

REFORMA TRABALHISTA PRIMEIRAS IMPRESSÕES

Rosangela Tremel
Ricardo Calcini
(Organizadores)





Universidade Estadual da Paraíba

Prof. Antonio Guedes Rangel Junior | *Reitor*

Prof. Flávio Romero Guimarães | *Vice-Reitor*



Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano Nascimento Silva | *Diretor*

Antonio Roberto Faustino da Costa | *Editor Assistente*

Cidoval Moraes de Sousa | *Editor Assistente*

Conselho Editorial

Luciano do Nascimento Silva (UEPB)

Antônio Roberto Faustino (UEPB)

Cidoval Moraes de Sousa (UEPB)

José Luciano Albino Barbosa (UEPB)

Antônio Guedes Rangel Junior (UEPB)

Flávio Romero Guimarães (UEPB)

Conselho Científico

Raffaele de Giorgi (UNISALENTO/IT)

Jorge Eduardo Douglas Price (UNCOMAHUE/ARG)

Celso Fernandes Campilongo (USP/ PUC-SP)

Juliana Magalhães Neuwander (UFRJ)

Vincenzo Carbone (UNINT/IT)

Vincenzo Milittelo (UNIPA / IT)

Jonas Eduardo Gonzalez Lemos (IFRN)

Eduardo Ramalho Rabenhorst (UEPB)

Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira (IPCA/PT)

Gustavo Barbosa Mesquita Batista (UEPB)

Rodrigo Costa Ferreira (UEPB)

Glauber Salomão Leite (UEPB)

Germano Ramalho (UEPB)

Dimitre Braga Soares de Carvalho (UFRN)



Editora filiada a ABEU

EDITORA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

Rua Baraúnas, 351 - Bairro Universitário - Campina Grande-PB - CEP 58429-500

Fone/Fax: (83) 3315-3381 - <http://eduepb.uepb.edu.br> - email: eduepb@uepb.edu.br

**Rosangela Tremel
Ricardo Calcini**
(Organizadores)

REFORMA TRABALHISTA

PRIMEIRAS IMPRESSÕES



Campina Grande-PB
2018

Copyright © EDUEPB

A reprodução não-autorizada desta publicação, por qualquer meio, seja total ou parcial, constitui violação da Lei nº 9.610/98.

Editora da Universidade Estadual da Paraíba

Luciano do Nascimento Silva | *Diretor*

Design Gráfico e Editoração

Erick Ferreira Cabral

Jefferson Ricardo Lima Araujo Nunes

Leonardo Ramos Araujo

Divulgação

Danielle Correia Gomes

Revisão Linguística

Elizete Amaral de Medeiros

Normalização Técnica

Jane Pompilo dos Santos

Foto da Capa

Tycho Brahe Fernandes

(autorretrato-alheio.blogspot.com.br).

Depósito legal na Biblioteca Nacional, conforme Lei nº 10.994, de 14 de dezembro de 2004.
FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL - UEPB

341.60981

R281 Reforma Trabalhista. / Rosangela Tremel e Ricardo Calcini
(Organizadores). - Campina Grande: EDUEPB, 2018.
965 p.

Modo de acesso: eduepb.uepb.edu.br/e-books

ISBN 978-85-7879-529-0

1. Direito do Trabalho – Brasil. 2. Reforma trabalhista
- Aplicabilidade. 3. Lei Nº 13.467/2017 – Brasil. 4. Jornada
de trabalho. 5. Teletrabalho – Brasil. I. Tremel, Rosangela
(Org.). II. Calcini, Ricardo (Org.).

21. ed. CDD

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
Luciano Nascimento	
Ricardo Calcini	
Rosângela Tremel	
DA JORNADA DE TRABALHO - NOVOS PARÂMETROS DE CONTROLE	13
Aline Moreira Dacosta	
Eduardo Luiz Brock	
APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO E A REFORMA TRABALHISTA	26
André Luiz Paes de Almeida	
“REFORMA” TRABALHISTA: COMO ENFRAQUECER AS FUNÇÕES SINDICAIS E GERAR DUMPING SOCIAL?	40
Anita Duarte de Andrade	
O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUAS REPERCUSSÕES NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DA LEI Nº 13.467/17	53
Bruno Klippel	
SUPREMACIA DO MODELO NEGOCIADO SOBRE O MODELO LEGISLADO NA REFORMA TRABALHISTA SOB O ENFOQUE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES	73
Carlos Henrique Bezerra Leite	

CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DO DANO MORAL	96
Edilton Meireles	
EQUIPARAÇÃO SALARIAL: LIMITAÇÃO NECESSÁRIA	122
Fabiano Zavanella	
A ATUAÇÃO DOS SINDICATOS DE TRABALHADORES NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS APÓS A REFORMA TRABALHISTA	136
Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani*	
A DISPENSA COLETIVA NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO DIANTE DA LEI 13.467/2017: ENTRE O RETROCESSO SOCIAL E A RESISTÊNCIA	162
Gilberto Carlos Maistro Junior	
A ARBITRAGEM APLICADA NO DIREITO DO TRABALHO APÓS A REFORMA	192
Gleibe Pretti	
A REFORMA TRABALHISTA E SUAS “MODERNIDADES” NA VISÃO DO MUNDO EXTERIOR O “CASO BRASIL” NA 106ª CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO E AS VIOLAÇÕES ÀS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO.....	202
Guilherme Guimarães Feliciano Luciana Paula Conforti Noemia Aparecida Garcia Porto	
REFORMA TRABALHISTA E OS IMPACTOS NO DIREITO DE FÉRIAS DO EMPREGADO	225
Gustavo Filipe Barbosa Garcia	
APLICABILIDADE DA REFORMA TRABALHISTA AOS CONTRATOS CELEBRADOS ANTES DA SUA VIGÊNCIA.....	235
Joalvo Magalhães	

A REFORMA TRABALHISTA E O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO	253
João Humberto Cesário	
NOVOS PARÂMETROS PARA A PRESCRIÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO	280
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho	
(IN)APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NOVAS REGRAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NO PROCESSO TRABALHISTA	293
José Affonso Dallegre Neto	
A REFORMA TRABALHISTA E O DIREITO INTERTEMPORAL: QUESTÕES DE DIREITO PROCESSUAL	308
José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva	
IMPACTOS PRÁTICOS DA REFORMA TRABALHISTA NA CONTESTAÇÃO ...	344
Josley Soares	
A REFORMA TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DA HISTÓRIA DA CLT	357
Leonardo Tibo Barbosa Lima	
CONTRATO DO TRABALHADOR AUTÔNOMO	406
Leone Pereira da Silva Junior Mariana Dias da Costa do Amaral	
O TRABALHO A TEMPO PARCIAL SOB A PERSPECTIVA DA REFORMA TRABALHISTA: AVANÇO OU RETROCESSO?	434
Lilian Katiusca Melo Nogueira	
NOVOS REQUISITOS RECURSAIS E A TRANSCENDÊNCIA DO RECURSO DE REVISTA	453
Lucas Oliveira dos Reis Souza	

**UM OLHAR SOBRE AS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO DA
INDÚSTRIA PARANAENSE EM TEMPOS DE REFORMA TRABALHISTA.....465**

Luciana Piccinelli Gradowski

HIPERSUFICIÊNCIA497

Luis Otávio Camargo Pinto

**ENTIDADES SINDICAIS DE GRAU SUPERIOR: CRITÉRIOS E
LIMITES DA UNICIDADE SINDICAL512**

Luiz Philippe Vieira de Mello Filho

Renata Queiroz Dutra

**A REFORMA TRABALHISTA E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO
RETROCESSO SOCIAL528**

Maria Vitoria Queija Alvar

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO DO TRABALHO.....550

Mauricio de Figueiredo Corrêa da Veiga

ASPECTOS DA AUDIÊNCIA TRABALHISTA À LUZ DA LEI 13.467/17569

Mauro Schiavi

PETIÇÃO INICIAL LÍQUIDA. E AGORA?584

Maximiliano Carvalho

OS NOVOS CONTORNOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO606

Otavio Pinto e Silva

**A REPRESENTAÇÃO DE TRABALHADORES NOS LOCAIS DE
TRABALHO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS
TRABALHISTAS – PROVOCAÇÕES SOBRE AS INOVAÇÕES
TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA.....622**

Paulo Sergio João

BREVES REFLEXÕES SOBRE O ARTIGO 800 DA CLT: A EXEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA RELATIVA NO PROCESSO DO TRABALHO 643

Pedro de Souza Gomes Milioni
Alan Coelho Furtado Gonçalves

A ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO E A SUPRESSÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO PELO EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA SOB A ÉGIDE DA REFORMA TRABALHISTA 670

Rafael Oliveira Santos

ASPECTOS DA REFORMA TRABALHISTA SOBRE O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E A SAÚDE DO TRABALHADOR 707

Raimundo Simão de Melo

O NOVO REGIME JURÍDICO DO TELETRABALHO NO BRASIL 734

Raphael Miziara

EXTINÇÃO CONTRATUAL E A REFORMA TRABALHISTA – ANÁLISE REFLEXIVA ENTRE O CENÁRIO ANTERIOR E O POSTERIOR AO ADVENTO DA LEI 13.467/17 750

Regina Célia Pezzuto Rufino

FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA. SISTEMA DE COMPENSAÇÃO 12X36 766

Renata Do Val

GRATUIDADE JUDICIÁRIA E LITIGIOSIDADE RESPONSÁVEL 786

Ricardo Peake Braga

TERCEIRIZAÇÃO E A REFORMA TRABALHISTA: RISCOS E OPORTUNIDADES 811

Ricardo Souza Calcini

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA NA REFORMA TRABALHISTA..... 837

Roberto Wanderley Braga

**JUSTIÇA GRATUITA PARA PESSOA FÍSICA APÓS A REFORMA
TRABALHISTA..... 854**

Rodrigo Arantes Cavalcante

**PRINCÍPIO DA IGUALDADE: PESSOA JURÍDICA E JUSTIÇA
GRATUITA NA LINHA DO TEMPO TRABALHISTA..... 871**

Rosângela Tremel

**SEGURANÇA JURÍDICA DO EMPREGADOR: A RESCISÃO DO CONTRATO
DE TRABALHO POR MÚTUO ACORDO, O FIM DA HOMOLOGAÇÃO
OBRIGATÓRIA, O PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA
HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL E O TERMO DE QUITAÇÃO
ANUAL..... 897**

Suely Ester Gitelman

**A PRIORIDADE APLICATIVA DO ACORDO COLETIVO DE EMPRESA
NO DIREITO DO TRABALHO 910**

Túlio de Oliveira Massoni

Douglas Alencar Rodrigues

APRESENTAÇÃO

Todos os dias o sol cumpre seu ciclo iluminando a terra e retirando-se para dar lugar à noite. Todos os dias o ser humano labora, executando seu trabalho com as ferramentas de que dispõe, sejam físicas ou intelectuais. Este é o significado da fotografia escolhida para capa deste e-book, cujo conteúdo é resultado do altruísmo dos estudiosos do direito do trabalho que se dispuseram a jogar as primeiras luzes sobre as mudanças trazidas pela Lei nº13.467/2017, chamada de Reforma Trabalhista.

A ideia da Editora da Universidade Estadual da Paraíba, Eduepb, que deu origem a este projeto, era reunir algumas opiniões sobre os primeiros reflexos deste novo norte legal e, cumprindo sua função social, disponibilizar a todos os interessados.

O projeto prosperou e os ângulos de estudos se multiplicaram em tantos, que o leitor atento, ao navegar nestas páginas virtuais, terá retrato do momento da linha do tempo da reforma trabalhista, em alguns casos sob a interpretação específica da Medida Provisória 808, revogada em 23 de abril de 2018, porém vigente durante a preparação desta obra.

Incerteza é o que mais temos todos neste momento histórico. Aliás, os que aceitaram o convite para integrar este e-book são profissionais das mais diferentes atividades relacionadas ao direito do trabalho, alocados em instituições diversas, em todas as instâncias, oriundos de diferentes regiões brasileiras, porém um detalhe, além da formação jurídica básica, a todos une indelevelmente: o arrojo em construir o que será histórico.

