Poder Público devem adotar as medidas necessárias de prevenção, redução e repressão dos riscos laborais.

Essas considerações são importantes na medida em que os trabalhadores passam uma grande parcela dos seus dias em seus postos de trabalho, de modo que os efeitos das atividades desenvolvidas superam a esfera de trabalho atingindo também a qualidade de suas vidas.

450

Cumprе frisar, que em virtude do fim coletivo entabulado pelo princípio da prevenção, o direito ao meio ambiente de trabalho saudável deve sempre prevalecer sobre o princípio constitucional da livre iniciativa privada, conforme ensina Konrath (2014, p. 129):

A iniciativa privada, no empreendedorismo aplicado, estimula a criatividade, imprime responsabilidade, premia o esforço individual com os resultados alcançados, mas tem, ainda, como traço constitucional, o ícone de valor social.

Esse ícone de valor social que lhe é atribuído faz ver que a autonomia privada, presente na livre iniciativa, tem limites marcados pelos fins sociais, num claro deslocamento da primazia do individual para o coletivo.

Observa-se assim, o dever social da manutenção de um ambiente de trabalho saudável e sadio a todos os trabalhadores, ainda que este trabalho seja realizado fora dos limites do estabelecimento comercial.

2.2 Trabalho interno e externo

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), mesmo antes da vigência da Lei n. 13.467/2017, já previa a distinção entre o trabalho realizado nas dependências da empresa (interno) e o realizado fora do alcance do controle do empregador (externo).

Tanto é que o art. 62, inciso I, da CLT, com a redação conferida pela Lei n. 8.966/1994, já estabelecia que os empregados que realizavam atividades externas não eram obrigados a registrar suas jornadas, pois era incompatível com a fixação de horários:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; [...]

Todavia, ainda que existam algumas peculiaridades no trabalho externo como a impossibilidade de controle de jornada de trabalho, o art. 6º da CLT, com a redação dada pela Lei n. 12.551/2011, disciplina que não existe distinção entre o trabalho realizado interno, no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que caracterizados os requisitos da relação de emprego:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Dessa forma, caracterizados os pressupostos da relação de emprego como a subordinação, a não eventualidade, a onerosidade e a pessoalidade, a lei não poderá fazer distinção entre o trabalho realizado dentro ou fora do estabelecimento, recebendo assim o empregado que trabalha fora do ambiente físico da empresa toda a proteção da legislação trabalhista.

2.3 O uso da tecnologia da informação no âmbito das relações de trabalho

O uso de tecnologias de comunicação e informação está cada dia mais presente em empresas de todos os setores, estando em contato constante na vida de quase todos os trabalhadores atualmente.

Essas tecnologias do mundo globalizado estão possibilitando cada vez mais o trabalho realizado fora das estruturas da empresa, sendo a forma mais conhecida a do “*home office*”.

Normalmente, para que seja possível a realização do trabalho realizado em casa, há necessidade de conexão com a internet e o uso de ferramentas que ligam o trabalho realizado no espaço físico da empresa com a residência do trabalhador, o que se intitula teletrabalho.

Mas o teletrabalho não é somente o realizado na casa do trabalhador, ele pode ser realizado em qualquer ambiente fora do espaço físico da empresa, segundo o conceito disposto no art. 75-B da CLT:

Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Neste viés, a principal caracterização do teletrabalho é o trabalho realizado em sua maior parte fora do ambiente físico da empresa e com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação.

Todo e qualquer meio de comunicação realizado por aparelhos e aplicativos que se utilizam de tecnologias de comunicação como *notebook*, celular, *whatsapp*, *e-mails*, Skype, etc., são meios hábeis à caracterização do teletrabalho.

Cumprir registrar que o teletrabalho possui inúmeras vantagens e desvantagens para ambas as partes da relação de trabalho, conforme salientam Souza Júnior, *et al.* (2017, p. 106) na seguinte análise:

[...] o teletrabalho tem vantagens e desvantagens tanto para o

empregador quanto para o trabalhador e também para o meio ambiente (como a diminuição da poluição e do trânsito pela redução do uso de veículos). Entre as vantagens para a empresa está a redução do espaço imobiliário, com diminuição de custos inerentes à aquisição de locais, aluguéis, manutenção, transporte etc., bem como pela eliminação do tempo perdido, sobretudo no trânsito, o que pode gerar maior produtividade. Por outro lado, o teletrabalho gera a necessidade de investimentos em equipamentos e conexões. E esses gastos não podem ser repassados para o trabalhador, pois interessa ao empregador a realização das atividades de forma satisfatória.

Como desvantagem ao trabalhador também é possível citar o fato de não haver limites de jornadas (exceção do art. 62, III, da CLT), podendo passar diversas horas à disposição do empregador para dar conta do serviço, aumentando consideravelmente as chances de contrair doenças do trabalho ou se acidentar.

De outro lado, passa o empregado a ter maior autonomia, estabelecer seus próprios horários de trabalho, diminuição do *stress*, mais tempo livre com a família (Franco Filho, 2016, p. 155).

Neste contexto, percebe-se que o uso das tecnologias nas relações de trabalho possui um papel fundamental nos dias atuais e podem sim ser uma grande vantagem tanto para os empregadores como para os empregados.

Contudo, ambas as partes (empregador e empregado) terão que tomar cuidados especiais em relação ao meio ambiente em que o teletrabalho será realizado para se evitar aumentos nos números de acidentes e doenças do trabalho.

3 ACIDENTES DE TRABALHO E DOENÇAS OCUPACIONAIS

3.1 Acidente típico

O conceito de acidente de trabalho típico está previsto no *caput* do art. 19 da Lei n. 8.213/91:

Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta

Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Da leitura do texto legal podemos concluir que toda lesão corporal ou perturbação funcional que ocasione perda ou redução da capacidade laboral, pelo exercício do trabalho para o empregador é considerado como acidente de trabalho.

Para Castro e Lazzari (2011, p. 570), o acidente de trabalho possui as seguintes características: “a exterioridade da causa do acidente; a violência; a subtaneidade e a relação com a atividade laboral”.

Saber o significado do acidente de trabalho é primordial devido às suas consequências práticas.

Isto porque, além da eventual possibilidade de reparação do dano causado ao empregado, o acidente de trabalho gera consequências imediatas ao contrato de trabalho, já que o art. 118 da Lei n. 8.213/91 garante a estabilidade provisória ao emprego, pelo período de 12 meses após a alta previdenciária, nestes termos:

O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

A Súmula n. 378, inciso II, do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho dispõe que, para isto, há necessidade de afastamento do trabalho por período superior a 15 dias, e a percepção de auxílio-doença acidentário ou posteriormente ao contrato de trabalho, quando for constatado que a doença profissional tenha nexos de causalidade com as atividades exercidas:

**ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO.
ART. 118 DA LEI N. 8.213/1991.**

I - É constitucional o artigo 118 da Lei n. 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado. (ex-OJ n. 105 da SBDI-1 - inserida em 01.10.1997)

II - São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a conseqüente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional

que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego. (primeira parte - ex-OJ n. 230 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91.

Logo, para ter a garantia de emprego faz-se necessário que o empregado acidentado se afaste do emprego por mais de 15 dias e tenha se afastado do trabalho para a percepção do auxílio-doença acidentário (MARTINS, 2015, p. 153).

Resta, portanto, assegurado ao empregado que sofrer acidente de trabalho a garantia do emprego pelo período de 12 meses após a alta previdenciária.

3.2 Doenças ocupacionais

As doenças profissionais e do trabalho também são consideradas pela legislação pátria como acidente do trabalho, na forma do art. 20 da Lei n. 8.213/91:

455

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

Nesses termos, doença profissional é aquela inerente a uma determinada profissão, desencadeada pelo exercício dessa atividade que está prevista na relação feita pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Complementa ainda Manhabusco (2010, p. 35):

Podem ser apontados como elementos caracterizadores das doenças profissionais não só a existência dos mesmos sintomas em trabalhadores que se dediquem à mesma profissão, como também, se restar claro, que o tipo de atividade desenvolvida pelo obreiro é a

causa da doença.

Já a doença do trabalho é a contraída ou desencadeada em decorrência das condições de trabalho, quando o empregado, exposto a um determinado risco ambiental adquire uma doença que o afasta do trabalho.

Assim, o meio ambiente de trabalho é o principal agente causador da doença do trabalho (MANHABUSCO, 2010, p. 36).

Insta consignar que a própria legislação excluiu do conceito de doença do trabalho as doenças degenerativas, as inerentes a grupos etários, as que não produzam incapacidade laborativa e as endêmicas, na forma do §1º do art. 20 também da Lei n. 8.213/91.

Neste norte, lecionam Castro e Lazzari (2011, p. 574):

Não são consideradas doenças do trabalho: a doença degenerativa – causada por agentes endógenos, com a perda gradativa da integridade física ou mental; a doença inerente a grupo etário (relacionadas à velhice, como a arteriosclerose e a osteoporose); a que não chegou a produzir incapacidade para o trabalho; a doença endêmica adquirida em função da região territorial em que se desenvolva (malária, febre amarela, dengue, cólera), salvo exposição ou contato direto em função do trabalho. Contudo, o agravamento de doença degenerativa, em função do trabalho, tem sido considerado como doença ocupacional.

Por fim, registra-se que as doenças ocupacionais, por serem equiparadas ao acidente típico de trabalho, também gerarão a estabilidade provisória no emprego.

3.3 As situações equiparadas ao acidente de trabalho

A legislação previdenciária ainda equipara ao acidente de trabalho as seguintes situações listadas no art. 21 da Lei n. 8.213/91:

Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

- I.** o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;
- II.** o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em conseqüência de:

- a)* ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;
 - b)* ofensa física intencional, inclusive de terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho;
 - c)* ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;
 - d)* ato de pessoa privada do uso da razão;
 - e)* desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior;
- III.* a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;
- IV.* o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:
- a)* na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa;
 - b)* na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito;
 - c)* em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado;
 - d)* no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado.

Desse modo, além dos acidentes típicos de trabalho e das doenças ocupacionais em sentido amplo, os itens listados no art. 21 da Lei n. 8.213/91, são equiparados ao acidente de trabalho para os fins previdenciários e também trabalhistas, gerando direito do acidentado à estabilidade provisória no emprego.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR EM MATÉRIA ACIDENTÁRIA

4.1 Os requisitos para a responsabilidade civil

O art. 5º, inciso V, da Constituição Federal de 1988 esclarece que: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Já o Código Civil brasileiro, dispõe, nos seus arts. 186 e 927 que:

186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Logo, todo ato praticado em desconformidade com a ordem jurídica vigente e que cause danos a terceiros obriga o ofensor a pagar pela sua integral reparação.

Regra geral, para que ocorra a reparação por parte do ofensor, são necessários que estejam presentes os seguintes pressupostos: ação ou omissão (ato ilícito), o dano (material, físico ou psicológico), a culpa em sentido amplo (dolo ou culpa) e o nexo causal entre o ato ilícito e o dano ocorrido.

A ação ou omissão passível de responsabilização é qualificada juridicamente, apresentando-se como ato ilícito. Sobre o conceito de ato ilícito, esclarece Tartuce (2013, p. 426):

De início, o ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. O ato ilícito é considerado como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei.

Já o dano, por sua vez, pode ser material, que se reflete em dano emergente e lucros cessantes (redução ou perda da capacidade laboral, salarial, custos médicos, etc.); moral (dor física ou psicológica) e estético

(harmonia física da vítima) (DELGADO, 2011, p. 600-601).

Nesta linha, acrescenta ainda Franco Filho (2016, p. 259):

Importante anotar a razão das três indenizações cabíveis: o dano material visa a repor as despesas com o tratamento do trabalhador (exceto, evidente, aquelas respondidas pelo empregado); o dano estético destina-se a reparar as sequelas que lhe feriram o corpo; o dano moral objetiva recompor o abalo íntimo que atingiu sua honra e sua personalidade.

A culpa se subdivide em dolo (quando há intenção do agente causador do dano) ou culpa em sentido restrito (negligência, imprudência e imperícia).

Neste sentido, ensina Manhabusco (2010, p. 50):

A diferença primordial entre a culpa e o dolo é que neste existe a instenção do agente em causar o resultado maléfico, enquanto naquela o agente pratica a conduta, mas não tem a intenção do resultado, que é um desdobramento da negligência, imprudência ou imperícia da conduta praticada.

459

Por fim, o nexu de causalidade ou nexu causal é o elemento imaterial da responsabilidade civil, que constitui a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém (TARTUCE, 2013, p. 452).

Tais pressupostos são os configuradores da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, quando há a necessidade de comprovação de culpa *lato sensu* (dolo ou culpa).

Em se tratando de responsabilidade civil objetiva (somente nos casos previstos em lei ou em atividades de risco), não haverá a necessidade da comprovação da culpa em sentido amplo, devendo ser comprovados apenas o ato ilícito, o dano e o nexu causal entre eles.

4.2 Características da responsabilidade civil aplicada às relações de trabalho

Nas relações de trabalho, é sabido que o empregador possui responsabilidade sobre todos os seus atos, sendo que, quando da prática de atos lesivos com repercussões patrimoniais, responderá pelos danos causados

mediante ressarcimento dos prejuízos causados a seus empregados.

O art. 2º da CLT considera empregador: “[...] a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Do conceito legal de empregador, destaca-se que este assume os riscos da atividade econômica, ou seja, de acordo com o princípio da alteridade, ao auferir lucros, também possuiu o ônus com todas as responsabilidades decorrentes do seu negócio (teoria do risco).

Nas relações de trabalho, este ônus faz nascer ao empregador a responsabilidade de forma objetiva (sem necessidade de comprovação de culpa) pelos seus atos e de seus empregados e prepostos.

Tem-se assim a responsabilidade civil objetiva pelas indenizações por dano moral ou à imagem resultantes de conduta ilícita cometida pelo empregador ou suas chefias contra o empregado, sem relação com a infortunística do trabalho (DELGADO, 2011, p. 601).

460

Então, de modo geral, para que ocorra indenização pelos atos do empregador, é necessária apenas a comprovação do ato ilícito, do dano (moral ou material) e do nexo causal entre ambos.

Entretanto, em matéria acidentária, nos casos de acidentes (típicos e equiparados) e/ou doenças ocupacionais (doenças profissionais e do trabalho), o art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988 disciplinou expressamente que para ocorrer a indenização do empregado deverá ser comprovado o dolo ou a culpa do empregador no evento danoso:

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

[...]

XXVIII - seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Sobre o tema, salienta Delgado (2011, p. 603):

O terceiro requisito é, finalmente, a culpa empresarial. De maneira geral, segundo a doutrina e jurisprudência dominantes desde o momento de afirmação jurídica de tais tipos de indenização, a contar

da Constituição de 1988, é necessária a configuração da culpa do empregador ou de suas chefias pelo ato ou situação que provocou o dano no empregado.

Nesta linha de raciocínio, segue a majoritária jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região:

ACIDENTE DO TRABALHO OU DOENÇA A ELE EQUIPARADA. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. A responsabilidade civil, no que concerne aos acidentes de trabalho e às doenças a ele equiparadas, é subjetiva, forte no comando do art. 7º, XXVIII, da Carta Magna, pelo que se exige a demonstração de culpa do empregador na ocorrência do infortúnio. (RO 0001291-71.2015.5.12.0027, SECRETARIA DA 3A TURMA, TRT12, TERESA REGINA COTOSKY, publicado no TRTSC/DOE em 15/12/2017)

ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. A indenização por acidente do trabalho está alicerçada na teoria da responsabilidade civil de natureza subjetiva, sendo necessária a prova cabal da existência da culpa do ofensor para surgir o direito da vítima, conforme as normas emanadas dos arts. 7º, inc. XXVIII, da Constituição da República e 186 e 927, *caput*, do Código Civil. Assim, a responsabilidade da empregadora deverá ser analisada à luz da teoria subjetiva, devendo resultar configurados os pressupostos do dever de indenizar, a saber: o dano, o nexo causal e a culpa. Presentes estes, devida a indenização. (RO 0001202-25.2013.5.12.0025, SECRETARIA DA 3A TURMA, TRT12, LILIA LEONOR ABREU, publicado no TRTSC/DOE em 28/11/2017)

DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALEGAÇÃO DE DOENÇA DESENVOLVIDA/AGRAVADA EM RAZÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. A responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho ou doença profissional equiparada ocorrido com seus empregados é, de regra, de natureza subjetiva, pressupondo a necessidade de comprovação do dolo ou culpa para a caracterização da responsabilidade civil de indenizar. Não comprovada a culpa do empregador na doença adquirida pelo empregado, improcede o pleito de indenizações por danos morais e materiais. (RO 0001206-47.2014.5.12.0051, SECRETARIA DA 3A TURMA, TRT12, ALEXANDRE LUIZ RAMOS, publicado no TRTSC/DOE em 04/09/2017)

Deste modo, em regra geral, a responsabilidade civil do empregador nos casos de acidentes e/ou doenças funcionais será subjetiva, por expressa

previsão constitucional, sendo que a reparação do dano somente ocorrerá quando comprovada a culpa da empresa.

Entretanto, há situações em que a jurisprudência vem aceitando a responsabilidade civil objetiva também em matéria acidentária que são nas atividades de risco acentuado, utilizando-se como base o parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Neste sentido, colhe-se da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região:

DANO MORAL. ATENDENTE DE ALARME. MOTOCICLISTA. COLISÃO NO TRÂNSITO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. A atividade de atendente de alarme, desenvolvida com deslocamentos constantes por meio de motocicleta, constitui atividade de risco, sendo a responsabilidade do empregador por acidente de trânsito no exercício de atividade profissional objetiva. Configurada a responsabilidade objetiva do empregador, deve ele indenizar os danos morais sofridos pelo autor. (RO 0000366-53.2015.5.12.0002, SECRETARIA DA 2A TURMA, TRT12, GARIBALDI TADEU PEREIRA FERREIRA, publicado no TRTSC/DOE em 25/01/2018)

RESPONSABILIDADE CIVIL. ATIVIDADE DE RISCO. Tratando-se de situação que a atividade da empregadora oferece alto grau de risco, tem cabimento a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, que independe de culpa (CC, art. 927, parágrafo único), bastando a verificação do fato (dano) e do nexos causal entre ele e a atividade exercida. (RO 0005278-84.2015.5.12.0005, SECRETARIA DA 3A TURMA, TRT12, NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI, publicado no TRTSC/DOE em 23/01/2018)

Por fim, registra-se que a utilização da tese da responsabilidade civil objetiva em matéria acidentária fora das atividades de risco ainda é minoritária na jurisprudência nacional.

4.3 A prova dos requisitos no teletrabalho

Com a vigência da Lei n. 13.467/2017, o legislador reforçou expressamente a necessidade de que o empregador cumpra o seu dever geral de proteção e promoção do equilíbrio do meio ambiente laboral (artigo 7º, XXII, da CF), também ao empregado submetido ao regime do teletrabalho.

O novel art. 75-E da Consolidação das Leis Trabalhistas dispõe que o empregador deverá instruir os empregados submetidos ao regime do teletrabalho, buscando evitar doenças e acidentes no teletrabalho:

O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Assim, existirá necessidade mínima de comprovação formal por parte do empregador de que orientou de maneira expressa e ostensiva o empregado para tomar as medidas de prevenção, mas isto, por si só, não o eximirá de culpa caso tenha deixado de tomar medidas preventivas e efetivas para evitar acidentes e doenças.

O legislador ordinário, atento aos princípios jusambientais previstos na Constituição Federal da prevenção e da precaução ambiental, além da sua política de prevenção de acidentes e doenças laborais, determinou expressamente o dever do empregador de tomar todas as medidas de prevenção para evitar acidentes e doenças também no teletrabalho (SOUZA JÚNIOR, *et al.*, 2017, p. 109).

Tais medidas são de suma importância, uma vez que, como o empregado neste regime está fora do controle físico do empregador, sem receber vigilância de técnicos de segurança do trabalho ou da própria CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes), é exigido que o empregador minimamente instrua esses empregados, de maneira expressa e ostensiva, para tomar precauções para diminuição dos acidentes e doenças.

O art. 157 da Consolidação das Leis do Trabalho impõe às empresas o cumprimento de normas de segurança e medicina do trabalho:

Art. 157 - Cabe às empresas:

I. cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina

do trabalho;

II. instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais;

III. adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente;

IV. facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Igualmente, determina o §1º do art. 19 da Lei n. 8.213/91: “§ 1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador”.

Sobre os riscos acidentários no teletrabalho, Souza Júnior *et al.* (2017, p. 108), ressaltam:

Há diversos riscos inerentes ao teletrabalho, especialmente ergonômicos e psicossociais. De fato, os teletrabalhadores tendem a labutar longas horas sem qualquer pausa, inclusive pela madrugada e finais de semana. Também são mais propensos a atuar em ambientes com pouca luminosidade, temperatura imprópria, postura inadequada e em execução de movimentos repetitivos e tarefas monótonas. Preocupações com a segurança de dados empresariais sigilosos também ganham relevância no teletrabalho, o mesmo se dando com o perigoso quadro de isolamento social e fadiga visual/mental. Outro elemento de risco no teletrabalho reside na dificuldade de gestão coordenada dos espaços familiar e laboral (afinal, nem sempre se disporá de um local reservado e tranquilo para praticar o teletrabalho). Todos esses fatores bem demonstram que o labor fora das dependências da empresa mediante recursos telemáticos induz cenário extremamente nocivo à saúde psicofísica do teletrabalhador.

Neste sentido, também alerta Franco Filho (2016, p. 156 e 157):

Por fim, devem ser observadas medidas preventivas para a saúde do obreiro. Nos telecentros, é adequada a prévia aprovação das instalações pela autoridade competente em matéria de segurança, saúde, higiene e medicina do trabalho (art. 160 da CLT). Ademais, deve o empregado ser submetido a exames admissionais, periódicos e demissional e haver o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual (EPI), conforme o art. 167 e §§ da CLT e da NR-7.

Logo, a simples assinatura do empregado no termo de responsabilidade no qual se comprometerá a seguir as instruções fornecidas no teletrabalho (parágrafo único do art. 75-E da CLT) não será suficiente

para eximir a culpa do empregador em eventual reparação civil postulada, devendo ele realizar vistorias e adequar o ambiente de trabalho do empregado submetido no teletrabalho, sob pena de ter sua culpa presumida no evento danoso.

Como o legislador não definiu regras a respeito das vistorias e manutenções que deverão ocorrer para que o empregador possa cumprir com suas responsabilidades, principalmente no que concerne ao trabalho realizado na residência do empregado, discussões jurídicas deverão ser recorrentes nos Tribunais Trabalhistas, principalmente em vista do que dispõe o art. 5º, inciso XI, da CF, ao estabelecer que a casa é o asilo inviolável do qual ninguém poderá adentrar sem autorização do seu proprietário ou por ordem judicial.

Em vista da ausência de previsão legal, a regra que poderá ser observada utilizando-se o direito comparado (art. 8º da CLT), é a disposta no art. 170 da Lei n. 07/2009 (Código do Trabalho de Portugal):

Art. 170. Privacidade de trabalhador em regime de teletrabalho

1. O empregador deve respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família deste, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico.
2. Sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, a visita ao local de trabalho só deve ter por objecto o controlo da actividade laboral, bem como dos instrumentos de trabalho e apenas pode ser efectuada entre as 9 e as 19 horas, com a assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada.
3. Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto neste artigo.

Logo, prudente que o empregador, ao vistoriar o ambiente de trabalho do empregado que laborar em casa, observe o disposto na legislação portuguesa e faça apenas controle da atividade laboral e dos instrumentos de trabalho, com a assistência do trabalhador ou pessoa por ele designada, observando-se o horário das 9h às 19h.

Nesse sentir, em que pese ao legislador ter tratado de forma superficial na CLT sobre a responsabilidade do empregador no teletrabalho de adotar medidas de precaução e promoção para a redução dos riscos

ambientais, certo é que neste regime se aplicam todas as normas e medidas de segurança vigentes no ordenamento jurídico.

5 CONCLUSÃO

A tecnologia nos meios de comunicação vem causando significativas mudanças na vida das pessoas e, como não poderia ser diferente, nas relações de trabalho. Tais mudanças trouxeram novas formas de empregos como no caso do teletrabalho, possibilitando que atividades antes realizadas unicamente no estabelecimento do empregador pudessem ser realizadas na própria casa do empregado.

Com a novel Lei n. 13.467/2017, em vigor desde novembro de 2017, e o incentivo a esta modalidade de trabalho, certamente um dos pontos que mais trará discussões nos Tribunais Trabalhistas será em relação à responsabilidade civil do empregador em caso de doenças e acidentes no teletrabalho.

466

Isso porque o legislador tratou apenas de forma superficial as obrigações do empregador para a prevenção de acidentes e doenças do trabalho ao empregado submetido no regime do teletrabalho.

Além da dificuldade na produção da prova do próprio ato lesivo (acidente ou doença ocorrida na casa do empregado – ex: onde ocorreu? quando? qual horário? etc.), na prática processual, será também de grande dificuldade a comprovação da culpa do empregador no evento danoso ocorrido fora do seu estabelecimento ou a própria comprovação de culpa exclusiva do empregado no incidente, já que, como visto, de modo geral, a responsabilidade civil em matéria acidentária é subjetiva.

Para evitar a negligência, minimamente o empregador deverá demonstrar que instruiu e orientou seu empregado de forma ostensiva, para evitar doenças e acidentes de trabalho, possuindo ainda a obrigação formal de comprovar a assinatura no termo de responsabilidade feito pelo empregado, conforme o estabelecido no art. 75-E da CLT.

Mas isso, por certo, não será suficiente para afastar todo e qualquer risco pelos acidentes e doenças gerados no teletrabalho, devendo o empregador adotar medidas preventivas e efetivas para evitar danos aos

empregados, como vistorias e manutenções do ambiente de trabalho, de modo que a culpa do empregador deverá ser objeto de comprovação junto ao Poder Judiciário nos casos concretos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 dez. 2017.

_____. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 22 dez. 2017.

_____. **Decreto n. 1254, de 29 de setembro de 1994.** Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1254.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 dez. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 378**, publicado em 25, 26 e 27/09/2012. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-378 Acesso em: 15 dez. 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário.** 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Curso de Direito do Trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

KONRATH, Ângela Maria – **O trabalho como condição humana:** do moderno Prometeu ao animal laborans e o homo faber: o trabalho intensificado e as garantias do direito ao trabalho. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2014.

MANHABUSCO, José Carlos e MANHABUSCO Gianncarlo Carmargo. **Responsabilidade civil objetiva do empregador decorrente de acidente do trabalho e do risco da atividade.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Curso de direito do trabalho.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PORTUGAL. Lei n. 07, de 12 de fevereiro de 2009. **Código do Trabalho.** Disponível em: <http://www.unl.pt/sites/default/files/codigo_do_trabalho.pdf>. Acesso em: 8 jan.

2018.

SANTA CATARINA. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **Recurso Ordinário n. 0001206-47.2014.5.12.0051**. Ação Trabalhista. Relator: Des. Alexandre Luiz Ramos, publicado em 04/09/2017. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=340624> Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. _____. **Recurso Ordinário n. 0001202-25.2013.5.12.0025**.

Ação Trabalhista. Relator: Des. Lília Leonor Abreu, publicado em 28/11/2017. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=343096> Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. _____. **Recurso Ordinário n. 0001291-71.2015.5.12.0027**.

Ação Trabalhista. Relator: Des. Teresa Regina Cotosky, publicado em 15/12/2017. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=343289> Acesso em: 9 jan. 2018.

_____. _____. **Recurso Ordinário n. 0000366-53.2015.5.12.0002**. Ação Trabalhista. Relator: Des. Garibaldi Tadeu Pereira Ferreira, publicado em 25/01/2018. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=344250> Acesso em: 26 jan. 2018.