As primeiras impressões aqui anotadas são como os nascentes raios de sol a espantar a escuridão da noite. Registrar aqui o fruto do pensar sobre este novo arcabouço legal é a verdadeira materialização do que dizia Sócrates: “O segredo da mudança é concentrar toda a nossa energia não em lutar com o antigo, mas em construir o novo. ”

O porvir no direito do trabalho está em construção com base em novo diploma legal, suas idas e vindas, sabendo-se que a transição de um modelo para o outro não pode deixar de ter suas turbulências. Há muito para estudar, repensar, ajustar, implementar.

Não seria, entretanto, este cenário repleto de novas filigranas jurídicas, de avanços e recuos legais, que impediria este grupo de deixar registradas suas primeiras considerações para que no futuro, próximo ou distante, os juslaboralistas que se debruçarem no parapeito da janela do tempo tenham o registro histórico do primeiro impacto da reforma da legislação que rege o trabalho, item fundamental na construção do princípio constitucional da dignidade humana.

Luciano Nascimento
Ricardo Calcini
Rosangela Tremel

DA JORNADA DE TRABALHO - NOVOS PARÂMETROS DE CONTROLE

Aline Moreira Dacosta¹
Eduardo Luiz Brock²

Breve contextualização histórica

Jornada de trabalho é o intervalo de tempo em que o trabalhador se coloca à disposição do empregador em razão de um contrato de trabalho.

Esse período de tempo foi estabelecido no início do século XIX com o objetivo de limitar e controlar o tempo de trabalho realizado. Na maioria dos países europeus, no início dos anos 1800, esse limite de tempo perfazia uma jornada entre 12 e 16 horas de trabalho por dia, enquanto que nos Estados Unidos a jornada de trabalho era realizada entre 11 e 13 horas diárias.

Desde praticamente a organização desse controle de tempo de trabalho, movimentos reivindicatórios buscaram a

-
- 1 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP); Pós-Graduada em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito Social (EPDS); em Direito Público pela Universidade de Taubaté (UNITAU) e em Direito Processual Civil pela Universidade de Taubaté (UNITAU). Diretora de Relações do Trabalho na Lee, Brock, Camargo Advogados.
 - 2 Graduado em Direito pela USP; Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT); em Direito do Terceiro Setor pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e em Previdência Privada pela Fundação Getúlio Vargas. Sócio Fundador da Lee, Brock, Camargo Advogados

redução da jornada de trabalho, limitando-a a 8 horas por dia. No entanto, países como França, Inglaterra e Estados Unidos apenas garantiram o limite da jornada entre 10 e 11 horas de trabalho após quase 50 anos de protestos.

Finalmente, a Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, reforçou a preocupação com a extenuação do trabalhador em razão de longas jornadas de trabalho, estabelecendo que “a quantidade de repouso deve ser proporcional à qualidade do trabalho, às circunstâncias do tempo e do lugar, à compleição e saúde dos operários”.

Foi com a Encíclica que alguns países começaram a limitar a jornada de trabalho a 8 horas diárias, mas, somente a partir de 1915, esse limite da jornada foi aceito na maioria dos países, sendo finalmente estabelecido na Convenção nº 01 da OIT, em 1919.

No Brasil, a questão da jornada de trabalho era tratada por meio de Decretos específicos para cada atividade, mas somente a partir de 1932. A Constituição de 1937 fixou o dia de trabalho de oito horas, sendo admitida redução e somente suscetível a aumento em casos especificados em lei.

Em 1943, o Decreto-Lei 5.452, trouxe a Consolidação das Leis do Trabalho, que, ao tratar do tema duração do trabalho, estabeleceu que a mesma não poderá exceder de oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite, autorizando, ainda, a realização de horas suplementares, limitada a duas, por meio de acordo escrito entre empregador e empregado ou mediante contrato coletivo de trabalho, com pagamento de remuneração superior à hora normal.

Já as Constituições de 1946 e 1967 seguiram o entendimento trazido pela CLT e determinaram que a jornada diária de trabalho não fosse excedente a oito horas, sendo que essa última ainda acresceu a obrigatoriedade de intervalo para descanso.

Finalmente, a Constituição de 1988 trouxe inovações sobre a questão da jornada de trabalho e estabeleceu 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”³, e ainda a “jornada de trabalho de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”⁴.

Recentemente, a Consolidação das Leis do Trabalho teve, pode-se assim dizer, sua maior Reforma até hoje realizada, trazida pela Lei nº 13.467/2017, cujos efeitos estenderam-se sobre vários temas, tanto do direito material quanto do direito processual do trabalho, e, incluindo a questão da jornada de trabalho, que será visitada no presente artigo.

Definição de Jornada de Trabalho

Conforme já mencionado anteriormente, jornada ou duração do trabalho é o lapso temporal em que o trabalhador se coloca à disposição do empregador, em virtude do contrato de trabalho firmado entre ambos, a fim de mensurar o tempo de prestação da atividade laborativa. “É a jornada, portanto, ao mesmo tempo, a medida da principal obrigação obreira (prestação dos serviços) e a medida da principal vantagem empresarial (apropriação dos serviços pactuados)”⁵.

Dentro desse lapso temporal à disposição do empregador, tem-se três diferentes aspectos: o tempo efetivamente

3 Artigo 7º, XIII, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

4 Artigo 7º, XIX, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988.

5 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p.782.

trabalhado, o tempo à disposição e o tempo de deslocamento (*in itinere*).

O tempo efetivamente trabalhado refere-se ao período em que o trabalhador está produzindo, ou seja, atuando em sua atividade laborativa, não sendo considerados os períodos em descanso, em trajeto ou simplesmente aguardando ordens do empregador.

Já o período à disposição do empregador engloba tanto o período de efetiva prestação de serviços quanto o período considerado à disposição do empregador, inclusive quando aguardando chamado para o trabalho.

Por fim, o tempo de deslocamento (*in itinere*) considera, ainda, o período de trajeto entre a residência do empregado e o local da prestação de serviços.

No Brasil, até o advento da Reforma Trabalhista de 2017, o Direito do Trabalho adotava um sistema híbrido para definição do lapso temporal definido como jornada de trabalho, admitindo tanto o período à disposição do empregador (aguardando ou executando ordens)⁶ quanto o tempo de deslocamento, sendo este, em específicas circunstâncias⁷.

Assim, diante desse posicionamento, a doutrina e os julgados trabalhistas seguiam no sentido de considerar como jornada de trabalho desde o momento que o trabalhador saía de sua residência (se o transporte fosse fornecido pela empresa),

6 Artigo 4º CLT: Considera-se como serviço efetivo o período que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.

7 Artigo 58, §2º CLT: O tempo dispendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução. (redação trazida pela Lei nº 10.243/2001 e revogada pela Lei nº 13.467/2017).

passando pelo período à disposição do empregador (efetivamente trabalhando ou apenas aguardando ordens) até o retorno à sua casa (desde que mantido o transporte pela empresa).

Nesse sentido, a jornada de trabalho acabava por se tornar muito superior que a máxima determinada pela Constituição Federal (oito horas diárias), principalmente quando considerado o período *in itinere*, conforme previsto na CLT (local de difícil acesso ou sem transporte público, com transporte fornecido pelo empregador), que, por si só, já traz a presunção de grandes distâncias a serem percorridas.

Diante dessa problemática, a Reforma Trabalhista de 2017 tratou de limitar alguns aspectos da definição de jornada de trabalho até então entendida e aplicada. Trouxe, na verdade, uma nova forma de entender esse lapso de tempo destinado ao trabalho, porém ainda mantendo o entendimento de *período à disposição do empregador* (seja efetivamente prestando serviços ou aguardando ordens/chamado), para fins de atendimento ao limite máximo diário de trabalho permitido pela Constituição Brasileira.

E são as principais modificações dessa noção de tempo à disposição do empregador que serão analisadas a partir de agora.

A Reforma Trabalhista de 2017 e a jornada de trabalho

a) Do Início e Término da Jornada de Trabalho

Partindo-se da premissa de que jornada de trabalho é o intervalo de tempo em que o trabalhador, em razão de um contrato de trabalho, permanece à disposição do empregador, surge a questão acerca do momento em que se inicia e se termina esse período de disponibilidade.

Conforme mencionado anteriormente, o período à disposição engloba não apenas a efetiva prestação dos serviços, mas também o tempo em que o trabalhador permanece à espera de ordens por parte do empregador.

Até o advento da Lei nº 13.467/2017, também poderia ser incluído nessa “contagem de tempo”, o período de deslocamento entre a residência e o trabalho, desde que obedecidos os parâmetros estabelecidos na CLT e na Súmula 90 do TST.

No entanto, com a Lei nº 13.467/2017, alcunhada de Reforma Trabalhista, foi trazida uma limitação para a contabilização desse período à disposição do empregador. Se antes era calculado a partir (I) da chegada/saída do local de trabalho; ou (II) da saída/chegada na residência, a depender da circunstância, agora passa a ser contado a partir da efetiva ocupação/desocupação do posto de trabalho, sendo expressamente excluída dessa marcação o período de trajeto (*in itinere*)⁸.

E mais: mesmo que o trabalhador permaneça no local de trabalho, por escolha própria, em razão de segurança pessoal ou quaisquer outros motivos particulares, esse período também não será contabilizado para fins de jornada de trabalho⁹.

8 Artigo 58, §2º CLT: O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador. (Redação dada pela Lei nº 13.467/2017).

9 Art. 4º CLT: 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.

§ 2º: Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras: I - práticas religiosas;

Vale ressaltar que foi mantido o limite de 10 (dez) minutos diários liberados para variação do registro de ponto, em razão do deslocamento entre o relógio de ponto e o próprio posto de trabalho.¹⁰

Entende-se por posto de trabalho o efetivo local onde o trabalhador exerce sua atividade laborativa, seja sua mesa no escritório, seja a máquina a qual opera. Portanto, o novo entendimento adotado pela Reforma Trabalhista é no sentido de que o período de disponibilidade do empregado ao empregador é mensurado a partir do exercício efetivo da atividade laborativa, sendo resguardadas, é claro, as hipóteses em que o empregado permanece aguardando ordens/chamado.

Essa mudança no marco inicial/final da jornada de trabalho resolve, portanto, a longa discussão travada nos diversos Tribunais do Trabalho sobre a própria definição de “à disposição do empregador”, sendo de esperar que deixe de existir a condenação em horas extraordinárias nos casos em que o trabalhador permanece no local de trabalho por sua própria conveniência, restringindo a análise aos casos em que o trabalhador está efetivamente laborando ou aguardando ordens dos empregadores, aspecto em que, de fato, não houve qualquer mudança substancial

II – descanso; III - lazer; IV - estudo; V - alimentação; VI - atividades de relacionamento social; VII - higiene pessoal; VIII - troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.

10 “A jurisprudência elaborou concepção relativa a pequenos períodos residuais de disponibilidade do empregado em face de seu empregador, nos momentos anteriores e posteriores à efetiva prestação de serviços, em que o trabalhador aguarda a marcação do ponto, já ingressando na planta empresarial. (...) Isso significa que as pequenas variações, até cinco minutos, totalizando dez ao dia, não são consideradas para qualquer fim (DELGADO, Maurício Godinho. op. cit. p.795-796).

B) Intervalo Intraornada

Outro ponto de destaque nas alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 – Reforma Trabalhista, é com relação ao intervalo intraornada.

Define-se intervalo intraornada como “lapsos temporais regulares, remunerados ou não, situados no interior da duração diária de trabalho, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador”.¹¹ Trata-se, portanto, de período fora do cômputo da jornada de trabalho regular.

A razão da existência do intervalo intraornada tem fundamento nas normas de saúde e segurança do trabalho, as quais garantem a preservação da higidez física e mental do trabalhador ao longo do dia de trabalho.

A CLT, em sua redação original, a qual, diga-se, foi mantida pela Reforma Trabalhista, estabelece no artigo 71 que “em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas”.

Porém, na sequência, no parágrafo §3º do mesmo artigo, autoriza a redução deste intervalo, por ato do Ministério do Trabalho, desde que sejam atendidas exigências de organização de refeitório e ausência de horas extraordinárias.