468 _____ **Recurso Ordinário n. 0005278-84.2015.5.12.0005**. Ação Trabalhista. Relator: Des. Narbal Antônio de Mendonça Fileti, publicado em 23/01/2018. Disponível em: <http://www.trt12.jus.br/SAP2/DocumentoListar.do?plocalConexao=sap2&ptipo=PDF&pidDoc=343729> Acesso em: 26. jan. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. *et al.* **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.



O TELETRABALHO E AS (DES)VANTAGENS INSTITUÍDAS PELA REFORMA TRABALHISTA – LEI N. 13.467/2017

Rodrigo Goldschmidt¹
Vivian Maria Caxambu Graminho²

Resumo: Este estudo tem como finalidade analisar de que maneira as inovações tecnológicas, que surgiram com a revolução informacional, interferem nas relações de trabalho, principalmente no tocante ao surgimento de novas modalidades de contrato de trabalho e a ocorrência da flexibilização dos direitos trabalhistas conquistados ao longo dos anos. Pretende-se, por meio do método de interpretação jurídica, pautado na análise da doutrina e da legislação vigente, realizar um breve estudo sobre a reforma trabalhista, implementada pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, principalmente, no que concerne ao regime de teletrabalho. Almeja-se analisar as vantagens e desvantagens relacionadas a esse regime de trabalho, assim como de que forma a nova legislação contribui para a precarização das relações de trabalho. Utilizou-se o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

469

Palavras-chave: Inovações tecnológicas. Teletrabalho. Reforma Trabalhista. Precarização.

1 INTRODUÇÃO

Vive-se atualmente numa sociedade globalizada, caracterizada pela expansão do sistema capitalista, pela livre concorrência e pela difusão de uma revolução tecnológica, que reduziu o espaço e o tempo, facilitando a comunicação e a mobilidade.

1 Pós-Doutor em Direito pela PUC/RS. Doutor em Direito pela UFSC. Professor e Pesquisador do PPGD/UNESC. Líder do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos, Direitos Fundamentais Trabalhistas e Políticas Públicas - PPGD/UNESC. Juiz do Trabalho Titular do TRT12. rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br.

2 Mestranda em Direito pela UNESC. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direitos Humanos, Direitos Fundamentais Trabalhistas e Políticas Públicas - PPGD/UNESC. Advogada – OAB/PR 44.053. vgraminho@yahoo.com.br.

Embora a globalização e a revolução tecnológica tenham contribuído para o desenvolvimento da sociedade, não se pode esquecer os prejuízos sofridos na seara trabalhista. Ou seja, com o advento do neoliberalismo, houve a priorização do capital sobre o trabalho, a substituição da mão de obra humana pelas ferramentas tecnológicas, o que resultou aumento das desigualdades sociais, crescimento da informalidade, da terceirização e da instabilidade no emprego, flexibilidade da jornada de trabalho, redução dos salários, aumento da autonomia do empregador e enfraquecimento das relações coletivas, culminando na flexibilização da legislação trabalhista.

O Brasil vem sofrendo, nos últimos anos, mudanças significativas na economia, que estão ocasionando a alteração de diversas legislações, principalmente na área trabalhista. É o que se pode verificar com o advento da Lei n. 13.467/2017, denominada Reforma Trabalhista, que alterou/introduziu vários dispositivos da CLT, sob o argumento de haver necessidade de modernização da legislação trabalhista brasileira para o fim de reduzir os custos gerados pelo trabalho, combater o desemprego e contribuir para o desenvolvimento de pequenas e médias empresas.

470

Em que pese aos argumentos utilizados pelo legislador para implementação da Reforma Trabalhista, as alterações realizadas evidenciam a supressão e a redução de diversos direitos conquistados pelos trabalhadores, por meio de muita luta, ao longo dos anos.

Dentre as mudanças implementadas pela Reforma Trabalhista, está a regulamentação do regime de teletrabalho, por meio dos arts. 62, III; 75-A a 75-E, da CLT. Apesar dos argumentos tecidos pelo legislador para regulamentação desse regime de trabalho – impacto positivo nas relações de trabalho, consubstanciado na redução dos custos da empresa, na flexibilidade do horário de trabalho do empregado e na melhoria da qualidade de vida das pessoas – verifica-se que a referida reforma, no ponto, não observou o patamar civilizatório mínimo dos direitos dos teletrabalhadores, causando evidente precarização das relações de trabalho.

Pode-se citar como exemplo a exclusão do regime de teletrabalho do Capítulo, que dispõe sobre a duração do trabalho, retirando o direito de percepção à hora extraordinária, adicional noturno, intervalo intrajornada e entrejornada; a possibilidade de alteração unilateral lesiva do contrato de

trabalho; o repasse dos riscos da atividade empresarial ao teletrabalhador, entre outros.

Dessa maneira, o presente estudo procurou analisar, primeiramente, os efeitos da globalização e das inovações tecnológicas nas relações de trabalho. Num segundo momento, buscou-se realizar um breve estudo acerca do teletrabalho, abordando aspectos históricos, conceitos, características e modalidades. E, ao final, analisar as vantagens e desvantagens da Reforma Trabalhista na regulamentação do regime de teletrabalho, abordando, principalmente, de que maneira contribui para a precarização da relação trabalhista do teletrabalhador. Utilizou-se o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2 A INFLUÊNCIA DAS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Há pouco mais de 20 anos não se imaginava que seria possível realizar uma teleconferência com pessoas de diversos locais do mundo, por meio de um simples celular, tampouco que o *smartphone* seria utilizado como ferramenta de trabalho. A globalização e, conseqüentemente, o surgimento das ferramentas tecnológicas influenciaram e permanecem influenciando as relações trabalhistas.

471

Com a Revolução Industrial o trabalho, que antes era desempenhado de maneira manual e artesanal, passou a ser substituído por máquinas³, o que permitiu a expansão das indústrias. No entanto, somente a partir do final da Segunda Grande Guerra em 1945 e após a queda do Muro de Berlim em 1989, a globalização entrou num novo ciclo⁴, que permitiu a expansão do capital, a divisão transnacional do trabalho e da produção, a informatização

3 Apenas com a Primeira Revolução Industrial no final do século XVIII, com a utilização da energia à vapor, a máquina passou a substituir a mão de obra artesanal, trazendo inúmeras conseqüências, como a elevação da produção, redução de custos, utilização abusiva da mão de obra, o que levou a revolta dos trabalhadores, fazendo surgir o comunismo, os sindicatos, bem como, as primeiras legislações trabalhistas (ZANGRANDO, 2015).

4 Esse novo ciclo, de acordo com Domenico de Masi (2001) é marcado por uma nova sociedade industrial, mais complexa, que passa a ser mais conectada. A produção em larga escala de bens imateriais, cede espaço à produção de bens imateriais, como serviços, informações, valores, etc., caracterizando, portanto, a sociedade pós-industrial.

dos processos de trabalho e o surgimento e crescimento das multinacionais (IANNI, 1999).

Esse novo ciclo da globalização, portanto, tem como características a expansão do sistema capitalista, a livre concorrência no mundo inteiro e o início da Revolução Tecnológica⁵, que diminuiu o espaço e o tempo, facilitando a comunicação e a mobilidade (URIARTE, 2007):

Na década de 1990, vários fatores aceleraram a transformação do processo de trabalho: a tecnologia da computação, as tecnologias de rede, a Internet, e suas aplicações, progredindo a passos gigantes, tornaram-se cada vez menos dispendiosas e melhores, com isso possibilitando sua aquisição e utilização em larga escala; a concorrência global promoveu uma corrida tecnológica e administrativa entre as empresas em todo o mundo; as organizações evoluíram e adotaram novas formas quase sempre baseadas em flexibilidade e atuação em redes; os administradores e seus consultores finalmente entenderam o potencial da nova tecnologia e como usá-la, embora, com muita frequência, restrinjam esse potencial dentro dos limites do antigo conjunto de objetivos, organizacionais (como aumento a curto prazo de lucros calculados em base trimestral). (CASTELLS, 2005, p. 306).

A Revolução Tecnológica ou revolução informacional trouxe benefícios à sociedade, tendo em vista que derrubou barreiras geográficas, encurtou distâncias, permitiu maior interação das pessoas, contribuiu para o avanço da medicina, mas também causou consequências negativas às relações de trabalho, tendo em vista a substituição da mão de obra humana pelos meios tecnológicos, o aumento da carga de trabalho, redução do tempo destinado ao descanso e lazer:

No entanto, as promessas que agregaram a tecnologia ao trabalho, de certo modo, não se concretizaram, pois, o trabalho aumentou e o tempo livre foi reduzido. As interações sociais também aumentaram com o uso da tecnologia, essencialmente, da internet, contudo, de forma isolada, eis que tudo ocorre através de uma tela de computador, tablet, celular, etc. O contato físico também deixou de ser essencial para a existência das relações. (DACHERI; GOLDSCHMIDT, 2017)

5 A revolução tecnológica se organiza em torno da tecnologia da informação, que de acordo com CASTELLS (2005) compreende o conjunto convergente de tecnologias em microeletrônica, computação, telecomunicações, radiodifusão, engenharia genética, tecnologia de transportes, etc.

O neoliberalismo e o avanço da globalização - marcada pela Revolução Tecnológica -, “trouxeram novos modelos de negócios e novas ferramentas que permitiram a otimização de recursos, maximização da produtividade e expansão de fronteiras para estabelecimento de novos negócios” (MELO; RODRIGUES, 2018, p. 48), mas também causaram à classe trabalhadora efeitos prejudiciais. Conforme o Relatório de Desenvolvimento da ONU (2015) as pressões do mercado – um dos efeitos da revolução digital - tendem a ser absorvidas pelos trabalhadores, por meio da redução dos salários, do trabalho informal, da insegurança contratual, da redução dos direitos trabalhistas, isto é, os empregadores buscam cada vez mais a força de trabalho ‘sem direitos’ recorrendo a trabalhadores com contrato a termo, ou abrangidos por um regime misto, ou ainda, trabalhadores temporários, independentes ou externos com a finalidade de garantir flexibilidade da produção e dos custos.

Diversamente do que se esperava, o processo globalizatório não aumentou significativamente os postos de trabalho e não proporcionou ao trabalhador mais tempo livre para o descanso e lazer, tampouco diminuiu sua carga de trabalho. Em verdade, observou-se o crescimento da informalidade, da terceirização, da instabilidade no emprego, flexibilidade da jornada de trabalho, diminuição dos salários, aumento da autonomia da vontade do empregador e enfraquecimento das relações coletivas, causados pela flexibilização da legislação trabalhista (URIARTE, 1999).

Além disso, não se pode esquecer o aumento das desigualdades sociais, tendo em vista a redução dos salários pagos aos trabalhadores. As pessoas, com o advento da tecnologia, estão buscando se especializar para que possam trabalhar de forma mais produtiva, mas não recebem uma recompensa proporcional no que se refere ao rendimento, estabilidade ou reconhecimento social (ONU, 2015).

Assim, essa nova fase vivenciada pela sociedade, está afetando negativamente a classe trabalhadora, tendo em vista a flexibilização das normas trabalhistas e a consequente precarização das relações de emprego. Inclusive, é o que se observa com a publicação da Reforma Trabalhista, implementada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que alterou/introduziu mais de 200 dispositivos da CLT.

Verifica-se que a Reforma Trabalhista, nos moldes em que foi proposta, busca o retorno do antigo papel do Direito como forma que exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade, além de se afastar da principiologia humanística e social constante na Constituição, de maneira que afasta o Direito do Trabalho de seu papel de distribuição de renda, rompendo com sua lógica civilizatória, democrática e inclusiva (DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N., 2017). No mesmo sentido leciona Vólia Bomfim Cassar:

Na era em que o direito comum (civil) caminha para a visão social, a publicização de seus institutos, a humanização e a centralização do homem como figura principal a se proteger, resgatando a moral e a ética; na era em que a Constituição de um país prioriza os direitos fundamentais do homem, sua dignidade e seus valores, garantindo um mínimo existencial e abandonando o ideal do supercapitalismo, da propriedade sobre a pessoa e seus valores, o Direito do Trabalho tende a um retrocesso. O neoliberalismo é, na verdade, um caminho isolado na contramão da socialização dos direitos e da efetivação dos direitos fundamentais do homem. (CASSAR, 2017, p. 27)

474

Em que pesem os argumentos utilizados pelo governo para implementação da Reforma Trabalhista – atual cenário de crise, necessidade de modernização das normas trabalhistas para diminuição dos custos gerados pelo trabalho, combate ao desemprego e favorecimento das pequenas e médias empresas-, observa-se que não passam de meras artimanhas para desregular as normas trabalhistas arduamente conquistadas durante longos anos.

No tocante ao custo gerado pelo trabalho, segundo Jorge Luiz Souto Maior (2017), está entre os mais baixos do mundo, e mesmo assim não houve aumento significativo dos postos de trabalho. Analisando as crises anteriores, verifica-se que a flexibilização dos direitos trabalhistas, agravou os problemas sociais e econômicos, pois retirou boa parte da população das relações de consumo.

Além disso, convém lembrar que praticamente metade do salário do trabalhador é destinada ao pagamento de encargos sociais como INSS, Sesc, Senac, Sesi, Senai, Sebrae, Incra e salário-educação, levando-se a concluir que a elevação dos custos do empregador não advém da relação de emprego, mas dos encargos trabalhistas conexos (CASSAR, 2017).

Destaca-se que considerar os direitos mínimos dos trabalhadores como encargos que aumentam o custo do empregador passíveis de serem reduzidos ou suprimidos seria o mesmo que voltar à época em que os trabalhadores eram considerados como mercadorias, meros fatores do processo produtivo.

No entanto, a Lei nº 13.467/2017 instituiu mecanismos que revelam a regressão dos direitos trabalhistas conquistados, além de contrariar os direitos fundamentais constitucionalmente previstos e ignorar o patamar mínimo civilizatório⁶. Isto é, a Reforma Trabalhista está dismantando toda estrutura normativa constitucional e infraconstitucional de proteção das relações trabalhistas:

A estratégia na nova lei no sentido de buscar desconstruir direta e/ou indiretamente o arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional de proteção à saúde e segurança do trabalhador no âmbito das relações trabalhistas se realiza por meio de regras explícitas nessa direção, que diminuem a incidência das normas redutoras dos riscos inerentes à saúde e segurança no trabalho, tal como a regra, por exemplo, que tenta desconectar a duração do trabalho do campo da saúde laborativa (parágrafo único do art. 611-B, conforme redação imposta pela Lei n. 13.467/2017).

Essa estratégia de desconstrução se concretiza também por intermédio de regras que pulverizam o ambiente relacional dos vínculos empregatícios e trabalhistas no campo socioeconômico, induzindo a que tais vínculos se realizem por intermédio de múltiplas empresas supostamente desconexas, de maneira a tornar ineficazes os instrumentos clássicos de controle dos aspectos relacionados à saúde e segurança da pessoa humana trabalhadora no mercado de trabalho. (DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N., 2017).

Dentre as inovações da Reforma Trabalhista que reduzem, ou ainda, retiram direitos dos trabalhadores, pode-se mencionar a regulamentação do teletrabalho e do contrato de trabalho intermitente, prevalência do negociado sobre o legislado, flexibilização da jornada de trabalho, supressão das horas

6 De acordo com Maurício Godinho Delgado (2017) as normas constitucionais em geral, as normas constantes em tratados e convenções internacionais em vigor no plano interno brasileiro e as normas infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao trabalhador (concernentes à saúde e segurança do trabalho, salário mínimo, etc.), constituem o patamar civilizatório mínimo, de maneira que não pode ser reduzido, sob pena de afrontar a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho humano.

in itinere, entre outros. Trata-se de uma gama de direitos flexibilizados que tem como consequência a precarização das relações trabalhistas.

Considerando que a Lei n. 13.467/2017 modificou/introduziu mais de 200 dispositivos normativos e que o presente estudo não tem como finalidade esgotar todas as mudanças realizadas, passa-se a analisar o regime do teletrabalho, foco deste estudo.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O TELETRABALHO

Em que pese a regulamentação no ordenamento jurídico seja relativamente nova, sabe-se que o teletrabalho sempre esteve relacionado à ideia de trabalho a distância. Existem relatos do trabalho à distância desde os anos de 1950, mas somente entre as décadas de 1960 e 1970 que se tornou prática comum, principalmente nas indústrias de vestuário, têxteis, calçados, embalagens e montagem de materiais elétricos. Já o trabalho relacionado ao uso de TIC (Tecnologia da Informação e Comunicação) tem registro a partir da década de 1970, com o surgimento do termo teletrabalho (*telecommuting* ou *telework*), e com a convergência das noções de trabalho a distância e trabalho em casa, principalmente nos Estados Unidos e na Europa, devido à crise do petróleo e à popularização e redução do valor dos microcomputadores. Mas foi a partir da década de 1980 que essa modalidade de trabalho passou a se popularizar como alternativa para diminuir o movimento de deslocamento casa-trabalho-casa. (ROCHA; AMADOR, 2018)

Segundo Domenico de Masi, foi com o advento pós-industrial que se tornou possível delegar às máquinas um número ascendente de tarefas físicas e intelectuais, tornando possível anular distâncias e transformar o trabalho em teletrabalho.

No tocante ao conceito, sempre existiram diversas definições e enfoques acerca do teletrabalho, que variavam de acordo com diferentes países e regiões. A Academia Internacional de Teletrabalho, ao elaborar um relatório para celebrar 20 anos de teletrabalho na América Latina e no Caribe, abordou algumas concepções, dentre elas o conceito de teletrabalho elaborado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT (ITA LAC,

2017):

Una forma de trabajo en la cual: a) el mismo se realiza en una ubicación alejada de una oficina central o instalaciones de producción, separando así al trabajador del contacto personal con colegas de trabajo que estén en esa oficina y, b) la nueva tecnología hace posible esta separación facilitando la comunicación⁷.

Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo (2016, p. 46) definem teletrabalho como sendo aquele que se caracteriza pela “realização de atividades tecnicamente especializadas, no mais das vezes mediante uso de um terminal de computador e acesso à rede mundial de computadores, como veículo de comunicação com a empresa”. Há, também, quem denomine o teletrabalho como trabalho periférico, trabalho a distância, trabalho remoto (CASSAR, 2017).

A Lei 13.467/2017, no artigo 75-B, conceituou teletrabalho como sendo “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”.

477

Porém, apesar de existirem diversas denominações, como se pode verificar, o teletrabalho está ligado à possibilidade de prestação de serviço fora do estabelecimento da empresa e com a utilização de ferramentas tecnológicas.

Denota-se dos conceitos antes mencionados que o teletrabalho possui como características: a) utilização da tecnologia da informação e da comunicação para o desempenho das atividades pelos trabalhadores; b) trabalho desempenhado prevalentemente a distância (domicílio do empregado, telecentros, etc.), o que permite certa mobilidade ao trabalhador; c) redução do contato pessoal do teletrabalhador com os superiores hierárquicos e colegas (VÓLIA, 2017; MELO; RODRIGUES, 2018).

De acordo com Alice Monteiro de Barros (2016), o teletrabalho

⁷ Tradução livre: Uma forma de trabalho em que: a) é realizada em um local distante de um escritório central ou instalações de produção, separando assim o trabalhador do contato pessoal com colegas de trabalho que estão nesse escritório e, b) a nova tecnologia torna esta separação possível facilitando a comunicação.

pode se caracterizar também pela transnacionalidade, tendo em vista a possibilidade de transcender as fronteiras territoriais, podendo ser transregional, transnacional e transcontinental.

O teletrabalho pode, ainda, ser classificado de acordo com o nível de interatividade entre o trabalhador e a empresa (FINCATO, 2016):

Teletrabalho *offline*, também chamado de desconectado ou *unplugged*, caracterizado quando o trabalhador realiza sua atividade sem manter vinculação telemática alguma com o empregador. O computador, se existir, não é utilizado como forma de comunicação, mas como mera ferramenta de trabalho e processamento de informação.

Teletrabalho *online*, também chamado de conectado, é a modalidade que revela o típico teletrabalho, já que é através dela que trabalhador e empregador se comunicam continuamente, em total sincronia e de modo bidirecional. Ação que é facilitada pelas tecnologias de comunicação e informação.

Teletrabalho *one way line* é a variação do modelo *online*. Nela a comunicação se dá de forma unimodal, como por exemplo, com a utilização de *paggers* convencionais, que não permitem interatividade simultânea ou com uma das vias (entrega ou devolução do trabalho) realizada de forma não tecnológico-informacional.

Na legislação brasileira, inicialmente, o teletrabalho era equiparado ao trabalho em domicílio tradicional (trabalho a distância), que, por sua vez, foi equiparado ao trabalhador presencial, por intermédio da Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011, que alterou o art. 6º da CLT⁸. A referida legislação solucionou a controvérsia existente na jurisprudência acerca do debate sobre a existência (ou não) de relação de emprego no teletrabalho sem, no entanto, trazer conceito jurídico novo, ou direito social novo (DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N., 2017).

No entanto, conforme as considerações a serem expostas no

8 BRASIL, Lei nº 12.551/2011. “Art. 1º O art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.” (NR)

último tópico deste estudo, somente com a Reforma Trabalhista, Lei n. 13.467/2017, houve a regulamentação do teletrabalho, através dos artigos 62, III; 75-A a 75-E, da CLT, que estabeleceram conceito, forma de contratação, alteração de regime, responsabilidade pela aquisição de material, reembolso de despesas, etc.

4 (DES)VANTAGENS INSTITUÍDAS PELA LEI N. 13.467/2017 NO TOCANTE AO TELETRABALHO

Como mencionado, dentre as alterações realizadas pela Reforma Trabalhista, foi a regulamentação do regime de teletrabalho, por meio dos artigos 62, III; 75-A a 75-E, da CLT, em razão da necessidade de modificar a CLT ante a existência das novas modalidades de contratação decorrentes das inovações tecnológicas e a necessidade de se estabelecer garantias mínimas para as empresas realizarem contratações sob esse regime.

De acordo com o parecer elaborado para aprovação do Projeto de Lei n. 6787/2016, convertido na Lei n. 13.467/2017, a regulamentação do teletrabalho causaria impacto positivo nas relações de trabalho, com a redução nos custos da empresa; flexibilidade do horário de trabalho do empregado; diminuição dos veículos que circulam pelas cidades; e, conseqüentemente, melhoria da qualidade de vida das pessoas.

Parte da doutrina enumera como vantagens do regime de teletrabalho, a flexibilidade do horário de trabalho, que possibilita ao trabalhador conciliar suas atividades profissionais com os compromissos familiares e pessoais, bem como a possibilidade de inserção de pessoas que possuem dificuldade para ingressar no mercado de trabalho, como mulheres, deficientes físicos e trabalhadores com idade avançada (BARROS, 2016).

Em que pesem as vantagens supraenumeradas, observa-se que a Reforma Trabalhista, ao regulamentar o teletrabalho, não observou a necessidade de garantir o patamar civilizatório mínimo relativo aos direitos dos teletrabalhadores e, conseqüentemente, valorizar o trabalho humano, pelo contrário, o legislador optou por priorizar a tecnologia em prol do empregador:

A Lei n. 13.467/2017 torna evidente, assim, a opção legislativa de se

resguardar a tecnologia e seu uso produtivo, e não o trabalho humano empregado por meio da telemática. A diferenciação normativa do teletrabalho, ou melhor dizendo, a verdadeira discriminação do teletrabalho, em relação ao trabalho tradicional, conta com o escopo muito preciso de sedimentar o desvalor do dado humano contido nessa espécie de trabalho humano, descompromissando-se a produção que faz uso de tecnologias de informação e de comunicação, em relação aos seguintes direitos trabalhistas historicamente consagrados:

a) normas referentes à saúde e segurança ocupacionais (excludentes de normas imperativas de condições ergonômicas, por meio do art. 75-E);

b) limite temporal de trabalho (excludente de limite de jornada de trabalho, por meio do art. 62, III),

c) alteridade no pagamento salarial (admissão da remuneração variável sem condicionantes heterônomas, por meio do art. 611-A, incisos VIII e IX)

d) assunção de riscos empresariais (tangibilidade do salário por descontos decorrentes de despesas efetuadas para a própria viabilização da produção, por meio do art. 75-D). (RODRIGUES, 2017)

Analisando a explanação acima, observa-se que boa parte dos dispositivos alterados e acrescentados pela Reforma Trabalhista, ao contrário de proteger o teletrabalhador hipossuficiente, precarizaram ainda mais as relações de trabalho, na medida em que retiraram direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Exemplo disso, é a disposição contida no art. 62, III, da CLT, que excluiu os empregados em regime de teletrabalho do Capítulo II, Seção II, que dispõe sobre a duração do trabalho, de forma que o teletrabalhador não terá direito à hora extra, noturna, adicional noturno, intervalo intrajornada e entrejornada, o que sem sombra de dúvidas fere diversos direitos sociais fundamentais contidos na Constituição Federal, como: direito ao lazer (art. 6º); direito à duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 horas semanais (art. 7º, XIII); direito ao repouso semanal remunerado (art. 7º, XV); direito à remuneração do serviço extraordinário (art. 7º, XVI), entre outros.

A referida exclusão foi realizada com fundamento na dificuldade de controle da jornada do teletrabalhador. De fato, no passado era difícil

supervisionar a jornada do trabalhador sob o regime de teletrabalho, no entanto atualmente tal argumento não procede. Conforme analisado anteriormente, a sociedade vive no auge de uma Revolução Tecnológica, em que existe um arcabouço de tecnologias que permitem em tempo real controlar a rotina do empregado como o GPS, sistemas operacionais, rádio, telefone, etc. (CASSAR, 2017)

Aliás, como mencionado no presente estudo, a realização do teletrabalho tornou-se possível em razão do avanço tecnológico e das ferramentas de comunicação que permitem sejam feitos trabalhos a distância. Ora, se há ferramentas que possibilitam a efetivação do referido trabalho, o que dificultaria a efetivação de um simples controle de jornada? (BETIATTO, 2017)

Nesse sentido, importante frisar que, tanto é possível o controle da jornada dos trabalhadores que executam serviços fora do ambiente empresarial, que a Lei n. 13.103/2015⁹, no seu art. 2º, inciso V, “b”, disciplina que são direitos dos motoristas profissionais, se empregados, “ter a jornada de trabalho controlada e registrada de maneira fidedigna mediante anotação em diário de bordo, papeleta ou fica de trabalho externo, ou sistema e meios eletrônicos instalados nos veículos”.

Acerca do assunto, o IV Fórum Nacional de Processo do Trabalho¹⁰, aprovou o enunciado 233, o qual disciplina que a própria regulação do teletrabalho, que menciona uso de meios telemáticos para prestação do serviço, torna amplo e eficaz o controle da jornada, de maneira que, “constatada a amplitude do uso dos meios de aferibilidade da jornada prestada a distância, somente se aplica o disposto no art. 62, III, da CLT se

9 BRASIL. Lei n. 13.103/2015. Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista; altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 11.442, de 5 de janeiro de 2007 (empresas e transportadores autônomos de carga), para disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional; altera a Lei no 7.408, de 25 de novembro de 1985; revoga dispositivos da Lei no 12.619, de 30 de abril de 2012; e dá outras providências.

10 O IV Fórum Nacional de Processo do Trabalho foi realizado nos dias 16 e 17 de novembro de 2017, na sede do TRT da 10ª Região, Brasília-DF. A íntegra dos enunciados aprovados está disponível em: <<http://fnptrabalho.com.br/enunciados-antigos/>>. Acesso em: 25 junho 2018.

o empregador demonstrar que não havia aferição da jornada”.

O fato de o trabalhador prestar serviço no estabelecimento da empresa, ou em sua casa, não altera sua condição de empregado, pois em qualquer das duas situações está à disposição do empregador.