A Reforma Trabalhista, além de manter essa orientação, frente ao entendimento da prevalência do negociado pelo legislado trazido em seu contexto, trouxe ainda a possibilidade de redução do período de intervalo intraornada por meio de negociação coletiva (artigo 611-A, III), sendo respeitado o mínimo

¹¹ Ibid., p.867.

de 30 (trinta) minutos, devendo o empregador pagar apenas o período suprimido com adicional de 50% a título de indenização (artigo 71, §4º).

A grande controvérsia trazida pela nova redação da CLT e a possibilidade de redução do intervalo intrajornada por meio de acordo coletivo é justamente em razão do fundamento desse direito trabalhista: é uma questão de saúde e segurança do trabalho, que pela própria redação do artigo 611-B, também trazida pela Reforma, não pode ser objeto de negociação coletiva.¹²

Contudo, apesar da aparente contradição, o legislador tratou de tentar solucionar o problema ao prever no próprio parágrafo único do artigo 611-B que “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”.

Porém, muito embora a Reforma pareça ter pacificado a questão relativa à possibilidade de redução do intervalo intrajornada, o que se observa na jurisprudência é que essa discussão ainda está longe de terminar. Essa norma vem sendo interpretada de muitas maneiras diversas, desde o entendimento de que a redução do intervalo intrajornada por meio de negociação coletiva sempre teve validade, passando pelo posicionamento de que qualquer redução somente terá efeitos a partir da vigência da Reforma, até a inconstitucionalidade total da norma, em razão de conflitar com o Artigo 5 da Convenção 155 da OIT¹³, da qual o Brasil é signatário.

12 Artigo 611 – B CLT: Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho.

13 Artigo 5 - A política à qual se faz referência no artigo 4 da presente Convenção deverá levar em consideração as grandes esferas de ação que se seguem, na

Assim, até que o Tribunal Superior do Trabalho se posicione oficialmente quanto às modificações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 referentes ao intervalo intrajornada, ainda veremos muitas decisões conflitantes em nossa jurisprudência, de modo que a decisão pela redução do intervalo deve obedecer estritamente aos ditames trazidos pela nova legislação.

C) Da Jornada de Trabalho 12x36

Outra novidade trazida pela Lei nº 13.467/2017 foi a regulamentação do regime de jornada de 12x36, ou seja, 12 horas de trabalho seguidas por 36 horas de descanso.

Em verdade, não se trata de uma nova jornada de trabalho, na medida em que já é adotada por várias categorias, em especial na área médica. No entanto, agora está autorizada para qualquer tipo de atividade laborativa, desde que devidamente autorizada por meio de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. Por outro lado, de acordo com a redação trazida pela Medida Provisória nº 808/2017, a adoção do regime de jornada 12x36 por acordo individual somente é autorizado para profissionais da saúde.

Vale ressaltar que pela própria redação do artigo 59-A, que traz essa regulamentação, é autorizada a redução do intervalo intrajornada, nos mesmos moldes dispostos no item acima dissertado, além de ser autorizada inclusive para atividades insalubres (artigo 60)

Essa modalidade de jornada, mesmo antes da Reforma Trabalhista, sempre foi objeto de muita discussão na

medida em que possam afetar a segurança e a saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho:

(...)b) relações existentes entre os componentes materiais do trabalho e as pessoas que o executam ou supervisionam, e adaptação do maquinário, dos equipamentos, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores (...)

jurisprudência, que constantemente invalidava a aplicação desse regime, seja pela ausência de negociação coletiva prévia, seja pela realização de horas extras (as chamadas dobras) de forma habitual, ainda que não haja consenso sobre o que seria considerado habitualidade.

Contudo, o próprio parágrafo único do artigo 59-B é cristalino ao estabelecer que a prestação de horas extras habituais não descaracteriza eventual acordo de compensação de jornada e/ou banco de horas. Portanto, com a Reforma, a discussão sobre a adoção desse regime ficará restrita apenas à existência ou não de prévia autorização por mecanismo de negociação coletiva, que, assim como anteriormente para categorias específicas, é fundamento imprescindível para sua validação.

D) Da Compensação da Jornada de Trabalho (Banco de Horas)

A questão da compensação da jornada de trabalho (ou banco de horas) também não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Esse instituto já vigora desde 1998, quando a Lei nº 9.601, ao modificar a redação do artigo 59 da CLT autorizou a “compensação do excesso de horas de um dia pela correspondente diminuição em outro dia”.

No entanto, a temática da compensação de hora trabalhada também não ficou de fora das alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, que estabeleceu novos parâmetros tanto para a implementação do banco de horas quando para a compensação das horas trabalhadas.

Tecnicamente, diante das demais mudanças implementadas pela Lei nº 13.467/2017, a parte referente à compensação da jornada nem apresentou grandes alterações. O ponto de maior relevância quanto a esse tema foi a possibilidade de implementação de banco de horas por intermédio de acordo individual entre trabalhador e empregador, para compensação no período máximo de seis meses. E mais: foi também autorizado o regime

de compensação de jornada, independentemente de banco de horas, por meio de acordo direito individual, tácito ou escrito, desde que a compensação seja feita no mesmo mês.¹⁴

Em resumo, a Reforma abriu a possibilidade para que o empregado negocie diretamente com seu empregador a compensação de sua jornada, seja na forma de banco de horas ou compensação individual, criando uma liberdade de negociação sobre questões trabalhistas entre as partes em um contrato de trabalho, situação que jamais havia sido sequer vislumbrada anteriormente.

Resta-nos, agora, somente esperar como a jurisprudência vai interpretar os acordos para compensação de jornada dentro dessas novas regras.

Considerações Finais

A Lei nº 13.467/2017, chamada Reforma Trabalhista, trouxe uma série de alterações na redação da Consolidação das Leis do Trabalho que, para além de uma simples reestruturação, promoveu uma verdadeira revolução em vários aspectos do direito material e do direito processual do trabalho.

14 Artigo 59 CLT: A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

§5º O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

§6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.

Como pode ser observado no presente estudo, algumas dessas mudanças impactaram diretamente a jornada do trabalho, seja para firmar novos entendimentos, seja para regulamentar situações já existentes, seja para abrir novas possibilidades na negociação coletiva ou na negociação direta entre as partes de um contrato de trabalho.

Entretanto, justamente em razão da variedade de mudanças e, principalmente, do impacto que muitas delas vão ter diretamente sobre as relações de trabalho atuais e futuras, é que ainda resta muita insegurança quanto à forma em que serão recepcionadas e aplicadas, principalmente pelo Judiciário Trabalhista.

Isso porque desde antes de sua vigência, posicionamentos dos diversos Tribunais Regionais já foram apresentados, alguns até hoje mantidos, outros já modificados, inclusive pela existência de uma Medida Provisória posterior à Reforma que também já promoveu alterações em sua redação.

No que tange especificamente à questão da jornada de trabalho, as discussões são até menos problemáticas. Alguns entendimentos já prevaleciam, de modo que a Reforma apenas consolidou e pacificou. De qualquer modo, até que o Tribunal Superior do Trabalho manifeste-se sobre a extensão da Reforma e sobre a revisão de diversas súmulas, é recomendável certa cautela, especialmente para começar a aplicar indistintamente as modificações trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017, observando, sempre que possível, a literalidade da redação atual da CLT.

Referências

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO E A REFORMA TRABALHISTA

André Luiz Paes de Almeida¹

Introdução

A reforma trabalhista traz sensíveis mudanças, não só no tocante a direitos materiais, como também no que tange ao direito processual do trabalho, procurando, em nosso sentir, minimizar demandas inconsequentes e responsabilizar aqueles que litigam de forma temerária na Justiça Laboral, além de buscar dar maior segurança jurídica as partes.

Para tanto, além de tocar em temas de grande controvérsia, como prescrição intercorrente, responsabilidade do antecessor, definir de forma mais exata o grupo empresarial, o que integra ou não as verbas de natureza salarial, contratos intermitentes, também penaliza a testemunha e as partes que comprovadamente alterarem a verdade dos fatos, condena em custas o autor da ação que infundadamente não comparece a audiência, tomando tempo do judiciário em vão, dentre tantas outras imposições exaradas pela Lei 13.467/17.

1 Advogado, Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/SP, Professor e Coordenador da cadeira de direito do trabalho da rede LFG, professor e coordenador do curso de pós-graduação de direito do trabalho do instituto goiano de direito (IGD) e autor de várias obras trabalhistas, dentre elas, CLT e Sumulas do TST comentadas, ed. Rideel, 19. Edição, Vademecum Trabalhista, ed. Rideel, 25. Edição, reforma Trabalhista, ed. Rideel, Prática trabalhista, ed. Rideel, 10. Ed., Direito do Trabalho, ed. Rideel, 18. Edição.

Muitas dessas novas e alteradas disposições certamente se adequarão ao longo do tempo, mas o que nos intriga num primeiro plano e torna-se indispensável de analisar é a partir de quando as normas, tanto de direito material, como também de direito processual, passarão a serem aplicadas, o que buscaremos esclarecer, ao menos em nosso sentido nas próximas linhas.

Claro que, para tanto, precisaremos ter uma noção preliminar sobre o assunto, como bem ressalva Miguel Reale:

Um grande pensador contemporâneo, Martin Heidegger, afirma com razão que toda pergunta já envolve, de certa forma, uma intuição do perguntado. Não se pode, com efeito, estudar um assunto sem se ter dele uma noção preliminar, assim como o cientista, para realizar uma pesquisa, avança uma hipótese, conjectura uma solução provável, sujeitando-a a posterior verificação.²

Frisamos novamente a complexidade do problema, pois estamos tratando, numa só reforma, de direito material e processual que poderão ter regras distintas quanto a sua aplicabilidade imediata.

Assim, é indispensável destacar o princípio do *tempus regit actum* (o tempo rege o ato), que prerroga a aplicação imediata da lei, cujo fundamento encontra-se no art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942):

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

2 REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

Passamos então a analisar as consequências jurídicas da redação legal, não sem antes destacar as redações trazidas pela reforma.

Isso porque o art. 6º. Da Lei 13.467/17 assim prevê:

Art. 6º Esta Lei entra em vigor após decorridos cento e vinte dias de sua publicação oficial.

E ao mesmo tempo a Medida Provisória 808 que alterou alguns dispositivos da reforma trabalhista assim dispõe:

Art. 2º O disposto na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na *integralidade*, aos contratos de trabalho vigentes;

Art. 4º Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Notem que o objeto de nosso estudo não se fixa em nosso posicionamento sobre sermos ou não favoráveis a reforma, mas única e exclusivamente sobre sua aplicabilidade processual, bem como nos contratos de trabalho, pois alguns queiram ou não, a reforma é válida desde o dia 11 de novembro de 2017 e precisa ser aplicada.

Quanto ao tema objeto desse estudo, vale ressaltar um fato histórico ocorrido no Brasil e elucidado por Bandeira de Mello:

“Esse código, que na ordem hierárquica dos textos legais corresponde ao Dec. 24.643, foi elaborado pelo governo provisório, que se constituiu em consequência da revolução vitoriosa de 1930. Foi sancionado e promulgado pelo Presidente Getúlio Vargas, que encerrava em suas mãos os poderes Legislativo e executivo da República, contra-assinado pelos seus Ministros de Estado, em 10.07.1934, e remetido à Imprensa Oficial para publicação antes da promulgação da Constituição Federal de 1934. Como os trabalhos da Constituinte eram muito extensos e exigiam publicação imediata, para efeito de rápida tramitação, para

chegar-se ao término, e o Código de Águas também era volumoso, deu-se preferência à publicação daqueles trabalhos em detrimento do texto deste Código. E só foi publicado depois de promulgada a Constituição de 1934, desde quando cessaram os poderes legislativos do Presidente. Surgiu, então, o seguinte problema jurídico, levantado pelas companhias concessionárias de serviço público, qual seja, se estavam sujeitas aos preceitos do Código de Águas, uma vez que, quando publicado, já se achava em vigor a Constituição de 1934. Themístocles Cavalcanti teve oportunidade de estudar a hipótese, como Procurador da República, e, em convincente parecer elucidou a questão. Demonstrou que a lei passa a existir como tal desde a sua promulgação, embora comece a obrigar a terceiros da data da entrada em vigor, o que precede a sua publicação. Mas, como lei, está perfeita com a sua promulgação e, desde aí tem força de lei. Portanto promulgado o Código de Águas antes da Constituição de 1934, quando esta entrou em vigor, já se achava perfeito e acabado como lei. Devia obrigar todos os alcançados pelo seu império, a partir da data da sua publicação. Essa orientação doutrinária prevaleceu na dos julgados do Supremo Tribunal Federal e, assim, firmou-se jurisprudência a respeito” (Princípios Gerais do Direito Administrativo, n. 31.5, p. 236-237).