Assim, pode-se dizer que, nos termos dos arts. 4º¹¹ e 6º da CLT, aplicados a todas as categorias de trabalhadores, o tempo em que o teletrabalhador estiver aguardando ordens do empregador, por qualquer meio telemático ou de comunicação, é passível de remuneração como hora normal e como hora extraordinária se superada a jornada normal de trabalho. (ALMEIDA; SEVERO, 2016)

Ademais, oportuno destacar que, ao excluir o teletrabalhador do controle de jornada, a lei reformada permitiu que o empregado ficasse à disposição do empregador, além da jornada prevista constitucionalmente, o que viola não só o direito à privacidade, mas também o direito à desconexão do trabalhador que, nos termos da lição de Jorge Luiz Souto Maior (2003), é o direito de não trabalhar, de se desligar por completo do trabalho, garantindo tempo para o lazer, convívio familiar e social, essenciais para preservação de sua saúde.

482

Não se pode olvidar que a ocorrência de jornadas exaustivas de trabalho pode ocasionar ao trabalhador dano existencial, que é uma subespécie de lesão aos bens imateriais da pessoa, relacionada à elasticidade da jornada de trabalho (COLNAGO, 2013).

A 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho divulgou 125 enunciados sobre a interpretação e aplicação da Lei n. 13.467/2017, dentre eles o Enunciado nº 71, que entende serem devidas as horas extras em regime de teletrabalho, bem como o repouso semanal remunerado, de acordo com o art. 6º da CLT; art. 7º, XIII e XV, da Constituição Federal; art. 7º, “e”, “g” e “h” do Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Cultural;

11 BRASIL. Decreto-lei n. 5.452/1943. “Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.”

e Recomendação nº 116 da OIT¹².

Além da exclusão do controle de jornada, a Lei nº 13.467/2017 previu que a alteração do regime presencial para o teletrabalho deve ser realizada por mútuo acordo entre as partes. Em contrapartida, a alteração do regime de teletrabalho para o presencial poderá ser feito unilateralmente pelo empregador, por meio de aditivo contratual, que concederá o prazo mínimo de 15 dias para a transição (art. 75-C, § 2º, CLT). Nesse aspecto nota-se outra incongruência: se a alteração pode ocorrer por ato unilateral do empregador, para que o aditivo contratual?

Nos termos da lição de Geraldo Magela Melo (2017), esse dispositivo legal conflita com o artigo 468¹³ da CLT, que exige o mútuo consentimento para a alteração de cláusulas contratuais que resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao trabalhador, de maneira que deve ser lido à luz do princípio da inalterabilidade contratual lesiva¹⁴ e da Constituição Federal.

Ainda sobre a alteração do contrato de trabalho, Oscar Krost ao comentar o art. 75-C da CLT (2018, p. 109), lecionou que não pode o empregador, de modo unilateral, impor sem a concordância do empregado, modificação de tal importância:

Respeitados entendimentos em contrário, não pode o *jus variandi* do empregador, assim entendida a proteção da assunção dos riscos do negócio e de seu poder diretivo, de modo unilateral, impor

483

12 Enunciado 71 - Teletrabalho: horas extras. São devidas horas extras em regime de teletrabalho, assegurado em qualquer caso o direito ao repouso semanal remunerado. interpretação do art. 62, III e do parágrafo único do art. 6º da CLT conforme o art. 7º, XIII e XV, da Constituição da República, o artigo 7º, “e”, “g” e “h” protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), promulgado pelo decreto 3.321, de 30 de dezembro de 1999, e a recomendação 116 da OIT.

13 BRASIL, Decreto-lei n. 5.452/1943. “Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.”

14 De acordo com Maurício Godinho Delgado (2017) as obrigações trabalhistas devem permanecer intocadas ainda que a atividade econômica tenha sofrido modificações em razão de fatos externos à atuação do empregador, como crise econômica geral ou crise de determinado segmento econômico.

modificação de tal monta sem a concordância do empregado, por, pelo menos, dois fundamentos. O primeiro, pela quebra da lógica instituída no parágrafo anterior, tornando a modificação do regime presencial e de teletrabalho uma via de mão dupla () apenas ao patrão, podendo o empregado se manifestar apenas quando se tornar um trabalhador a distância. O segundo, recai sobre a exclusão da “cláusula de barreira”, melhor dizendo, deixar de considerar a ausência de prejuízo ao trabalhador como requisito essencial, tal qual previsto no art. 468 da CLT.

De acordo com o art. 75-D da CLT, a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento de equipamentos e infraestrutura para o exercício da atividade laborativa, será disciplinada em contrato escrito. Ou seja, analisando-se o referido artigo, depreende-se que poderão ser repassados ao trabalhador os riscos da atividade empresarial, o que contraria o princípio da alteridade, contido no art. 2º da CLT¹⁵, segundo o qual cabe ao empregador assumir os riscos da atividade econômica, do estabelecimento e até do contrato de trabalho.

484

O Enunciado nº 70 da Comissão “Teletrabalho. Contrato de Trabalho Intermitente. Contrato de Trabalho a Tempo Parcial. Terceirização”¹⁶, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, dispõe que o contrato de trabalho não pode transferir ao trabalhador os custos que devem ser suportados exclusivamente pelo empregador.

Entender tal dispositivo de maneira diversa seria o mesmo que concordar com a precarização das relações de teletrabalho, pois, além de o empregador transferir os riscos do empreendimento ao trabalhador, obtém vantagens com a redução de gastos com energia elétrica, água, espaço físico, material de escritório, ao passo que o teletrabalhador passa a suportar toda a despesa com os equipamentos necessários para o desenvolvimento da atividade laborativa, sem sequer ter direito ao recebimento de horas

15 BRASIL. Decreto-lei n. 5.452/1943. “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

16 Enunciado 70 – Teletrabalho: custeio de equipamentos. O contrato de trabalho deve dispor sobre a estrutura e sobre a forma de reembolso de despesas do teletrabalho, mas não pode transferir para o empregado seus custos, que devem ser suportados exclusivamente pelo empregador. Interpretação sistemática dos artigos 75-D e 2º da CLT à luz dos artigos 1º, IV, 5º, XIII e 170 da Constituição da República e do artigo 21 da Convenção 155 da OIT.

extraordinárias (BETIATTO, 2017).

No que concerne à saúde do teletrabalhador, não é novidade que a prestação de serviços no regime de teletrabalho pode acarretar diversos prejuízos à saúde do trabalhador, tais como LER, problemas visuais e osteomusculares, além de problemas psíquicos como depressão, entre outros. (OLIVEIRA, 2013; BARROS, 2016)

Porém, nesse aspecto, não parece que o legislador se preocupou em assegurar a saúde e bem-estar do emprego. Em conformidade com o art. 75-E, da CLT, o empregador deverá instruir os empregados quanto as precauções para evitar doenças e acidentes de trabalho, bem como determinar que o empregado assine termo de responsabilidade, isentando o empregador de qualquer responsabilidade (CASSAR, 2017).

Primeiramente, relevante destacar que o legislador ignorou completamente os princípios da precaução e da prevenção (constantes no art.7º, inciso XXII, da CF), segundo os quais se entende que “o empregador é responsável pela higidez do meio ambiente de trabalho de seu empregado, ainda que em regime de teletrabalho” (MELO; RODRIGUES, 2018, p. 61-62).

485

Ademais, ignora as disposições constantes do art. 157, incisos I, II e IV, da CLT, segundo as quais cabe ao empregador cumprir e fazer cumprir as normas referentes à segurança e medicina do trabalho, instruindo os empregados quanto às precauções a serem tomadas para evitar acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, bem como facilitando o exercício da fiscalização pelas autoridades competentes.

Nesse sentido, o Enunciado nº 83 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho disciplina que o regime de teletrabalho não exime o empregador de adequar o ambiente de trabalho de acordo com as regras contidas na NR-7 (PCMSO), na NR-9 (PPRA) e no artigo 58, §1º, da Lei nº 8.213/91 (LTCAT), tampouco desobriga de fiscalizar o ambiente de trabalho, realizando, inclusive, treinamentos.

Outrossim, convém salientar que o simples fato de o teletrabalhador assinar termo de responsabilidade não isenta o empregador de sua responsabilidade, tendo em vista que, de acordo com o art. 927, parágrafo

único, a responsabilidade do empregador por danos decorrentes dos riscos ambientais do teletrabalho é objetiva. Inclusive é o que se depreende da leitura do Enunciado nº 72 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

Teletrabalho: Responsabilidade civil do empregador por danos. A mera subscrição, pelo trabalhador, de termo de responsabilidade em que se compromete a seguir as instruções fornecidas pelo empregador, previsto no art. 75-E, parágrafo único, da CLT, não exime o empregador de eventual responsabilidade por danos decorrentes dos riscos ambientais do teletrabalho. Aplicação do art. 7º, XXII da Constituição c/c art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Além das desvantagens delineadas acima, interessante mencionar que pode ocorrer a precarização da relação de teletrabalho, em razão da ocorrência de *dumping* social¹⁷ praticado pelas grandes empresas:

A relação de *dumping* social e teletrabalho é evidenciada na medida em que esta modalidade de prestação de serviços altera consideravelmente as relações de trabalho, ultrapassando fronteira e impondo, na busca da redução de custos, o deslocamento da mão de obra a países considerados em desenvolvimento, citando-se como exemplo a prestação de serviços por trabalhadores indianos a empresas americanas. (OLIVEIRA, 2013, p. 176)

Porém, percebe-se que a Reforma Trabalhista em nenhum momento se preocupou em tutelar os direitos dos trabalhadores para o fim de evitar a ocorrência de *dumping* social. O que se verificou, na verdade, foi a flexibilização de inúmeros direitos trabalhistas que foram arduamente conquistados ao longo dos anos, aumentando a precariedade das relações de emprego e atentando contra a dignidade do trabalhador.

Portanto, o legislador afastou-se da finalidade de proteção jurídica do teletrabalhador considerado hipossuficiente, tendo em vista que impôs à boa parte dos empregados o dever de se submeter às ordens advindas dos empregadores, em razão do receio de passar a integrar a imensa lista de desempregados existente no País.

17 Conforme Maurício Godinho Delgado (2017, p. 747) entende-se por *dumping* social o descumprimento contínuo da legislação trabalhista, “traduzindo-se, por seu conjunto, em inegável estratégia de barateamento forçado do valor trabalho, como mecanismo de atuação na realidade social e econômica, com nítido prejuízo à comunidade circundante”.

5 CONCLUSÃO

Pode-se observar com o presente estudo que a regulamentação do regime de teletrabalho, diversamente dos argumentos expendidos pelos legisladores reformistas, não trouxe contribuição significativa para o teletrabalhador.

Denota-se que, de fato, o legislador pretendeu reduzir os custos do empregador, tendo em vista que possibilitou a transferência, ao teletrabalhador, dos riscos relativos à atividade empresarial.

Ademais, no tocante ao horário de trabalho do empregado, observa-se que o legislador retirou o regime de teletrabalho do Capítulo que disciplina a duração do trabalho, suprimindo do empregado a possibilidade de percepção de horas extraordinárias, adicional noturno, intervalo intrajornada e entrejornada, o que sem sombra de dúvidas, contraria diversos dispositivos constitucionais fundamentais, como art. 6º, art. 7º, incisos XIII e XV, entre outros, além de violar o direito à privacidade e à desconexão do trabalhador, tendo em vista que possibilita que o empregado fique à disposição do empregador, além da jornada prevista constitucionalmente.

Verifica-se, igualmente, que o legislador deixou de observar do art. 7º, inciso XXII, da Constituição Federal, na medida em que transfere ao teletrabalhador a responsabilidade pela higidez do meio ambiente de trabalho.

É possível notar, portanto, que a Lei n. 13.467/2017, ao invés de permitir a construção de uma sociedade mais justa, por meio da valorização do trabalho humano, implementou uma gama de dispositivos legais com nítido caráter desumano, que voltam a tratar o homem como mera mercadoria, contribuindo para a precarização das relações de trabalho.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA INTERNACIONAL DE TELETRABAJO PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE. **Primer informe Estado del Telebrajo em América Latina y el Caribe**. Disponível em: < <http://www.sobratt.org.br/index.php/16102017-entrega-relatorio-italac-teletrabaho-america-latina-e-caribe/>>. Acesso em: 18 jun.2018.

ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas**

relações sociais de trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

ANAMATRA. **2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.** Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho.** 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BETIATTO, Ricardo. Teletrabalho : a reforma trabalhista em contraponto com as perspectivas europeia e italiana. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 7, n. 62, p. 46-56, set./out. 2017. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/116282>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

____ **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

____ **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 nºs 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. Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 7 maio 2018.

____ **Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011.** Altera o art. 6o da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Brasília, 15 dez. 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

____ **Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015.** Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista; altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 9.503, de 23 de setembro de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, e 11.442, de 5 de janeiro de 2007 (empresas e transportadores autônomos de carga), para disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional; altera a Lei no 7.408, de 25 de novembro de 1985; revoga dispositivos da Lei no 12.619, de 30 de abril de 2012; e dá outras providências. Brasília, 2 mar. 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13103.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

____ **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro. 1º maio 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 7 maio 2018.

____ **Projeto de Lei n. 6787/2016.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT),

aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho:** de acordo com a Reforma Trabalhista Lei nº 13.467/2017. 14. ed. São Paulo: Método, 2017.

_____; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista:** Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede.** vol.1 Trad. Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 8 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Dano existencial e a jornada de trabalho. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p. 52-61, set. 2013. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/95573>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

DACHERI, Emanuelli; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O impacto da tecnologia nas relações de trabalho: uma análise à luz da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais inespecíficos dos trabalhadores. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.** v. 3, n. 2, p. 66-87, julho/dezembro 2017, Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-009X/2017.v3i2.2297> >. Acesso em: 20 jun. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 16 ed. São Paulo: LTr, 2017.