Tais fatos se revestem de suma importância, até mesmo para análise de fatores como revogação ou derrogação de leis anteriores, como bem assinala: “Segunda: a lei perde sua vigência porque foi modificada por outra lei. É o caso de revogação parcial, também chamada de derrogação da lei. Nesse caso é o novo texto que passa a vigorar, (...)”

A terceira hipótese – mais comum – é a da revogação da lei. Revogar é tornar sem efeito uma lei ou qualquer outra norma jurídica. Revogam-se leis, regulamentos, portarias, cláusulas contratuais, testamentárias etc.”

É o caso, da LC 150/15 cujo início da torna evidente a revogação da lei anterior pertinente aos empregados domésticos: Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências.

Trata-se, no caso de revogação expressa quanto a Lei 5.859/72.

Outra questão que igualmente merece análise corresponde ao problema da retroatividade da lei, o que surge em razão da revogação de uma lei por outra.

Etimologicamente retroatividade significa “andar para trás”, ou seja, no campo do direito corresponde a aplicação em situações jurídicas anteriores a promulgação da lei. Contudo, importante lembrar que em casos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada a lei não pode ter efeito retroativo.

Aplicabilidade da modulação de efeitos da Reforma Trabalhista

OTST, há tempos vem modulando efeitos de suas súmulas, algumas vezes por vontade própria e outras nem tanto, como por exemplo a sumula 362 pertinente a prescrição até então trintenária do FGTS, cujo entendimento foi alterado pelo STF, forçando a maior Corte trabalhista a alterar seu entendimento.

Súmula Nº 362 do TST

FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) - Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015:

I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;

II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF).

Mais especificamente sobre a reforma trabalhista o tema em pauta foi devidamente esclarecido pelo Ministério Público do Trabalho na **Nota Técnica número 303/2017**, que refere-se as penalidades impostas pela reforma, pelo que entendem que as atuais são mais brandas e assim quais deveriam prevalecer?

Destaca a nota:

Nesse contexto, é cediço que a Reforma Trabalhista tratou, de forma mais branda, uma série de normas aplicáveis às relações entre patrão e empregado, flexibilizando inúmeras regras até então cogentes e indisponíveis. Algumas condutas que eram anteriormente reprováveis pelo ordenamento jurídico e, portanto, passíveis de autuação fiscal, não serão mais consideradas ilícitas para relações trabalhistas firmadas após a entrada em vigor da Reforma. Assim, surge a necessidade de se

recorrer à hermenêutica jurídica, como forma de nortear as futuras ações fiscais.

E continua:

Em outras palavras, no que se refere às **condutas típicas e ilícitas praticadas antes do início da vigência da Reforma Trabalhista e que deixaram de ser infração, permanecem puníveis todas as violações perpetradas**, tanto no que se refere às autuações já lavradas - e que são objeto de processos administrativos em curso - quanto no que se refere a infrações que venham a ser verificadas em ação fiscal ocorrida em momento posterior ao início da vigência da Lei 13.467/2017, **desde que se refiram a fatos geradores ocorridos sob a égide do arcabouço normativo anterior à Reforma**, respeitado o prazo prescricional de cinco anos, previsto na Lei 9.873/1993.

Tal solução se impõe, uma vez que não há, nem na Lei 13.467/2017, nem na MP 808/2017, qualquer disposição anistando infrações cometidas em momento anterior à sua vigência, tampouco prevendo a retroatividade das novas normas celetistas a fatos geradores de infrações consumadas em momento anterior. Desse modo, conclui-se que a Reforma Trabalhista se aplica aos contratos de trabalho vigentes, com efeitos *ex nunc*, isto é, a partir do momento de sua entrada em vigor em diante, sem efeitos retroativos e com respeito aos atos jurídicos praticados em momento anterior.

Nesse contexto, é oportuno registrar que a retroação da norma, no sistema jurídico brasileiro, é exceção, e não regra. A Constituição Federal possui norma de caráter geral a regular o direito intertemporal, em seu art. 5º, inciso

XXXVI: "A lei não prejudicará odireito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Paralelamente, a Lei Maior, em seu art. 5º, XL, dispõe que "*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*". Como se observa, até mesmo no âmbito do Direito Penal, a regra é a da irretroatividade da norma, sendo a retroação uma situação excepcional, admissível apenas para beneficiar o réu.

Inclusive, em se tratando de exceção normativa, não cabe interpretação ampliativa.

O que merece atenção aqui é se os contratos em vigor seriam vinculados, a partir da publicação da lei, as exigências por ela trazidas ou se isso somente valeria para os contratos pactuados a partir da promulgação da referida lei.

Entendemos ser positiva a resposta para a aplicabilidade da lei nos contratos em vigor, praticamente em todos os seus artigos, pura e simplesmente em razão do princípio da aplicação da lei no espaço e no tempo. Que:

Assim, os atos processuais já praticados estão resguardados pelo direito adquirido e pelo ato jurídico perfeito, não se lhes aplicando a lei processual nova. Ao contrário, se a lei processual apanha situações que ainda estão em curso, porém não consumadas, sua aplicação é imediata a essas situações pendentes.³

De fato, é o que se extrai do artigo 1211 do Código de Processo Civil, bem como do Artigo 912 da CLT, e isso, aplicável ao direito material, vincularia os contratos em vigor.

3 Sérgio Pinto Martins destaca em seu livro **Direito Processual do Trabalho**. 27. ed., ed. São Paulo: Atlas. p.36.

É claro e preciso quanto as normas de direito material: ‘As leis de proteção ao trabalho são de aplicação imediata e atingem os contratos em curso. Por quê? Importa distinguir, aqui, o contrato do estatuto legal. Uma lei é relativa a um instituto jurídico quando visa a situações jurídicas que encontram sua base material e concreta nas pessoas ou coisas que nos cercam, criando, diretamente, sobre esta base, uma rede de poderes e de deveres suscetíveis de interessar a coletividade. Por exemplo, o casamento, a adoção, a propriedade, etc. constituem institutos jurídicos, ou seja, estatutos legais. Ao contrário, uma lei é contratual quando visa a um conjunto de direitos e obrigações entre as partes do contrato, que elas são livres, em princípio, de determinar por si mesmas, e que, em muitos casos, somente a elas interessarão. (...). Assim, quando a lei modifica os institutos jurídicos, quando estabelece um novo estatuto legal, os contratos que estavam apoiados sobre um estatuto diferente perdem sua base: terão, fatalmente, que serem modificados. Ora, as leis do trabalho dizem respeito a um estatuto legal, ao estatuto da profissão.’⁴

Contudo, o próprio tribunal Superior do Trabalho tem se reunido para verificação desse direito intertemporal, avaliando se referida reforma valerá somente aos contratos iniciados após o dia 11 de novembro de 2018, como notícia veiculada em seu próprio site:

“Também na sessão, o Pleno decidiu criar uma comissão, composta por nove ministros, que, no prazo de 60 dias, estudará a questão da aplicação da Reforma Trabalhista no

4 O Mestre Arnaldo Sussekind in Instituições de Direito do Trabalho, ed. LTr, 19. ed., v.1.

tempo. A comissão, presidida pelo ministro Aloysio Corrêa da Veiga e composta pelos ministros Maria Cristina Peduzzi, Vieira de Mello Filho, Alberto Bresciani, Alexandre Agra Belmonte, Walmir Oliveira da Costa, Mauricio Godinho Delgado, Augusto César de Carvalho e Douglas Alencar Rodrigues, se dividirá em dois grupos, que estudarão os aspectos de direito material (aplicação ou não da nova legislação aos contratos de trabalho vigentes) e de direito processual (aplicação aos processos já em andamento).

O resultado do trabalho será a proposição de edição de uma Instrução Normativa, que, segundo o presidente do TST, ministro Ives Gandra Martins Filho, sinalizará para os juízes e Tribunais do Trabalho o entendimento do TST a respeito dessa questão, garantindo a segurança jurídica na aplicação dos novos diplomas legais. ""

Nosso entendimento comunga com o Saudoso Mestre citado, pois ao nosso ver os contratos, ainda que iniciados antes da vigência da lei, passam a sofrer seus reflexos a partir de então, ou seja, a guisa de ilustração, entendemos que o empregado, a partir do dia 11 de novembro de 2017 poderá gozar as férias em três períodos, diminuir seu intervalo intrajornada para 30 minutos com anuência sindical, mesmo sem autorização do Ministério do Trabalho, dentre outros.

Já para as normas processuais, não nos parece restar dúvidas que os processos passam a ser regidos pela nova legislação, contando-se os prazos em dias úteis, podendo a empresa ser representada por preposto que não necessariamente seja seu empregado, desconsideração da personalidade jurídica com observância do Código de processo Civil, etc.

Honorários Advocatícios Sucumbenciais

O que pode ser ainda mais confuso corresponde a normas híbridas, que tem natureza processual, mas também material, pois tratam-se de pedidos, como os honorários advocatícios sucumbenciais.

Temos visto, na prática, modos completamente distintos de Magistrados em lidar com o tema, por vezes aplicando os honorários advocatícios em processos já iniciados antes da entrada em vigor da lei e por outras vezes o oposto, dentre os quais destacamos:

No processo 1002075-20.2016.5.02.0465, o magistrado assim destaca:

DA APLICAÇÃO DA LEI 13.467/17 “Tendo em vista a entrada em vigor da Lei n. 13.467/17, aplicam-se de imediato todas as regras processuais aos processos em curso, diante da redação conferida ao artigo 14 do CPC e artigo 912 da CLT.”

E conclui em razão da procedência parcial: “São devidos honorários de sucumbência por ambas as partes, no importe de 10% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, vedada a compensação (parágrafo 3º. Do artigo 791-a da CLT).”

Contudo, “data vênia” nos parece um tanto quanto controvertido, para dizer no mínimo, que pleitos sejam deferidos sem que contenham pedidos, ou seja, não basta analisar as normas processuais simples, como prazos etc, como já exposto, estes sim, de clara aplicação imediata sobre os processos em curso, ainda que distribuídos anteriormente a lei, mas sim a natureza efetiva desse direito “dito” processual, que, como já alertamos, não nos parece ser tão claro assim.

Em decisão proferida no processo 0011921-27.2014.5.15.0032, a Magistrada LENITA APARECIDA PEREIRA CORBANEZI destaca com absoluta clareza: “LEI 13.467/17 / APLICAÇÃO / PROCESSOS E CONTRATOS EM CURSO

Em respeito ao princípio da não surpresa (vedação da inovação surpreendente e prejudicial

às partes) e à segurança jurídica, este Juízo comunga do entendimento de que têm vigência imediata as regras processuais advindas da Lei 13.467/17 apenas em relação aos atos processuais isolados.

No tocante aos atos processuais complexos com efeitos diferidos, como ocorre com a nova sistemática de honorários advocatícios de sucumbência recíproca, honorários periciais e custas processuais aplica-se a irretroatividade da lei nova, a fim de elidir os prejuízos advindos da insegurança jurídica. Isso porque se tratam de normas processuais heterotópicas, que apresentam conteúdo híbrido, fixando regras incidentes na relação processual, porém com conteúdo material, cujos efeitos se espraiam para além do processo.

Esse tema, inclusive, foi tema de um dos enunciados da I Jornada sobre a Reforma Trabalhista realizada pelo E. Tribunal do Trabalho da 4ª Região:

Em razão da natureza híbrida das normas que regem honorários advocatícios (material e processual), a condenação à verba sucumbencial só poderá ser imposta nos processos iniciados após a entrada em vigor da lei 13.467/2017, tendo em vista a garantia de não surpresa, bem como em razão do princípio da causalidade, uma vez que a expectativa de custos e riscos é aferida no momento da propositura da ação. Tais, portanto, devem ser aplicadas normas processuais heterotópicas apenas aos processos que tiveram início sob a vigência da nova Lei 13.467/17.

Apesar de concordarmos bem mais com referida tese, mas ainda batemos na tecla de que não basta a lei processual

possibilitar o cabimento de determinado instituto, pois quando este tem caráter híbrido, como os honorários advocatícios sucumbenciais, comungamos da plena impossibilidade de se deferir referido pleito sem pedido, pois, em nenhum momento, o art. 791-A da CLT destaca a possibilidade de imposição de ofício dos honorários advocatícios sucumbenciais.

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

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - O grau de zelo do profissional;

II - O lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - O trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes

ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguido-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

Por esta razão, entendemos que, inclusive, na contestação, o pedido de honorários advocatícios deva ser formulado, mas não podemos deixar de mais uma vez lembrar o último julgado citado que destaca magistralmente que é no momento da propositura da demanda que se mede os riscos do processo e a surpresa no seu curso não deve ser bem-vinda.

Conclusão

Por todo o exposto, o que entendemos é pela aplicação imediata das leis materiais, ainda que os contratos tenham sido iniciados antes da vigência da lei. Já, quanto ao direito processual, aplicar-se-ão as normas nos processos, desde que não sejam híbridas, já que carecerão de pedidos para deferimento.

Referências

MARTINS, Sérgio Pint. **Direito Processual do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Editora: Atlas.

REALE, Miguel, **Lições preliminares de direito**. 2. ed. São Paulo: ed. Saraiva, 1995.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Instituições de Direito do Trabalho**. 19. ed. vol 1. São Paulo: Editora: LTr.

“REFORMA” TRABALHISTA: COMO ENFRAQUECER AS FUNÇÕES SINDICAIS E GERAR DUMPING SOCIAL?

Anita Duarte de Andrade¹

Introdução

As relações são modificadas com o passar do tempo. Como dizem: “nada é para sempre”. O mundo vive em constante mutação, com o direito do trabalho não poderia ser diferente. As necessidades individuais são sempre ilimitadas, pressionando o mercado a encontrar soluções baratas e competitivas para satisfazer as necessidades dos consumidores. Ocorre que muitas dessas soluções envolvem a modificação dos meios de produção e das relações de trabalho.

Insta esclarecer que o Direito é um fato social, dinâmico, precípuo para a pacificação social. Assim sendo, é tarefa difícil acompanhá-lo, pois este não se resume apenas a conceituações técnicas. É mais do que isto. O espírito da Lei destina-se a própria sociedade, sem distinções.²

Para acompanhar essas mudanças, visando adaptar o “socialmente desejável” ao “economicamente possível”, direitos foram flexibilizados e houve a precarização do trabalho,

1 Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela ESMATRAVI. Colunista da MRC Cursos e dos sites “Os Trabalhistas” e Empório do Direito.

2 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007

fato que se repete através da publicação de algumas leis, a exemplo da “lei de terceirização” (lei 13. 429/2017) e principalmente por meio do hodierno e polêmico “fenômeno”, qual seja, a Reforma Trabalhista.

O Direito do Trabalho, por ter relação com a economia, não fica imune às transformações político-sociais. O Direito vive em constante mutação, procurando se aperfeiçoar, de modo a acompanhar as necessidades sociais. Com o Direito do Trabalho não pode ser diferente, à medida que as necessidades sociais surgem, ele deve buscar se enquadrar a essas novas realidades.

A realidade vivenciada é sempre incorporada na forma de pensar e interpretar as situações. Diante disto, o historiador, Arthur Schlesinger, idealizou a “Teoria do Pêndulo”, sob o espeque de que a história política da maioria dos países é formada por dois extremos, um reformador e outro conservador.³

Tal teoria explica a razão pela qual se concretizou o projeto de reforma trabalhista que resultou na lei 13. 467/2017 e também desembocou na medida provisória 808/2017- conhecida como “a reforma da reforma”.

Há um tempo o Direito do Trabalho vem sido adjetivado como: Protetivo, rígido, irresponsável, desnecessário, antigo, conservador. Premissas falaciosas e que equiparadas ao contexto histórico se tornaram atual.

A justiça do trabalho é especializada e tem a função “pedagógica” de demonstrar que os direitos concedidos devem ser respeitados. Donde se vê a essencialidade desta justiça, pois sendo diferente, não haveria necessidade da sua existência.

Passadas esta informações, é de bom alvitre esclarecer que o objetivo deste trabalho não é esgotar o tema “Reforma

3 SILVA, Carlo Eduardo Lins. **A nova geração**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1908200710.htm>>. Acesso em: 04fev. 2018.

Trabalhista”, mas sim dar ênfase e debater o desvirtuamento das funções sindicais e como isto pode causar “Dumping Social”.

Negociado sobre o legislado o principal pilar: uma análise holística

A reforma trabalhista tem como um de seus pilares o negociado prevalecendo sobre o legislado.⁴ Ou seja, as normas coletivas irão prevalecer sobre o conteúdo das leis. Antes da reforma trabalhista, por meio das leis se colocaria um “contrato mínimo” que não poderia ser transacionado.

O tema é **fruto de acirradas polêmicas**, há quem defenda que seria a **solução para diminuir o desemprego e manter postos de trabalho**. Outros escudam que os **indivíduos são livres e devem gerir as suas relações da forma que lhes aprouver**. Embora alguns pontos possam ser acertados, a mudança traz prejuízos incalculáveis.

Inicialmente cumpre registrar que o termo **“autonomia”** decorre da “capacidade de governar-se por seus próprios meios”. Segundo Kant a “capacidade da vontade humana de se autodeterminar nos termos de uma legislação moral por ela mesma estabelecida, livre de qualquer fator estranho ou exógeno com uma influência subjugante, tal como uma paixão ou uma inclinação afetiva incoercível”.⁵

Em razão dos princípios da Irrenunciabilidade e da Indisponibilidade, **a autonomia de vontade no direito do trabalho era limitada pela legislação trabalhista**, até pelo fato do obreiro ser hipossuficiente. Em outros termos, a parte mais frágil da relação. Daí decorre a necessidade, razão e importância

4 Artigo 611-A, CLT

5 SILVA, Leonardo Soares Quirino da. **Leia Kant**. Disponível em:<<http://www.educaopublica.rj.gov.br/biblioteca/cidadania/0097.html>> Acesso em: 06fev. 2018.

da proteção laboral. A **“negociação coletiva”**, portanto, tinha como **limite o assegurado na lei trabalhista e na Constituição (“adequação setorial negociada”)**. Na Convenção Coletiva de trabalho e no acordo coletivo de trabalho (negociação coletiva), a lei trabalhista só deixava de prevalecer, se determinada cláusula fosse mais benéfica ao empregado. **A cláusula deveria superar o que a lei determina.**

Tais afirmações foram feitas com o intuito de demonstrar o artigo 8º, §3º, CLT traz um novo princípio. O princípio criado por Delgado (“adequação setorial negociada”) é deixado em segundo plano -para reforçar- este preleciona que normas imperativas legais não podem ser derogadas na negociação coletiva, salvo para melhoria de condição social. Agora o legislador consagrou o princípio da intervenção mínima na negociação coletiva, fato que viola à inafastabilidade do poder jurisdicional e o princípio da melhoria contínua e progressiva das condições de trabalho (artigo 7º, caput, Constituição Federal).

Ao dar força à negociação coletiva, indaga-se, será que o sindicato no Brasil possui amadurecimento e representação efetiva?

Antes de tudo é necessário conceituar o termo sindicato.

Sindicato: conceito e peculiaridades

Os sindicatos se caracterizam como associações civis, as quais reúnem pessoas que exercem a mesma atividade ou profissão, ou atividades e profissões similares ou conexas, e tem a função de defender direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas, nos termos do artigo 8º, III, Constituição Federal.

A CLT (artigo 511) define o sindicato como associação para fins de estudos, defesa e coordenação de interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais

liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades e profissões similares ou conexas.⁶

Passada esta breve definição, é preciso lembrar que o sistema sindical brasileiro foi inspirado no modelo corporativista e que remanesce com resquícios antidemocráticos. O Brasil não ratificou a convenção 87, OIT (pluralidade sindical). Seria ideal se a reunião dos sindicatos fosse livre, para que houvesse disputa de melhor representatividade, para que os obreiros se filiassem ao sindicato que achassem que atendesse melhor os seus anseios.

Parece que o pressuposto necessário à prevalência do negociado sobre legislado deveria ser uma reforma sindical que eliminasse: unicidade sindical, reunião por categoria.

Entretanto, a mudança mais significativa que foi realizada pela Reforma Trabalhista consiste no fim da contribuição sindical obrigatória. Apesar de positiva, não traz boas consequências, pelo contrário, enfraquece ainda mais o poder de representação dos trabalhadores.

Vale salientar, ainda, que a facultatividade da contribuição sindical foi o ponto que ensejou mais ações diretas de inconstitucionalidade (ADI), até a conclusão deste trabalho foram as seguintes: ADI 5. 794, ADI 5. 810, ADI 5. 811, ADI 5. 813, ADI 5. 815, ADI 5. 850, ADI 5. 859, ADI 5. 865, ADI 5. 885, ADI 5. 887.⁷

Ademais, ainda no tema “sindicato”. São três as funções clássicas dos sindicatos: a representativa, negocial e a

6 DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2014. p. 73- 101.

7 LUCHETE, Felipe. Supremo recebe 16ª ação contra mudanças na Reforma Trabalhista. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-fev-02/supremo-recebe-16-acao-mudancas-reforma-trabalhista> > acesso em: 06fev. 2018.

assistencial. Há ainda as funções econômicas e as políticas. Estas serão abordadas no próximo tópico deste artigo.

Funções e prerrogativas dos sindicatos e reflexos da Reforma Trabalhista (Lei 13. 467/2017)

O presente trabalho tem por objetivo apresentar o desvirtuamento das funções sindicais com o advento da Reforma Trabalhista. Assim sendo, é de crucial importância apontar quais são as funções dos sindicatos.

Os interesses entre empregados e empregadores muitas vezes são antagônicos. Daí a importância dos sindicatos: cumprir a tarefa de defender interesses dos trabalhadores. Por este motivo os sindicatos são dotados de prerrogativas e funções.⁸

Em síntese:⁹

1. Função representativa: o sindicato se organiza para substituir, falar e agir em nome de sua categoria e defender seus interesses. É a função prevista no artigo 8º, III, Constituição Federal, acima citado. Destaca-se, ainda, que Organização Internacional do Trabalho (OIT) possui convenção específica, de número 154 que trata “sobre a promoção da negociação coletiva”, e foi ratificada pelo Brasil.
2. Função negocial: os entes buscam diálogo com os empregadores/sindicatos empresariais com vistas à celebração dos diplomas negociais coletivos. Nos termos

8 COSTA, Jefferson Alexandre. **Efetividade das prerrogativas e dos poderes sindicais e a relação jurídica interna**. Disponível em: <<https://jeffersoncosta.jusbrasil.com.br/artigos/228529281/efetividade-das-prerrogativas-e-dos-poderes-sindicais-e-a-relacao-juridica-interna>>. Acesso em: 06fev. 2018.

9 DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2014.

do artigo 8º, VI, Constituição Federal, é exclusiva das entidades sindicais no sistema jurídico brasileiro.

3. Função assistencial: consiste na prestação de serviços aos associados: serviços médicos, jurídicos, homologação das rescisões, entre outras.

Passadas estas lições, é de bom alvitre repetir que a Reforma Trabalhista esvazia as funções clássicas dos sindicatos. Fato que será demonstrado nas próximas linhas.

No que tange à função representativa, esta é flexibilizada, pois o legislador previu a possibilidade do acordo individual, como por exemplo, na figura do “empregado hipersuficiente” (artigo 444, CLT), o negociado individualmente vai se sobrepor ao que foi previsto coletiva e normativamente. E a “pirâmide plástica e flexível” do Direito do Trabalho é “derruída”.

Em virtude da Reforma trabalhista a função negocial passou a ter destaque. Entretanto, em razão da crise econômica que atinge o País, a novel legislação permite que os sindicatos negociem sobre direitos que antes eram irrenunciáveis (artigo 611-A, CLT), desde que respeite o disposto no artigo 104, CC/02 (“princípio da intervenção mínima na negociação coletiva”).