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

FINCATO, Denise. A regulamentação do teletrabalho no Brasil: indicações para uma contratação minimamente segura. **Revista Jurídica Luso-Brasileira.** n. 02, p. 365-396, 2016. Disponível em: < <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/rjlb-2016-02>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

FÓRUM NACIONAL DE PROCESSO DO TRABALHO. **Enunciados do FNPT.** Disponível em: < <http://fnptrabalho.com.br/enunciados-anteriores/>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

IANNI, Octavio. **A era do globalismo.** 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1999.

LISBÔA, Daniel; MUNHOZ, José Lucio (Org.). **Reforma Trabalhista comentada por Juízes do Trabalho:** artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2018.

MASI, Domenico de. **O futuro do trabalho:** fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Rio de Janeiro: José Olympio. 2001.

MELO, Geraldo Magela. **O teletrabalho na nova CLT**. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/downloads/pdf/copy_of_artigoOTELETRABALHONANOVAULT.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2018

MELO, Sandro Nahmias; RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite. **Direito à desconexão do trabalho**: com análise crítica da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017). São Paulo: LTr, 2018.

OLIVEIRA, Fernanda D'Ávila de. Princípios ambientais e meio de (tele)trabalho: novas alternativas para efetiva proteção jurídica do teletrabalhador. In: KÜLZER, José Carlos *et al.* (Coord.). **Direito do Trabalho efetivo**: homenagem aos 30 anos da AMATRA 12. São Paulo: LTr, 2013. p. 171-198.

ORGANIZAÇÃO NACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2015**: O Trabalho como Motor do Desenvolvimento humano. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200014/>>. Acesso em: 8 maio 2018.

ROCHA, Cháris Telles Martins da; AMADOR, Fernanda Spanier. **O teletrabalho**: conceituação e questões para análise. Cad. EBAPE.BR, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 152-162, jan. 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512018000100152&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 18 jun. 2018.

RODRIGUES, Bruno Alves. Conexão telemática e desconexão valorativa no trabalho: uma crítica à reificação do teletrabalho operada pela Lei n. 13.476/2017, na perspectiva da dialética materialista de Karl Marx. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, n. especial, p. 187-194 nov. 2017. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/127072>>. Acesso em: 20 jun. 2018

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito à desconexão do trabalho**. Disponível em: http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf. Acesso em: 10 jun. 2018

URIARTE, Oscar Ermida. **Deslocalización, Globalización Y Derecho Del Trabajo**. Barcelona: Iuslabor, 2007. Disponível em: <<https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/viewFile/57944/68007>>. Acesso em: 8 maio 2018.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **Automação, novas tecnologias e a proteção do trabalhador**: contribuição para regulamentação do inciso XXVII do art. 7º da Constituição Federal. Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. v. 39, 2015. Disponível em: <<http://www.institutocesarinojunior.org.br/revista%20vol%2039.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2018.



ACESSO À JUSTIÇA E CIDADANIA EM TEMPOS DE DESMANCHE

Valdete Souto Severo¹

Resumo: Este artigo discute algumas alterações processuais introduzidas na CLT pela chamada “reforma trabalhista”, sob a perspectiva de que impedem o acesso à justiça e com isso comprometem a própria noção de cidadania, inclusive sob a perspectiva liberal.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Cidadania. Lei n. 13.467. Reforma Trabalhista. Assistência Judiciária Gratuita.

1 INTRODUÇÃO

A chamada “reforma” trabalhista é resultado de um projeto de lei que iniciou com 11 artigos e retornou da comissão coordenada pelo Deputado Rogério Marinho com mais de 100 dispositivos, alterando mais de 200 pontos no texto da CLT. A tramitação, iniciada no dia 12 de abril de 2017, encerrou-se em três meses, nas duas casas do Congresso Nacional. Enquanto a Câmara aceitou 850 emendas ao texto original, o Senado rejeitou todas as 193 emendas apresentadas.

Aprovada pelo Congresso, a Lei nº 13.467/2017 foi sancionada pelo presidente Michel Temer, sem vetos, em 13 de julho. A Medida Provisória, prometida para sanar os problemas da lei, veio três dias após a sua entrada em vigência (MP 808), alterando 87 artigos. Criou tamanha confusão que nem sequer foi submetida à votação.

Em seu relatório, que nem ao menos foi lido no Senado, Ricardo Ferraço refere:

Quando afirmamos que **respeitamos** por óbvio a hierarquia das leis, é para responder à tola tese de que esta reforma trabalhista ataca

1 Doutora em Direito do Trabalho pela USP/SP; Membro da AJD Associação Juízes para a Democracia; Professora e Diretora da FEMARGS - Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RS; Juíza do Trabalho. valdete.severo@gmail.com.

direitos constitucionais. **Fosse esta a intenção, ela seria um tiro no pé, uma vez que prontamente a Corte Constitucional julgaria procedente a profusão de ações diretas de inconstitucionalidade que seriam pugnadas contra a norma.** Esta narrativa é tão verossímil quanto à batalha de Itararé, a batalha que nunca houve (sem grifo no original).

Parecia um vaticínio. A “tola tese” de que a “reforma” ataca direitos constitucionais se revelou uma triste realidade, que vem, inclusive, impedindo concretamente trabalhadores e trabalhadoras de exercer seu direito fundamental de acesso à justiça. Tal como predisse o Senador Ferraço, 22 ADIs já foram interpostas junto ao STF, questionando artigos da Lei nº 13.467/2017. Delas, a ADI 5766 é a mais importante, porque enfrenta justamente a questão do direito fundamental de acesso à justiça.

Este artigo defenderá a tese de que o acesso efetivo à justiça é condição de cidadania, e, mesmo sob a perspectiva estritamente liberal, sua supressão implica ruptura com a própria noção de Estado Democrático de Direito.

492

2 A VEDAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NA “REFORMA” TRABALHISTA

Os dispositivos legais introduzidos na CLT e que são objeto da ADI 5766, movida pela Procuradoria Geral da República, dizem diretamente com a possibilidade de exercício do direito de acesso à justiça.

A norma do art. 790-B, ao referir que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, esvazia o próprio conceito de gratuidade *integral* previsto na Constituição. O limite de 15% estabelecido no art. 791-A revela-se completamente dissociado da prática atual, inferior inclusive aos percentuais fixados em tabela pela OAB e, certamente, se mantidos em decisão judicial, implicarão a cobrança de outros valores, a serem suportados diretamente pelo trabalhador ou pela trabalhadora, esvaziando ainda mais o conceito de gratuidade e comprometendo a percepção dos créditos alimentares. A sucumbência recíproca é a antítese da razão de existência mesma de um processo do

trabalho. A Justiça do Trabalho tem por pressuposto a facilitação do acesso à justiça, o que inclui a noção de *jus postulandi* e de assistência gratuita. Essa última, abrange todas as despesas do processo.

É grave também a disposição contida no § 4º do art. 791-A quando menciona que o beneficiário da justiça gratuita terá as obrigações decorrentes de sua sucumbência “sob condição suspensiva de exigibilidade” durante dois anos, nos quais o credor poderá provar que “deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade” estabelece uma contradição que não poderá ser resolvida, senão pela declaração de inconstitucionalidade dessa disposição legal.

É que a gratuidade se dá em razão da situação de quem demanda, no momento em que demanda. E se ela abrange todas as despesas do processo, inclusive sobre a exegese do CPC², que nem sequer tem por princípio a proteção a quem trabalha, não há como sustentar tal condição suspensiva sem negar, por via oblíqua, a gratuidade. O raciocínio dos “reformadores”, em realidade, penaliza quem ousa discutir direitos em juízo.

A previsão legal de que é possível compensação com créditos obtidos em juízo, “ainda que em outro processo” evidencia isso e esbarra na literalidade dos art. 1.707 do Código Civil e no art. 100 da Constituição. É que o crédito alimentar é insuscetível de renúncia, cessão, compensação ou penhora (Art. 1.707 do Código Civil), cuja aplicação subsidiária a Lei nº 13.467 exorta o juiz a fazer (nova redação do art. 8º). O fato de que os créditos trabalhistas são alimentares está consolidado na redação do art. 100 da Constituição, em seu § 1º, segundo o qual tem natureza alimentícia os créditos “decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez”. Logo, não podem ser compensados.

A ADI 5766 também enfrenta o problema da nova redação do art. 844, § 2º, segundo o qual, “Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, *ainda que beneficiário da justiça gratuita*, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente

2 Artigo 98 do CPC.

justificável”. Além de não dizer o que seria um motivo legalmente justificável, o dispositivo legal novamente penaliza o acesso à justiça, dificultando-o exatamente às pessoas para as quais o benefício da assistência judiciária gratuita foi direcionado para que pudessem exercer seus direitos.

3 A PUNIÇÃO PELO EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE BUSCAR A TUTELA JURISDICIONAL

Os dispositivos que oneram trabalhadores beneficiários da gratuidade da justiça, com o dever de pagar custas, honorários de advogado ou honorários de perito, não se limitam a esvaziar o conceito de gratuidade do art. 5º da Constituição. Vão muito além. Tornam o exercício do direito fundamental de acesso à justiça um ato ilícito.

É interessante resgatar outra afirmação contida no relatório de Ricardo Ferraço, em relação ao PLC 38, que resultou a Lei nº 13.467/2017:

Não há e não poderia haver na proposta **qualquer dispositivo contrário ao sagrado** direito constitucional de acesso à Justiça, **especialmente por parte dos mais pobres**.

O que se verifica, entretanto, como referido no item anterior, é o exato contrário. A inserção de dispositivos que oneram quem demanda na Justiça do Trabalho, mesmo quando reconhecido o direito à gratuidade da justiça, tem o claro objetivo de vedar acesso à justiça justamente aos “mais pobres”.

Note-se: não se trata simplesmente de reconhecer dever de pagamento de custos decorrentes do processo ao litigante que sucumbe na demanda. Trata-se de reconhecer o dever de pagamento dessas despesas ao litigante *para quem o Estado reconhece condição de pobreza incompatível com tal exigência*.

Esse é um ponto importante.

Os dispositivos acima referidos determinam que o trabalhador ou trabalhadora que são reconhecidamente pobres e sem condições de arcar com os custos do processo, sejam onerados com despesas que deverão pagar com os créditos que receberem em juízo, no mesmo ou em outro processo.

Logo, o que o Estado faz, nesses dispositivos, é criar uma espécie de penalidade para quem aciona o Poder Judiciário trabalhista e não consegue convencer o Juiz da procedência de todas as suas alegações.

O texto de lei acaba por tratar o direito fundamental de acesso à justiça como ato ilícito, pois a consequência do não acolhimento de alguma pretensão do trabalhador ou trabalhadora será a aplicação de uma penalidade: a apropriação de (parte ou totalidade) créditos alimentares que lhe foram reconhecidos pelo Estado. E o que é pior: o valor que decorre dos créditos alimentares que o Estado lhe reconhece como devidos, serão devolvidos justamente ao autor do ato ilícito.

Pensemos um exemplo prático, de uma trabalhadora desempregada que ingressa com demanda trabalhista pleiteando os salários do período de garantia provisória no emprego, por haver sido despedida durante a gestação, e adicional de insalubridade em razão da compreensão que tem, de que seu ambiente de trabalho é nocivo à saúde.

A certeza do direito é a antítese do processo. Vale dizer: se essa trabalhadora tivesse a certeza da procedência dos pedidos, não precisaria do processo de conhecimento para exigí-los. Se ingressa com demanda trabalhista é exatamente porque precisa que o Estado lhe reconheça tal certeza. Isso significa que há controvérsia, passível de ser sanada mediante a produção de prova em juízo. No caso do ambiente insalubre, tal prova nem sequer dependerá da destreza ou iniciativa da trabalhadora ou de seu advogado, pois a CLT exige a realização de perícia como único meio adequado para a aferição da nocividade do ambiente de trabalho.

Pois bem, imaginemos que o perito, após investigar o ambiente de trabalho, chegue à conclusão, perfeitamente lícita e adequada diante da controvérsia, de que não há insalubridade no ambiente de trabalho dessa gestante. Provada a gravidez, a sentença advém reconhecendo o direito ao pagamento dos salários pelo período de garantia provisória de manutenção do emprego, mas negando o direito ao pagamento do adicional de insalubridade.

O resultado concreto dessa demanda será o reconhecimento, pelo Estado, de que o empregador praticou uma ilicitude: despediu uma mulher grávida. Será, igualmente, o reconhecimento, pelo Estado, de que a prova

(pericial) obrigatória produzida não permite o acolhimento da pretensão em relação ao pagamento do adicional de insalubridade. Note-se: não se está a tratar de litigância de má-fé. Trata-se de uma pretensão possível, cuja discussão em juízo e o desconhecimento prévio da parte acerca do resultado da prova é inevitável.

Logo, não há aqui ilicitude da trabalhadora. O ato de ajuizar demanda a fim de produzir perícia e descobrir se há lesão a direito fundamental de proteção à saúde é decorrência do exercício do direito fundamental de acesso à justiça, previsto tanto no art. 5º quanto no inciso XXIX do art. 7º, ambos da Constituição.

A situação criada pela Lei nº 13.467/2017 para casos como esse inverte toda a ordem jurídica. O agressor dessa ordem, assim reconhecido pelo Estado, não sofrerá penalidade alguma. Será condenado a pagar os salários do período de garantia no emprego, porque os devia e não os adimpliu à época própria. Não sofrerá, porém, penalidade por haver agredido a esfera de direitos fundamentais da trabalhadora.

496

Em contrapartida, a trabalhadora que teve reconhecida agressão a direito fundamental, porque não convenceu o Estado de que havia uma situação insalubre de trabalho, será penalizada com a condenação ao pagamento de honorários de perito e do advogado da parte contrária. E terá de pagá-los, pelos termos da lei, inclusive com o que receber a título de salários do período de garantia no emprego.

Assim, será condenada a devolver o resultado monetário dos direitos reconhecidos e recompostos parcialmente pelo Estado ao agressor da ordem jurídica.