Ademais, em relação à função assistencial, a Reforma Trabalhista a depaupera. Uma amostra disto é trazida pela revogação do artigo 477, §§1º, 3º e 7º CLT, a qual liberou os sindicatos das homologações das verbas rescisórias.

Ao revés, há quem cite o artigo 507-B, CLT. E afirme que a função assistencialista não foi exaurida, pois tal artigo traz que empregados e empregadores podem firmar um termo de quitação anual de obrigações trabalhistas perante o sindicato dos empregados da categoria.

Em primeiro momento o argumento parece fazer sentido. Entretanto, o dispositivo explica que o empregado tem a

faculdade de aderir a esta “figura anômala” (“termo anual de quitação”)¹⁰, de modo que pode se opor tanto ao comparecimento ao sindicato quanto à assinatura do termo.

Acentue-se que em sempre o empregado terá autonomia da vontade de assinar este termo, em muitos casos ele será obrigado a assiná-lo, em virtude da própria relação de desequilíbrio que caracteriza o contrato de trabalho.

Sendo assim, a função assistencialista precípua do sindicato resta maculada com ausência de homologações das verbas rescisórias pelos sindicatos e com o advento do artigo 791-A, CLT (honorários de sucumbência).

É importante realçar, também, as funções econômicas e políticas. Existem discussões sobre a permanência destas funções sindicais no Direito Coletivo o Trabalho. Há quem defenda que ambas estão vedadas expressamente pela legislação (artigos 511 e 521, “d”, CLT). Entretanto, outros – de forma majoritária-defendem que em razão da livre associação e da autonomia sindical, estas funções existem.¹¹

A função econômica corresponde aos meios utilizados pelo sindicato para obter a receita necessária para o desenvolvimento de suas atividades (aquisição de receitas). Função enfraquecida devido ao artigo 545, CLT, o qual torna facultativa a “contribuição sindical”, antes obrigatória.

Nos termos do artigo 8º, inciso I, da Constituição Federal de 1998, os sindicatos têm liberdade de administração, já que não sofrem intervenção do Estado. Sendo assim, podem exercer

10 SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista: Análise da Lei 13. 467/2017 – Artigo Por Artigo. **Revista dos Tribunais**, 2017, p. 101.

11 DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 5. ed. São Paulo:Ltr, 2014, p. 73- 101.

atividade econômica, desde que o façam por meio de atividades lícitas e que atinjam os seus fins.¹²

Apesar do artigo 545-B, CLT não proibir o custeio da atividade prestada pelo sindicato na elaboração do termo de quitação anual, tal função sindical, pelos motivos acima expostos, também perde força com o advento da Reforma Trabalhista.

No que se refere à função política, embora o artigo 521, d, CLT proíba a “função política” do sindicato, é perigoso fazer tal afirmação. Pois as normas restritivas da CLT em matéria sindical, se não reproduzidas no texto constitucional, devem ser consideradas como atentatórias à liberdade sindical nele estabelecida. Ademais, em sentido amplo, o sindicato não deixa de ser um ser político.¹³

Sendo assim, não se pode imaginar um sindicato sem função política em prol dos seus membros, em busca de melhoria de condições de vida e trabalho dos seus representados. Aqui, não se trata da função política partidária.

Vale frisar que, assim como as outras, esta função foi atenuada pela Reforma Trabalhista. O artigo 611-A, §1º, CLT reforça o princípio da “intervenção mínima na negociação coletiva”. Além do mais, a previsão de que a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em acordo e convenção coletiva não enseja sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico, atesta e fortalece o desinteresse pela função política do sindicato (artigo 611-A, §2º, CLT).

Resta claro, portanto, que além de ferir funções sindicais, a participação dos sindicatos nas negociações coletivas da forma que foi posta pelo legislador pode causar “Dumping Social”.

12 MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, Volume III – Direito Coletivo do Trabalho, 1990, p. 127.

13 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. São Paulo:Saraiva, 1989, p. 205.

Dumping social

Antes de tudo é importante definir este instituto para o fim de melhores esclarecimentos. O Dumping Social originou-se com o Direito Empresarial e consiste em práticas que visam diminuir a concorrência. Esta prática é contrária ao “*Fair Trade*” que em tradução livre significa “comércio justo”, visando a proteção de padrões sociais, ambientais e preços justos.¹⁴

Transmutando tal conceito para o Direito Laboral, o Dumping Social caracteriza-se pela adoção de práticas desumanas de trabalho, pelo empregador, com o objetivo de reduzir os custos de produção e, assim, aumentar os seus lucros. Trata-se de descumprimento reincidente aos direitos trabalhistas, capaz de gerar um dano à sociedade e constituir um ato ilícito. Além de afrontar aos princípios da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da função social da empresa.¹⁵

No Brasil a **força de boa parte dos sindicatos é discutível**. Vários não conseguem cumprir o seu papel de proteção com eficácia. Alguns aspectos Corporativistas estão presentes no Direito Coletivo, fato que, em alguns casos, enfraquece sindicatos.

A fragilidade dos sindicatos se agrava com a Reforma Trabalhista, uma vez que é possível, nos moldes já explanados, que as negociações coletivas sejam desvantajosas para os obreiros. Outrossim, o legislador visou ampliar o número de

14 NAMURA, José Roberto. **Dumping social uma pratica desconhecida pelas empresas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI217836,21048-Dumping+Social+Uma+pratica+desconhecida+pelas+empresas>>. Acesso em: 10fev. 2018.

15 JOSÉ FILHO, Wagson Lindolfo. **Dumping social-indenização de ofício**. Disponível em:<<http://www.magistradotrabalhista.com.br/2014/02/dumping-social-indenizacao-de-oficio.html>>. Acesso em: 10fev. 2018.

matérias objeto de negociação coletiva e reduzir o controle judicial das cláusulas do acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho.

Desta feita, o cenário contribui para que haja práticas desumanas de trabalho, com o objetivo de diminuir os custos de produção e aumentar o lucro do empregador (“Dumping Social”).

Conclusão

Ao observar o fenômeno da globalização, baseando-se, pelos estudos, observa-se a criação a Reforma Trabalhista. Fato que reverberou no Direito do Trabalho e nos seus institutos.

Levando em consideração os objetivos traçados na introdução, conclui-se que:

As mudanças não foram positivas. Isto **não significa que os direitos trabalhistas devem permanecer intactos** e não podem ser “flexibilizados” (relativizados) em alguns casos. Por exemplo, quando a “saúde da empresa” estiver comprometida e também de maneira extraordinária, ao contrário do que previu a novel legislação.

Inclusive existem normas na Constituição Federal que permitem esta “flexibilização legal” (artigo 7º, VI, XIII e XIV). Em outras palavras, autorizam que a negociação coletiva prevaleça sobre a lei, ainda que contenha cláusulas prejudiciais.

A sociedade precisa defender os seus direitos e não se deixar iludir por argumentos advindos do capitalismo. Destaca-se que o artigo 611-B, CLT dá a entender que o rol contido no dispositivo é “taxativo”. Ou seja, não engloba outras possibilidades fora as do texto. A redação reproduz partes do artigo 7º, Constituição Federal, mas há diversos outros assuntos, além dos citados no mencionado artigo, que não comportam negociação coletiva.

Sendo assim, a “eliminação” da proteção social mínima, além de ferir a **proibição do retrocesso social**, desrespeita a cláusula pétreia que impede a redução de direitos e garantias individuais.

Direitos trabalhistas conferidos de forma efetiva, ainda representam a forma mais eficaz de inserção socioeconômica do trabalhador no sistema capitalista. É importante lembrar: trabalhadores são potenciais consumidores.

Assim como a Reforma Trabalhista “reformulou” o Direito do Trabalho, é essencial que os sindicatos se reinventem para acompanhar as mudanças sem se desvirtuarem do seu papel: resguardar direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria.

Apesar do enfraquecimento das funções sindicais advindo da Reforma Trabalhista e da fragilidade sindical que existia antes dela. É de suma importância que os sindicatos cumpram com a sua “função ética”, com o propósito de evitar condutas eivadas de má-fé.

Referências

COSTA, Jefferson Alexandre. **Efetividade das prerrogativas e dos poderes sindicais e a relação jurídica interna.** Disponível em:<<https://jeffersoncosta.jusbrasil.com.br/artigos/228529281/efetividade-das-prerrogativas-e-dos-poderes-sindicais-e-a-relacao-juridica-interna>>. Acesso em: 06 fev. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho.** 5. ed. São Paulo:Ltr, 2014.

LINDOLFO FILHO, Wagson. **Dumping social-indenização de ofício.** Disponível em:<<http://www.magistradotrabalhista.com.br/2014/02/dumping-social-indenizacao-de-oficio.html>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

GABRIEL, Ellen Fernanda de melo Z. **Das receitas sindicais no Direito do Trabalho**. Disponível em:<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1216#_ftn9>. Acesso em: 12fev. 2018.

MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, Volume III. – Direito Coletivo do Trabalho, 1990.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Sindical**. São Paulo:Saraiva, 1989.

LUCHETE, Felipe. **Supremo recebe 16º ação contra mudanças na Reforma Trabalhista**. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2018-fev-02/supremo-recebe-16-acao-mudancas-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 06fev. 2018.

NAMURA, José Roberto. **“Dumping Social” uma pratica desconhecida pelas empresas**. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI217836,21048-Dumping+Social+Uma+pratica+desconhecida+pelas+empresas>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**: análise da Lei 13. 467/2017 – Artigo Por Artigo. Revista dos Tribunais, 2017.

_____ ; Leonardo Soares Quirino da. **Leia Kant!**. Disponível em:<<http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/cidada- nia/0097.html>> Acesso em: 06fev. 2018.

_____ ; Carlo Eduardo Lins. **A nova geração**. Disponível em:<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1908200710.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUAS REPERCUSSÕES NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DA LEI Nº 13.467/17

Bruno Klippel¹

Introdução

O presente estudo possui por finalidade analisar o tema “desconsideração da personalidade jurídica”, previsto nos artigos 133 a 137 do CPC e sua aplicação no processo do trabalho, especialmente após a reforma trabalhista, empreendida pela Lei nº 13.467/17, que disciplinou o procedimento na seara trabalhista, determinando a aplicação do Código de Processo Civil, diante de sua compatibilidade.

Somente após a reforma trabalhista é que um tema tão caro à Justiça do Trabalho passou a ser regulamentado na CLT, tendo em vista a inclusão do art. 855-A, que ainda de forma tímida, trata de alguns importantes pontos da matéria, como recorribilidade da decisão, suspensão do processo e concessão de tutelas de urgência.

1 Bruno Klippel – Doutor em Direito do Trabalho pela PUC/SP, Mestre em Direito pela FDV/ES, Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da FDV/ES, UVV/ES, bem como dos Cursos Preparatórios para Concursos Estratégia Concursos/DF, Aprova Concursos/PR, IOB Concursos/SP. Autor de livros jurídicos, em especial, o *Direito Sumular TST Esquematizado*, 7ª Ed, 2017 pela Editora Saraiva.

A anterior ausência de regulamentação de instituto tão importante, ou a pouca regulamentação, como se vê atualmente, por vezes é recebida com muitas críticas, haja vista que, na visão dos sócios “descobertos”, não há garantia de contraditório, princípio ínsito ao direito processual, preconizado como fundamento da ciência processual no art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988.

O estudo passará, obrigatoriamente, pela análise do art. 769 da CLT, que prevê a utilização subsidiária das normas do processo comum ao processo do trabalho, quando houver lacuna e a norma do primeiro não for incompatível com o segundo.

De forma a concluir pelas repercussões do novo procedimento, serão revistadas as teorias acerca do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, para que seja também verificada a necessidade ou não no procedimento celetista, bem como os impactos negativos em relação à celeridade do processo do trabalho, já que o contraditório previsto no CPC faz com que seja necessária a prática de diversos atos de comunicação, bem como a concessão de prazo para manifestação dos sócios.

Também será analisada a Instrução Normativa nº 39/16, que normatizou a aplicação subsidiária de dispositivos do CPC ao processo do trabalho e que, pela primeira vez, afirmou categoricamente a aplicação dos artigos 133 a 137 do CPC ao processo do trabalho.

Uma rápida noção histórica sobre a aplicação subsidiária do CPC ao processo do trabalho: in nº 39/16 do TST e Lei nº 13.467/17

Um dia antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, no dia 15 de março de 2016, portanto, o TST expediu normas sobre a aplicação subsidiária das normas do

novo código processual na seara trabalhista, de forma a facilitar a interpretação e aplicação dos novos e antigos institutos aos litígios trabalhistas.

A referida Instrução Normativa pode ser dividida em 4 (quatro) partes, a saber:

- **Normas e explicações gerais:** como exemplo temos o §1º do art. 1º que trata do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias. Apesar da incidência das regras do CPC ao processo do trabalho, continuaremos na seara laboral com a afirmação de que não cabe recurso de imediato contra as decisões interlocutórias.
- **Normas do CPC que não se aplicam ao processo do trabalho:** são as normas que o TST já entendeu não serem aplicáveis ao processo do trabalho, seja por ausência de lacuna na legislação trabalhista, seja por sua incompatibilidade com os preceitos da legislação trabalhista, como o art. 63 que trata do foro de eleição ou o art. 219 que trata da contagem dos prazos apenas nos dias úteis.
- **Normas do CPC que se aplicam ao processo do trabalho:** ponto mais importante da Instrução Normativa, que já está gerando a modificação em Súmulas e OJs do TST, os dispositivos demonstram a necessidade de se permitir o maior exercício do contraditório, a maior possibilidade de correção de vícios processuais para se atingir o julgamento do mérito, assim como uma maior preocupação com a celeridade processual. Assim, podemos aplicar o art. 76, §1º e 2º do CPC, que trata da correção de vícios de representação mesmo em grau recursal, podemos modificar as regras sobre distribuição do ônus da prova, por aplicação do art. 373, §1º e 2º do CPC, denominados de “distribuição dinâmica do ônus da prova” e, por fim, podemos dizer que a

sentença trabalhista deverá ser melhor fundamentada, no sentido de se evitar fundamentos genéricos, seguindo-se os entendimentos sumulados do TST, conforme art. 489 do CPC.

- **Normas do CPC que se aplicam com adaptação ao processo do trabalho:** uma das normas de aplicação possível mediante adaptações, que é o ponto central do presente trabalho, é o procedimento de **desconsideração da personalidade jurídica**, conforme art. 6º da IN nº 39/16, que será melhor estudado em tópico específico.

Certamente a expedição da referida instrução normativa do TST auxiliou na prática forense trabalhista, pois evitou uma série infindável de controvérsias, discussões e recursos, mas certamente não resolveu todas as dúvidas, já que existem institutos, como a tutela provisória (art. 294 a 311 do NCPC), que precisam ser adaptadas ao procedimento trabalhista, pensado para ser realizado em audiência una.

Obediência do princípio do contraditório e instituição do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no NCPC

Até a entrada em vigor da Lei nº 13.105/15 – Novo CPC - não havia qualquer procedimento disciplinando a desconsideração da personalidade jurídica, o que fazia com que os sócios fossem surpreendidos com a decisão de redirecionamento da tutela executiva, já que não se adotava como praxe a intimação prévia para manifestação do mesmo. A aparente violação ao princípio do contraditório já era notada e criticada pela doutrina processual civil, que via naquela situação a ausência de comunicação e possibilidade de reação, típicos do princípio do contraditório.

O princípio tão caro e respeitado na órbita processual é definido e explicado didaticamente pelo Prof. Marcus Vinícius Rios Gonçalves² como as exigências de se:

(...) dar ciência aos réus da existência do processo, e aos litigantes de tudo o que nele se passa; e a de permitir-lhes que se manifestem, que apresentem suas razões, que se oponham à pretensão do adversário. O juiz tem de ouvir aquilo que os participantes do processo têm a dizer, e, para tanto, é preciso dar-lhes oportunidade de se manifestar, e ciência do que se passa, pois que sem tal conhecimento, não terão condições adequadas para se manifestar.

Especificamente em relação ao contraditório na desconsideração da personalidade jurídica, percebe-se que o sócio, que não era parte na demanda, passa a ser parte abruptamente, sem lhe ser garantido o direito de discutir os fatos que levaram o Juiz a desconsiderar a personalidade jurídica naquela situação. Sem qualquer comunicação prévia, o sócio era lançado ao processo, passando a integrá-lo por dizer o Magistrado estar presente a hipótese do art. 28, §5º do CDC. Registre-se que a situação prevista no dispositivo legal – ausência de patrimônio da sociedade – era imputada ao sócio sem qualquer possibilidade de defesa, sem possibilidade prévia de exercício do benefício de ordem.

Essa afirmação unilateral, sem possibilidade de defesa do sócio, que na visão do CPC viola o contraditório, já era criticada pela doutrina processual civil, a exemplo dos Professores Rodrigo Klippel e Antônio Adonias Bastos³, que se manifestaram

2 GONÇAVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 3.ed, São Paulo: Saraiva, 2013, p.62.

3 KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.1317.

da seguinte forma: “Parece-nos, então, que se deve desenvolver um incidente cognitivo, cujo objeto é a averiguação de atos que supostamente ensejam a mencionada desconsideração, para o qual deve o sócio ser citado”.

Verifica-se claramente que o CPC levou em consideração a necessidade de garantir a incidência dos princípios processuais constitucionais, em especial o contraditório, na medida em que na exposição de motivos é encontrada a seguinte passagem:

Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou às avessas.

Mas percebe-se que a necessidade de contraditório está intimamente ligada à necessidade de discussão das situações previstas no art. 50 do Código Civil, que caracterizam, como já dito, o abuso da personalidade jurídica. A ideia também é aplicada mesmo que se prefira adotar o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), na medida em que o contraditório seria necessário à verificação das seguintes hipóteses: abuso do direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Verifica-se que, independentemente da teoria que se aplica no processo – maior ou menor – o contraditório sempre foi pensado pela doutrina como indispensável.

Carlos Henrique Bezerra Leite⁴, antes de mencionar a aplicação dos dispositivos acima citados, afirma ao introduzir o tema da *disregard of legal entity*, que: “É comum os juízes do

4 LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: Ltr, 2014, p. 1147.

trabalho determinarem a constrição de bens particulares dos sócios da empresa executada, desde que esta não possua ou não ofereça à penhora bens suficientes para garantir a execução”.

O festejado Professor capixaba deixa claro, portanto, que o ato executado, que visa atingir os bens dos sócios da empresa executada, é realizado *ex officio* pelo Magistrado, que simplesmente redireciona os atos de constrição patrimonial àquele que pode possuir bens passíveis de penhora. Também Gustavo Felipe Barbosa Garcia⁵ destaca a não incidência dos artigos 50 do CC e 28 do CDC que deixam à cargo das partes e Ministério Público a formulação do pedido de desconsideração, haja vista que o Juiz do Trabalho tem por hábito decidir de ofício sobre a matéria, até mesmo pela incidência do princípio inquisitivo na seara processual trabalhista, que permite até mesmo o início do processo de execução – Art. 878 da CLT – tornando ilógico qualquer ilação acerca da necessidade de requerimento.

Acerca da garantia do contraditório, sempre defendida pela doutrina processual civil, não é vista como uma necessidade inata ao processo do trabalho, pois conforme aduz MAURO SCHIAVI⁶, poderá o sócio valer-se do benefício de ordem prevista no art. 586 do CPC/73 e no art. 795, §1º do CPC/15, bem como das defesas típicas que podem ser oportunamente apresentadas, postergando-se o contraditório, já que naquele momento a prévia notificação do sócio pode frustrar os atos executivos. Vejamos as lições do autor mencionado: “Ao contrário do que sustentam parte da doutrina e jurisprudência, o sócio não precisa ser citado ou intimado da desconsideração da personalidade jurídica e para a apresentação de bens no prazo de 48 horas (art. 880 da CLT)(...)”.

5 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 654.

6 SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.908-909.

No momento adequado será analisada a necessidade ou não de se garantir o contraditório antes de se desconsiderar a personalidade jurídica, tendo por base as teorias existentes sobre o tema e a jurisprudência dos tribunais trabalhistas sobre a matéria.

Procedimento previsto nos artigos 133 a 137 do NCPC

O CPC decidiu por criar um incidente de desconsideração da personalidade jurídica para efetivar o princípio do contraditório, tendo por finalidade precípua verificar a presença ou ausência dos pressupostos previstos em lei – art. 50 do CC e 28 do CDC – possibilitando ao sócio a demonstração de que não houve abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade, confusão patrimonial, etc.

Aduz o art. 133 do NCPC que o incidente será instaurado a pedido das partes ou do Ministério Público, trazendo implícita vedação à desconsideração realizada de ofício, o que já se mostra incompatível com o procedimento hoje adotado na Justiça do Trabalho, como já visto.

Sobre os pressupostos autorizadores da desconsideração, os dispositivos do novel código mencionam em duas oportunidades a necessidade de preenchimento dos requisitos legais, já que seara processual civil se adota a teoria maior, diferentemente do processo trabalho, já que na visão de José Cairo Jr⁷, “A jurisprudência trabalhista imprimiu interpretação extensiva aos dispositivos legais acima mencionados, relativizando a necessidade de atender aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica para determinar a penhora dos bens do sócio”.

7 CAIRO JR, José. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.826.

No procedimento idealizado pelo legislador e inserido nos artigos 133 a 137 da Lei nº 13.105/15, o sócio será citado para manifestar-se e requerer provas no prazo de 15 (quinze) dias sobre o pedido de desconsideração, ocasião em que poderá opor-se à pretensão da parte adversa ou do Ministério Público, por demonstrar a inexistência dos requisitos legais.

Como não há qualquer restrição aos meios de prova no art. 136 do NCPC, poderá ser requerida prova testemunhal e depoimento pessoal, com necessidade de designação de audiência para a produção das mesmas, e até mesmo prova pericial, que demanda, não raras vezes, meses para a sua produção. Todo esse tempo poderá ser utilizado para que o sócio se valha de subterfúgios para desviar os bens, o que não será sempre resolvido pela aplicação do art. 137 do NCPC, que diz ser ineficaz em relação ao requerente a alienação ou oneração de bens em fraude de execução.

Pensando-se em celeridade e, principalmente, efetividade da desconsideração da personalidade jurídica, melhor seria manter o contraditório postergado para o momento de apresentação dos embargos – à execução ou terceiros – a depender da corrente doutrinária a ser utilizada, já que o fator surpresa quando da desconsideração é um dos motivos do sucesso de grande parte das incursões no patrimônio dos sócios de empresas executadas.

Do cabimento do incidente no processo do trabalho

Teoria adotada no processo do trabalho para a desconsideração da personalidade jurídica

Um dos mecanismos mais importantes para a efetivação do processo de execução trabalhista, a desconsideração da personalidade jurídica passa a ter o seu procedimento regulamentado

pela primeira vez no NCPC, conforme já verificado em tópico anterior. Até a edição da Lei 13.105/15, apenas os pressupostos autorizadores da medida é que estavam dispostos nos artigos 50 do Código Civil e 28, §5º do Código de Defesa do Consumidor, nos seguintes termos:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

“Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”

Vislumbra-se que os dispositivos legais trazem situações específicas que levariam à desconsideração da personalidade jurídica e a conseqüente afetação dos bens dos sócios, como *desvio de finalidade, confusão patrimonial, abuso de direito, excesso de poder, infração da lei*, dentre outras situações.

Tais situações, pela doutrina e jurisprudência majoritárias, não precisam ser comprovadas para que o Juiz do Trabalho determine a desconsideração, já que na seara laboral é adotada a *teoria menor* ou *objetiva*, em que basta a inexistência de patrimônio da pessoa jurídica para determinar a inclusão dos sócios como responsáveis patrimoniais. Caso evidenciada no curso do processo de execução a inexistência de patrimônio, já poderá ser desconsiderada a personalidade, segundo entendimento de Mauro Schiavi⁸:

“Atualmente, a moderna doutrina e a jurisprudência trabalhista encampam a chamada teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica que disciplina a possibilidade de execução dos bens do sócio, independentemente de os atos destes terem violado ou não o contrato, ou de haver abuso de poder. Basta a pessoa jurídica não possuir bens para ter início a execução aos bens do sócio”.