É evidente tratar-se de penalidade, algo que se revela não apenas nos termos do dispositivo legal, mas especialmente nos fundamentos que constam no relatório de Rogério Marinho como justificativa para tais regras, e sobretudo nas declarações feitas pelo Ministro Luís Roberto Barroso, quando da apresentação do voto relator na ADI 5766, no dia 10/5/2018.

4 O VOTO DO MINISTRO RELATOR NA ADI 5766: ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO?

A primeira Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta contra a Lei nº 13.467/2017, pela Procuradoria-Geral da União (ADI 5766), discute exatamente as alterações antes referidas. Distribuída ao Ministro Luís Roberto Barroso, foi incluída em pauta de julgamento, sem que o pedido liminar tivesse merecido apreciação.

Em sessão realizada em maio de 2018, o Ministro Relator proferiu oralmente seu voto, posicionando-se pela constitucionalidade dos dispositivos. O Ministro Fachin registrou voto divergente, reconhecendo a inconstitucionalidade dos arts. 790B, 791A e seu § 4º, bem como do art. 844, § 2º, da CLT. Em seguida, o Ministro Luiz Fux pediu vista. Enquanto este texto é produzido, ainda não há notícia da posição que adotará o Ministro Fux em relação à matéria.

O voto do Ministro Relator não está publicado, de modo que seu teor foi obtido por meio da degravação de sua fala, na sessão em que o proferiu e cujo acesso é público³. É importante, porém, trazer à discussão

497

³ Em www.stf.jus.br. A ementa lida por Barroso ao final de sua exposição tem o seguinte conteúdo: “As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta. O descasamento entre o custo individual de postular em juízo e o custo social da litigância faz com que o volume de ações siga uma lógica contrária ao interesse público. A sobreutilização do Judiciário congestionava o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais, vale dizer afeta, em última análise, o próprio direito constitucional de acesso à justiça. Dessa forma, é constitucional a cobrança de honorários sucumbenciais dos beneficiários da gratuidade de justiça, como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos aventureiros. A gratuidade continua a ser assegurada pela não cobrança antecipada de qualquer importância como condição para litigar. O pleito de parcelas indevidas ensejará, contudo, o custeio de honorários ao final, com utilização de créditos havidos no próprio feito ou em outros processos. Razoabilidade e Proporcionalidade da exigência. Todavia, em resguardo de valores alimentares e do mínimo existencial, a utilização de créditos havidos em outros processos observará os seguintes critérios: 1) Não exceder a 30% do valor líquido recebido por aplicação análoga das normas que dispõem sobre o desconto em verbas alimentares; 2) Não incidir sobre valores inferiores ao teto do Regime Geral da Previdência Social, atualmente R\$ 5. 645,80. Também é constitucional a cobrança de custas judiciais dos beneficiários da justiça gratuita que derem ensejo ao arquivamento do feito em razão do não comparecimento injustificado à audiência. Respeito e consideração à justiça e à sociedade que a subsidia, ônus que pode ser evitado pela apresentação de justificativa para a ausência. Por fim, e igualmente constitucional

alguns argumentos nele utilizados.

O Ministro Barroso referiu expressamente que a *“intenção do legislador, inequívoca intenção do legislador, foi a de enfrentar um problema que é a sobreutilização do Judiciário de uma maneira geral, da litigiosidade excessiva de uma maneira geral e particularmente na Justiça do Trabalho, que, de acordo com a Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, em volume já assinado pela presidente Cármen Lúcia, concluiu que a Justiça do Trabalho em 2015 finalizou o exercício com 5 milhões de processos em tramitação, tendo sido ajuizado somente em 2015 4 milhões de ações trabalhistas”*.

Deixa claro, portanto, que os dispositivos em análise têm mesmo o condão de reduzir o número de ações trabalhistas, agindo como uma forma de penalidade para trabalhadores que têm como resultado a improcedência de suas pretensões, ainda que parcial. Ora, para coibir litigância de má-fé há dispositivos específicos no CPC e, em razão da Lei nº 13.467, também na CLT. A agressão à gratuidade da justiça, se utilizada para o objetivo de “coibir a sobreutilização do Judiciário” ou a “litigiosidade excessiva”, está promovendo uma dupla punição que, aliás, parte de um pressuposto invertido: o de que todas as demandas não acolhidas pelo Judiciário são eivadas de má-fé.

Os dados, porém, desmentem tanto a litigiosidade excessiva quanto a suposta má-fé contumaz. No relatório do CNJ, Justiça em Números, de 2016, relativo aos dados do ano de 2015, consta que a Justiça Estadual recebeu, naquele ano, 18,9 milhões de processos. Enquanto isso, a Justiça do Trabalho, recebeu, no mesmo ano, “um total de aproximadamente 4 milhões de processos”. **Menos de ¼ dos processos ajuizados na justiça**

o condicionamento da propositura de novação ao pagamento das custas judiciais decorrentes do arquivamento. Medida adequada a promover o objetivo de acesso responsável à justiça. Dispositivo: Interpretação conforme a Constituição dos dispositivos impugnados para assentar como teses de julgamento: 1) 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 aos seus beneficiários. 2) A cobrança de honorários sucumbenciais poderá incidir: 1. Sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais em sua integralidade. 2. Sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, quando pertinentes a verbas remuneratórias. 3) É legítima a cobrança de custas judiciais em razão da ausência do reclamante à audiência, mediante sua prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento”.

comum.

Segundo esse relatório, na Justiça do Trabalho, “o número de casos novos vem crescendo historicamente, muito embora a elevação, especialmente nos três últimos anos, tenha sido discreta se comparada com o número de processos baixados”, o que desmente o argumento de que há uma busca maior pelo Poder Judiciário Trabalhista, em face da simples vontade dos trabalhadores de tirar dinheiro de seus empregadores, como se fosse fácil para um cidadão que depende do trabalho para sobreviver perder seu tempo e dinheiro, deslocando-se para buscar um advogado que o represente e comparecendo à Justiça do Trabalho para tentar demonstrar as lesões que sofreu.

O mesmo estudo do CNJ revela que os assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho são férias, remuneração, verbas resilitórias e horas extras, que perfazem cerca de 49% das demandas⁴.

No Rio Grande do Sul, esse número é ainda maior. Estudo realizado pela Justiça do Trabalho do RS constata que do “total de pedidos que chegam à Justiça do Trabalho gaúcha, 54% referem-se a verbas resilitórias (saldo de salários não pagos, 13º salário e férias proporcionais, 40% dos depósitos do FGTS, etc)”⁵. Portanto, a maior parte das demandas é ajuizada apenas para que o trabalhador consiga receber sua rescisão.

O Ministro Barroso refere os “*custos da máquina judiciária*” e afirma que

apenas 11% do custeio da justiça é recuperado por meio de taxa judiciária, custas e emolumentos. Isso significa que cerca de 90% da atuação do Poder Judiciário são 90% subsidiados pela sociedade, isto é, quem paga a fatia mais larga deste custo não são os litigantes, é a sociedade como um todo. Em última análise, é o povo brasileiro e portanto dinheiro que vai para o custeio do Judiciário, importante como seja o papel do Judiciário, é dinheiro que não vai para a educação, é dinheiro que não vai para a saúde, é dinheiro que não vai para o saneamento, é dinheiro que não vai para melhorar estradas.

⁴ <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>

⁵ <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/Noticia?window?cod=1445050&action=2&destaque=false&filtros=>

Esquece-se de considerar a relevância dos valores arrecadados pela Justiça do Trabalho para a Previdência Social.

Em 2016, a Justiça do Trabalho arrecadou R\$ 2.385.672.884,90 para a Previdência Social. Em 2017, já sob a égide e o medo provocado pela nova lei, esse número foi reduzido para R\$ 1.356.057.399,35⁶.

O Relatório Geral da Justiça do Trabalho revela que, em 2015, antes, portanto, do corte orçamentário que tirou 29% da verba de custeio e 90% da verba de investimentos, os custos totais para a estrutura de 24 TRTs, 1.587 varas do trabalho em todo o País, quase 4 mil juízes e cerca de 45,5 mil servidores na ativa, além do TST e CSJT, eram de R\$ 17,1 bilhões; o total distribuído nos processos trabalhistas chegou a R\$ 17,4 bilhões, fora a arrecadação de outros R\$ 2,8 bilhões em tributos, custas e emolumentos aos cofres públicos.

Portanto, a Justiça do Trabalho devolve, diretamente, cerca de 18% a mais do que custa. Isso sem considerar a receita indireta: emprego de milhares de advogados, peritos judiciais, prestadores de serviço, e todos os demais repasses que entram na economia, como os gastos com manutenção, aluguéis, obras, materiais, insumos e muitos outros⁷.

No Relatório relativo ao ano de 2016, consta que a Justiça do Trabalho “*contava com 47.545 magistrados e servidores, quantitativo 0,4% inferior ao do ano anterior*”. Ainda assim, sua produtividade foi **4,3% superior à alcançada em 2015**.

A despesa da Justiça do Trabalho para cada habitante foi de **R\$ 85,16, 5,2% inferior à de 2015. Em contrapartida, a Justiça do Trabalho arrecadou para a União o montante de R\$ 3.276.651.454,37 na soma de IR, INSS, Custas, Emolumentos e multas aplicadas pelo Órgão de Fiscalização, valor correspondente a 18,7% da sua despesa orçamentária e 9,2% superior ao arrecadado em 2015**. Foram pagos aos reclamantes R\$ 24.358.563.331,43, 30,5% a mais que em 2015. Os valores pagos decorrentes de acordos judiciais representaram 37,1% do total e aumentaram 18,0%; os decorrentes da execução da sentença representaram

⁶ <http://www.tst.jus.br/arrecadacao>

⁷ <http://www.tst.jus.br/consolidacao-estatistica1>

52,8% e aumentaram 33,0%. A demanda processual, em comparação com o ano anterior, aumentou 5,9%, somando ao final de 2016, 3.700.642 casos novos.

A impressão que se tem é de que todo mundo entra com ação trabalhista, algo, aliás, que o Ministro afirma em trecho anterior do seu voto, chegando a dizer que os empregadores não respeitam os direitos fundamentais trabalhistas porque aguardam a ação para fazer o pagamento. Ora, o Relatório da Justiça do Trabalho, antes já referido, assinado pelo então presidente Ives Gandra Martins Filho, refere que a cada 100.000 habitantes do País, apenas 1.796 pessoas ingressaram uma ação ou recurso na Justiça do Trabalho⁸. Portanto, ao contrário do que afirmou o Ministro Relator, menos de 2% da população recorre à Justiça do Trabalho.

É de salientar que o próprio Ministro, quase ao final da leitura do voto, reconhece que *“a Justiça do Trabalho tem um bom desempenho comparada a outros ramos do judiciário”*. Reconhece que *“a taxa de congestionamento bruto da Justiça do Trabalho é inferior às da Justiça Federal e da Justiça Estadual”*; *“o índice de atendimento à demanda é superior na média aos índices da Justiça Federal e da Justiça Estadual”*; *“o custo médio por habitante é substancialmente inferior ao da Justiça Estadual”* e *“a Justiça do Trabalho tem um percentual bem acima do das outras Justiças de solução de litígio por via de transação, por via de conciliação, o que é igualmente uma virtude que deve ser salientada”*.

Ainda assim, segue sua linha de raciocínio afirmando que *“quando se permite que cada pessoa individualmente utilize o espaço público para maximizar o seu interesse, o interesse privado prevalece sobre o interesse público e em algum momento o espaço público é consumido e destruído pelo interesse privado”*. O argumento de que *“sem conter a sobrecarga gerada para o Judiciário o próprio acesso à justiça começa a ficar comprometido e portanto o acesso à justiça é comprometido pela negativa da possibilidade de ingresso, mas é também comprometido pela inexistência de filtros mínimos e de desincentivos mínimos para este ingresso porque a demanda excessiva também impede um acesso à justiça, pelo menos a uma justiça que funcione com o mínimo grau de eficiência. E os números da judicialização no Brasil são muito impressionantes, os números do Judiciário e da judicialização no Brasil de uma maneira geral”*,

8 <http://www.tst.jus.br/documents/10157/3bd84696-5b95-56dc-1a66-29b804f92d39>

como vimos com os números antes referidos, não se sustenta.

Tanto isso é verdade que o Ministro se reporta, para fundamentar sua conclusão, em tese de doutoramento do juiz federal Erik Navarro Wolkart, chamada “Análise econômica e comportamental do processo civil”. Ora, todos os dados antes referidos demonstram que a Justiça do Trabalho é eficiente e tem um número muito pequeno de demandas integralmente improcedentes. A análise econômica citada pelo Ministro refere-se ao processo comum e, portanto, nem sequer pode ser invocada para exame de regras atinentes ao processo do trabalho, reconhecido oficialmente como um processo ágil e eficaz.

De qualquer modo, o que importa discutir, das afirmações do Ministro, não é apenas a ausência de litigiosidade excessiva, mas especialmente porque há elevado número de demandas trabalhistas no País. Não há dúvida de que a redução no número de demandas atende aos objetivos de todos aqueles que lidam com o Direito, não para que o Poder Judiciário prove eficiência, critério que sequer deveria ingressar em uma discussão jurídica sobre efetividade de direitos fundamentais, mas porque poderia revelar uma mudança de cultura, indicando maior preocupação no cumprimento tempestivo dos direitos dos trabalhadores e trabalhadoras.

A redução do número de demandas trabalhistas só pode ser perseguida e comemorada se efetivamente refletir maior respeito ao ordenamento jurídico. Do contrário, será uma falácia, cujas consequências sociais se revestirão de extrema gravidade.

O Relatório antes mencionado ainda dá conta de que a indústria e os serviços diversos lideraram o ranking de atividades econômicas com maiores quantitativos de casos novos, reafirmando a relação direta entre precarização/terceirização e inadimplemento dos direitos fundamentais dos trabalhadores e trabalhadoras. Também confirma que os assuntos mais recorrentes na Justiça do Trabalho são: aviso prévio, multa prevista no art. 477 da CLT, multa prevista no art. 467 da CLT e multa de 40% do FGTS. Ou seja, a prática de despedir sem efetuar o pagamento das verbas resilitórias.

Se essa é a realidade refletida em números, é possível afirmar sem medo de errar: a) há pouca litigiosidade no Brasil, considerando o contumaz descumprimento de direitos trabalhistas; b) a litigiosidade que existe não

é fruto de má-fé, mas da facilidade em não pagar salários e outras verbas alimentares, contando com uma estrutura estatal que acabará por beneficiar (com tempo, desconto, acordo, quitação, etc) o agressor da ordem jurídica; c) reduzir o número de demandas por meio da disseminação do medo e da punição a quem busca tutela jurisdicional não resolve a litigiosidade, apenas maquia a realidade social de desobediência à ordem jurídica, estimulando-a.

5 LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ X EXERCÍCIO DO DIREITO DE PETIÇÃO

Não há como sustentar a ótica distorcida e perversa de que a cobrança de custas, honorários de perito ou de advogado de demandante beneficiário da gratuidade da justiça coibiria a má-fé, nem mesmo se concordássemos com esse estranho objetivo de normas que visam regular o acesso à justiça.

Ora, se a demanda for totalmente improcedente, a parte autora reconhecidamente pobre e sem condições de litigar em juízo de modo oneroso, certamente não terá condições de pagar honorários de advogado ou perito. Logo, no exemplo antes trabalhado, se gravidez não houvesse e estivéssemos realmente diante de lide temerária, a decisão de total improcedência, mesmo condenando a trabalhadora a pagar honorários, seria fadada a entrar para o rol de execuções trabalhistas não resolvidas, pois, de acordo com a previsão legal, não havendo créditos para serem compensados, após dois anos de “suspensão da exigibilidade”, o processo poderá ser definitivamente arquivado.

Nada demonstra de modo mais claro o objetivo dos dispositivos atacados na ADI 5766. Não se trata de evitar demandas que a parte autora sabe destituídas de fundamento, trata-se de estabelecer a lógica da penalização pelo exercício do direito de acesso à justiça, beneficiando claramente o agressor da ordem jurídica, com a previsão de que o trabalhador ou a trabalhadora, em relação aos quais a quem houve lesão reconhecida pelo Estado, sejam compelidos a devolver os valores que lhe forem deferidos a quem efetivamente cometeu ato ilícito. O recado não poderia ser mais claro. Evitar que trabalhadores e trabalhadoras, para os quais exercer o direito de ação já é um ato de coragem, ajuízem demandas trabalhistas.

O resultado final pretendido nunca foi escondido por aqueles que se autointitulam “pais” da “reforma”: extinguir a Justiça do Trabalho. Ora, se trabalhadores e trabalhadoras não tiverem coragem de ajuizar demanda trabalhista em relação aos atos ilícitos contra eles praticados no ambiente de trabalho, haverá redução do número de ações trabalhistas. Logo, em pouco tempo veremos questionada a própria existência de uma estrutura destinada a cuidar desse conflito de interesses. Se os litígios não são judicializados, não há necessidade de uma estrutura de Poder Judiciário para deles cuidar.

A perversidade desse objetivo vai muito além do simples desmonte do sistema de proteção estatal para a relação capital e trabalho e de todas as implicações dessa opção legislativa, para a própria manutenção da ordem.

Muito mais perverso do que propor a extinção da Justiça do Trabalho, é deliberadamente construir um conjunto de regras que legitimam o desrespeito à ordem jurídica, estimulam o descumprimento de direitos trabalhistas. É disso que se trata.

504

O empregador que respeita direitos fundamentais trabalhistas terá, inclusive, dificuldade de competir em situação de mínima igualdade concorrencial com aqueles empregadores que simplesmente negarem os direitos mais elementares, como o direito ao registro do contrato ou ao pagamento de salário. Para esses, a exploração sem limite do tempo de vida de homens e mulheres trabalhadoras será compensada pelo medo legítimo desses seres humanos, de ingressar com demandas trabalhistas. Mesmo para os corajosos que ainda assim insistirem em interpor demandas, a compensação para o autor do ato ilícito de violação a direitos fundamentais virá pela previsão de “devolução” dos créditos alimentares reconhecidos como devidos, sob a forma de honorários de advogado.

6 A SUBCIDADANIA NO CONTEXTO DA LEI Nº 13.467/2017: A FALSA REDUÇÃO DE LITÍGIOS

A Justiça do Trabalho é o ambiente em que as normas fundamentais de proteção ao trabalho encontram espaço para serem exigidas, para serem respeitadas. Suprimir esse espaço - é disso que se trata e é essa a consequência mediata desse esvaziamento da gratuidade - é retirar das trabalhadoras e dos

trabalhadores a possibilidade de exercício de sua cidadania, de exigência do respeito às normas constitucionais. Por isso, as alterações aqui analisadas precisam ser declaradas inconstitucionais, em face do que estabelece a Constituição em relação ao alcance da gratuidade da Justiça.

O acesso à justiça pressupõe a efetividade do processo, em “igualdade de armas”, como garantia de que o resultado final de uma demanda dependa somente do mérito dos direitos discutidos, e não de forças externas. A própria noção de monopólio da jurisdição pressupõe que todos os cidadãos e cidadãs tenham acesso ao Estado, terceiro cuja função é precisamente garantir a aplicação das “regras do jogo”. Por mais que essas afirmações sejam recheadas de conteúdo ideológico e em larga medida destinadas ao fracasso, como bem sabemos, o fato é que nosso pacto de convívio social pressupõe a crença nessa função estatal de resolução dos litígios. O Poder Judiciário, nesse contexto, tem precisamente o objetivo de garantir a efetividade dos direitos contra o poder de uma minoria que dita as regras nas relações sociais.

No caso do Direito do Trabalho, a assimetria entre as partes dessa relação social torna ainda mais relevante a função do Estado, como mediador do conflito. E essa mediação importa para a própria continuidade do sistema. Prova disso é o fato de que, ao término da Primeira Guerra Mundial, houve a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT). A afirmação contida na Constituição da OIT, de que trabalho não é mercadoria de comércio, compõe a mais bem intencionada doutrina de proteção a quem trabalha. E é instituída justamente para garantir a reestruturação econômica dos países destruídos pela guerra.

A Constituição de 1988 traz a dignidade humana como fundamento da República, no item III de seu primeiro artigo. Todos os sistemas jurídicos atuais convergem para esse reconhecimento da moralidade como elemento do Direito, buscando compatibilizar as tendências da sociedade de trocas, com as possibilidades de seguirmos vivendo minimamente bem em grupo. A importância teórica da construção de uma doutrina dos direitos fundamentais é exatamente a de evidenciar que uma ordem jurídica não tem fundamento para sua existência, quando dissociada do objetivo básico de estabelecer o respeito concreto à dignidade de todos aqueles que dela são

destinatários.

A proteção que identifica o Direito do Trabalho tem a mesma base substancial da dignidade humana e, por consequência, os mesmos limites. O mesmo ideal que determinou o reconhecimento de que a dignidade humana precisaria ser alçada à condição de princípio jurídico para que alguns outros limites fossem impostos à lógica da sociedade capitalista, inclusive para que ela seguisse se reproduzindo, também justificou a construção jurídica do princípio da proteção. A vedação concreta do acesso à justiça implica atingir diretamente essa mediação, essa acomodação do conflito entre capital e trabalho.

Ora, se a Justiça do Trabalho existe para garantir acesso à justiça e é reconhecidamente mais eficiente, não há como sustentar regras de vedação do acesso à justiça como uma necessidade decorrente do “alto grau de litigiosidade”, sabendo que no direito comum, em que essa mesma eficiência não existe, não existem as restrições contidas na Lei nº 13.467 e que são objeto da ADI 5766.

506

No art. 98 do Código de Processo Civil reconhece-se à “pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios” o direito “à gratuidade da justiça”⁹. Portanto, no âmbito do direito comum, em que nem sequer se reconhece a assimetria presente na relação entre capital e trabalho, a gratuidade foi reconhecida de modo integral, com a eliminação de todo o custo do processo que impeça ou dificulte o acesso à

9 Segundo esse mesmo artigo, a gratuidade da justiça compreende: “I - as taxas ou as custas judiciais; II - os selos postais; III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios; IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse; V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais; VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira; VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução; VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório; IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.”

justiça¹⁰.

As normas inseridas na CLT pela Lei n. 13.467/17, no entanto, determinam que o próprio proveito econômico obtido pelo trabalhador no processo seja utilizado para o pagamento das despesas do processo, incluindo os honorários da parte contrária, estabelecendo, desse modo, objetivamente, um rebaixamento da cidadania dos trabalhadores na comparação com os demais cidadãos em outras relações jurídicas, contrariando a própria essência do Direito do Trabalho.

Não há dúvida de que isso tem gerado a redução do número de processos, mas de modo absolutamente artificial, pelo medo de ajuizar uma demanda e “sair devendo”, quebrando a eficácia do princípio do acesso à justiça e, portanto, o que o Ministro Barroso, em seu voto, chama de “*processo justo, efetivo e a uma justiça que funcione, que funcione em tempo razoável e de maneira eficiente*”. A consequência disso é exclusivamente o maior incentivo ao descumprimento da legislação do trabalho, gerando aumento do sofrimento nas relações de trabalho, intensificação do processo de acumulação da riqueza, quebra do sistema previdenciário, diminuição do consumo e agravamento da crise econômica, com efeito inevitável na insegurança pública¹¹.

Os dispositivos que estão sendo alvo de discussão na ADI 5766 põem em questão a própria viabilidade do modelo de sociedade preconizado no pacto firmado por ocasião da elaboração da Constituição de 1988, que sequer, até hoje, não foi completamente cumprido.

10 A única exceção que o art.98 admite e que, de fato, não constitui uma exceção diz respeito à obrigação de pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios que decorram da sucumbência (§ 2º), mas que somente poderão ser cobradas pelo credor se, no prazo de 05 anos, o beneficiário superar a situação econômica que lhe conferiu o direito à gratuidade. Há, inclusive, a determinação de que o credor produza prova a respeito (§ 3º), pois “presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural” (§ 3º do art. 99)

11 <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/contra-o-revisionismo-historico-e-a-supressao-do-acesso-a-justica-do-trabalho-o-caso-da-adi-5766>, acesso em 29/5/2018.

7 CONCLUSÃO

A aposta na Justiça do Trabalho como ambiente ideal para “harmonizar os interesses em luta”, “em defesa da autoridade do Estado, que não pôde ser neutro, nem abstencionista, diante das perturbações collectivas, deixando as forças sociaes entregues aos proprios impulsos”, conforme texto da exposição de motivos do Decreto 1.237, em 2 de maio de 1939, que a institui, é não apenas uma resposta às lutas da classe trabalhadora já organizada, como também efeito da necessidade de organização do próprio capital. E seu pressuposto é justamente a facilitação do acesso à justiça àqueles que não têm espaço para deduzir suas pretensões na chamada “justiça comum”.

A Lei nº 13.467/2017 consegue inverter de tal modo essa realidade que hoje é mais difícil o acesso à Justiça do Trabalho do que à Justiça Comum. As regras de gratuidade “onerosa” da justiça inseridas na CLT fazem com que o tratamento ao demandante seja mais rigoroso na justiça, que só existe para que os pobres possam ter seus direitos discutidos e reconhecidos pelo Estado, do que nos demais âmbitos do Poder Judiciário.

Viver em um Estado Democrático de Direito significa ter direitos e deveres, mas também contar com uma estrutura forte que os faça valer, sempre que violados. A própria noção de monopólio da jurisdição pressupõe que todos os cidadãos e cidadãs tenham acesso ao Estado, terceiro cuja função é precisamente garantir a aplicação das “regras do jogo”. Do contrário, a democracia revela-se como uma farsa. Elegemos nossos representantes, aprovamos as normas jurídicas e concordamos em conceder ao Estado o monopólio da jurisdição. Em contrapartida, podemos (e devemos) exigir do Estado que garanta a realização dessa ordem de coisas, que aja quando nossos direitos forem violados.

A verdade é que no Brasil, em que não se reconhece garantia alguma contra a despedida, ajuizar uma demanda trabalhista é um ato de coragem, para quem muitas vezes não tem sequer o dinheiro para a passagem de ônibus que o conduzirá até a audiência trabalhista. Implica expor-se diante dos colegas que servirão como testemunhas. Implica a perda de um dia ou turno em que poderia estar trabalhando ou procurando por um novo posto de trabalho. Implica, ainda, a possibilidade concreta de prejuízos

futuros, em razão da comunicação entre o empregador demandado e os possíveis futuros tomadores do seu trabalho, prática tão comum que tem até o apelido de *lista suja*.

As alterações promovidas na CLT pela Lei nº 13.467/2017, notadamente naquilo que afetam o direito de acesso à justiça, colocam em xeque a preservação do modelo de sociedade preconizado no pacto firmado por ocasião da elaboração da Constituição de 1988, que nem sequer, até hoje, foi completamente cumprido. Por isso mesmo, espera-se que o STF aproveite a oportunidade histórica que tem em suas mãos para reafirmar a ordem constitucional vigente e garantir sua própria razão de existência: o direito fundamental à tutela jurisdicional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de Pesquisas Jurídicas. **Justiça em Números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3d8bbff344931a933579915488.pdf>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Arrecadação no TST**: valores arrecadados. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/estatistica/tst/arrecadacao>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Secretaria-Geral da Presidência do TST. Coordenadoria de Pesquisa e Estatística do TST. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho 2016**. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/3bd84696-5b95-56dc-1a66-29b804f92d39>. Acesso em: 29 maio de 2018.

SEVERO, Valdete Souto & SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Contra o revisionismo histórico e a supressão do acesso à Justiça do Trabalho: o caso ADI 5766. Jorge Luiz Souto Maior Blog**. São Paulo, 21 maio 2018. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/contra-o-revisionismo-historico-e-a-supressao-do-acesso-a-justica-do-trabalho-o-caso-da-adi-5766>. Acesso em: 29 maio 2018.