Justifica-se a aplicação da teoria *menor* ou *objetiva* pela incidência do princípio da proteção no âmbito processual trabalhista, já que a hipossuficiência do trabalhador faz com que medidas de efetivação da tutela jurisdicional sejam aplicadas pelo Magistrado, como o início da execução de ofício, previsto no art. 878 da CLT e demais reflexos do princípio inquisitivo.

Pode-se até mesmo afirmar, na esteira do ensinamento de BEZERRA LEITE⁹ que não há necessidade de ver verificar a ausência de bens da pessoa jurídica, pois haveria uma presunção de inexistência dos mesmos quando a executada não

8 SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 4.ed.São Paulo: LTr, 2011, p.905.

9 LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12.ed. São Paulo: Ltr, 2014, p.1147.

oferecesse bens à penhora. Tal interpretação pode ser realizada no processo do trabalho, haja vista que o princípio da duração razoável (Art. 5º, LXXXV da CF/88) é um dos pilares do processo e sua busca em âmbito laboral é indispensável para a efetivação do ideal de justiça. Vejamos o ensinamento do Professor referido: “É comum os juízes do trabalho determinarem a constrição de bens particulares dos sócios da empresa executada, desde que esta não possua ou não ofereça à penhora bens suficientes para garantir a execução”.

A aplicação da teoria *menor* ou *objetiva* no processo do trabalho faz com que seja desnecessária qualquer cognição acerca das hipóteses prescritas nos artigos 50 do CC e 28 do CDC, já que a única situação processual que justifica a constrição de bens dos sócios já está demonstrada ou presumida nos autos, o que fez com que a doutrina defendesse a desnecessidade de intimação ou citação do sócio para exercer as alternativas previstas no art. 880 da CLT, que seriam o pagamento da dívida, o depósito de quantia ou a nomeação de bens à penhora, já que:

1. Não é parte no processo, e sim, responsável patrimonial pela dívida;
2. Com a comunicação prévia o sócio poderia ocultar, desviar ou se desfazer de bens a fim de não adimplir a dívida, protegendo o seu patrimônio em desfavor do reclamante hipossuficiente;

Assim, o “efeito surpresa”, típico da desconsideração praticada pela Justiça do Trabalho, ao mesmo tempo efetiva a proteção conferida ao empregado na medida em que permite o adimplemento da dívida, como não acarreta a violação ao contraditório, visto que não são discutidos os pressupostos dos artigos 50 do CC e 28 do CDC, sendo que o sócio ainda poderá valer-se do benefício de ordem, indicando os bens da pessoa jurídica, bem como apresentando, posteriormente,

os embargos. Sobre o tema são lúcidas as palavras de Mauro Schiavi¹⁰ quando afirma que:

Por isso, ele (o sócio) não é incluído no polo passivo, tampouco citado ou intimado. Fracassada a execução em face da pessoa jurídica, o Juiz do Trabalho poderá expedir mandado de penhora em face dos bens do sócio ou até mesmo determinar o bloqueio de ativos financeiros deste.

Analisada a teoria aplicada no processo do trabalho para se permitir a desconsideração da personalidade jurídica, é chegada a hora de verificar a compatibilidade entre o procedimento criado pelo NCPC e o direito processual do trabalho.

Desnecessidade do procedimento em sede trabalhista

Os próximos anos serão, indubitavelmente, de amplas discussões acerca da aplicação subsidiária de dispositivos do Novo Código de Processo Civil, com vigência a partir de março de 2016, principalmente no campo da execução trabalhista, tendo em vista o pequeno número de dispositivos celetistas sobre o tema e a grande dependência das normas processuais civil.

Toda a análise acerca da compatibilidade do NCPC ao processo trabalhista passará pela verificação dos pressupostos contidos no art. 769 da CLT, assim redigido: “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”.

¹⁰ SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.909.

Um dos temas que devem permear tais discussões certamente será o que hora se analisa, já que em grande parte dos processos executivos é necessário atacar os bens dos sócios como única forma de recebimento dos créditos dos trabalhadores, já que a ausência de patrimônio é uma situação comum entre pequenas e médias empresas.

No tocante aos requisitos previstos no supracitado dispositivo – lacuna e compatibilidade – o cerne da questão estará restrito ao segundo, pois a norma celetista nada trata do tema *desconsideração da personalidade jurídica*, o que, em tese, atrairia a incidência das normas do NCPC que regulamentam o tema, não fosse a clara incompatibilidade entre o que pensou o legislador e o que é necessário no processo do trabalho.

Explico. Quando da elaboração da norma, entendeu o legislador pela necessidade de efetivação do contraditório prévio à desconsideração da personalidade jurídica, criando um procedimento próprio em que seria permitido ao sócio demonstrar a ausência dos pressupostos legais, evitando assim o atingimento dos seus bens, inclusive com a possibilidade de instrução processual (art. 135 do NCPC).

O requerimento, produção de provas e julgamento da matéria seriam realizados a fim de demonstrar, unicamente, a presente dos pressupostos autorizadores da medida, tanto que o Art. 134, §4º da Lei 13105/15 trouxe a seguinte redação: “O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica”.

Mas qual é a incompatibilidade existente entre o contraditório previsto no NCPC para a análise dos pressupostos autorizadores da desconsideração e o processo do trabalho?

A resposta é “aparentemente” simples: a incompatibilidade decorre da desnecessidade do procedimento, pois a adoção da teoria *menor* ou *objetiva* retira do Juiz do Trabalho

a preocupação com os “pressupostos legais específicos” a que alude o dispositivo do novo código, já que o único requisito apto a determinar a medida aqui estudada é a ausência de patrimônio, que não precisa ser aferida em contraditório, já que:

1. Provada ante as tentativas frustradas de penhora de ativos financeiros, veículos, bens imóveis, dentre outros da pessoa jurídica;
2. Presumida pela ausência de depósito ou nomeação de bens em valor suficiente ao pagamento da dívida.

Além das justificativas expostas, outra se mostra muito forte para demonstrar a incompatibilidade entre o instituto do NCPC e o processo do trabalho: a suspensão do processo determinada para novo código até o julgamento do incidente. Sobre o tema Cléber Lúcio de Almeida¹¹ é enfático ao dizer que:

Destarte, não é compatível com o direito processual do trabalho a previsão de que, requerida a desconsideração da personalidade jurídica, deverá ser instaurado incidente, com suspensão do processo, medida que se mostra, inclusive, injustificável, na medida em que faz depender do reconhecimento do crédito (objeto da demanda) a fixação da responsabilidade pela sua satisfação (objeto do incidente).

Por todos os ângulos que se analise o cabimento do incidente, conclui-se pela incompatibilidade, seja pela desnecessidade de cognição acerca requisitos legais não aplicáveis ao processo do trabalho ou pelo ferimento ao princípio da celeridade, decorrente da previsão de suspensão do processo pela apresentação do incidente, que dificultariam “a persecução do

11 ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Salvador: Juspodivm, p.294.

patrimônio empresarial ou societário a fim de garantir o pagamento da dívida trabalhista. Não se admite a transposição dos recursos do empreendimento ao empregado, que os assumirá se a inexistência de patrimônio empresarial pudesse tornar inefetiva a execução trabalhista¹².

Entendimento firmado pelo TST sobre o cabimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos termos da in nº 39/16

Diferentemente do que vinha sendo exposto praticamente de forma unânime pela doutrina processual trabalhista, o TST entendeu ser cabível o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, afirmando no art. 6º o seu cabimento com algumas necessárias adaptações. Vejamos:

Art. 6º Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878). § 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente: I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º da CLT; II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo; III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI). § 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela

12 NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves; BENTO, José Gonçalves. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Salvador: Juspodivm, p.307.

de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC.

A primeira adaptação necessária foi a inclusão do Juiz entre os legitimados para o início do procedimento, já que o NCCP afirma que apenas o Ministério Público e as partes podem requerer a desconsideração. Levando-se em consideração que no processo do trabalho é aplicável o princípio inquisitivo, com forte incidência na execução, por aplicação do art. 878 da CLT, entendeu o TST por dizer que o Juiz do Trabalho pode determinar a instauração do procedimento, notificando os sócios para apresentarem defesa em 15 (quinze) dias.

A maior preocupação do TST com o incidente era a possibilidade de multiplicação de recursos, tendo em vista ter sido criada mais uma decisão no curso do processo. Dispõe o art. 136 do NCCP que o incidente será resolvido por decisão interlocutória, cabendo agravo interno quando tal decisão for proferida pelo relator no Tribunal.

Vislumbra-se, portanto, que o incidente pode ocorrer em qualquer grau de jurisdição e em qualquer momento do processo, sendo que o TST entendeu por resumir o cabimento de recursos da seguinte forma:

Vara do Trabalho: quando o incidente for realizado perante o primeiro grau de jurisdição, da decisão do Juiz do Trabalho caberá ou não recurso a depender do momento em que for proferida, a saber:

Processo de conhecimento: por aplicação do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, não caberá recurso da decisão que desconsiderar a personalidade jurídica, nos moldes do art. 893, §1º da CLT, não afastando a possibilidade de ser impetrado mandado de segurança contra tal ato judicial.

Processo de execução: os termos do inciso II do art. 6º da IN nº 39/16, caberá o recurso de agravo de petição, previsto no art. 897, “a” da CLT, por ser o recurso próprio para impugnar as decisões proferidas no processo de execução.

Tribunal: em sendo o incidente instaurado e decidido em sede de Tribunal, caberá ao Relator tal incumbência, sendo que da decisão monocrática por ele proferida, nos termos do art. 932 do NCPC, poderá ser interposto recurso de agravo interno, no prazo de 8 (oito) dias, já que o art.1º, §2º da IN nº 39/16 afirma ser esse o prazo para a interposição e contrarrazões de todos os recursos, inclusive o agravo interno.

Por fim, a última informação constante na mencionada instrução normativa diz respeito aos efeitos da incidente sobre o processo principal. O §2º do art. 6º destaca que o processo principal ficará suspenso enquanto o procedimento estiver instaurado, podendo ser concedida, apesar da suspensão, as decisões relacionadas à tutela de urgência de natureza cautelar que são tratadas no art. 301 do NCPC.

Da inclusão do Art. 855-A da CLT pela lei nº 13.467/17: A reforma trabalhista e o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica

Apesar de toda discussão acerca da desnecessidade de se realizar um procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, por aplicar-se a teoria menor no processo do trabalho, o legislador reformista entendeu por bem incluir o art.855-A na CLT, através da Lei nº 13.467/17, mais conhecida por “reforma trabalhista”.

Basicamente foram três as informações inseridas no corpo da Consolidação das Leis do Trabalho, nesta regulamentação tímida do instituto:

Aplicação, num primeiro momento sem qualquer ressalva, do disposto nos artigos 133 a 137 do CPC – *caput* do art. 855-A da CLT;

Possibilidade ou não de interposição de recursos contra a decisão que julga o procedimento de desconsideração, a saber:

Sendo proferida decisão no processo de conhecimento: não cabe qualquer recurso, por aplica-se a regra da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias, prevista no art. 893, §1º da CLT.

Sendo proferida decisão no processo de execução: cabível o recurso de agravo de petição, previsto no art. 897 “a” da CLT, tendo em vista ser uma decisão em sede de processo executivo, não havendo necessidade de garantia do juízo.

Sendo proferida decisão em sede de tribunal, pelo Relator: cabimento do recurso de agravo interno, previsto no art. 1.021 do CPC, por se tratar de decisão monocrática.

Suspensão do processo e concessão de tutela de urgência: o §2º do art. 855-A da CLT afirma que o processo principal ficará sobrestado, o que não é novidade, pois a regra prevista no CPC já trata da suspensão do feito, sendo possível ainda, conforme afirmado pelo texto da CLT, a concessão de tutela de urgência, quando presentes os requisitos presentes no art. 301 do CPC.

Verifica-se claramente que dúvidas não há em relação ao cabimento e aplicação do incidente na esfera trabalhista,

estando cada vez mais difícil negar a aplicação do instituto na prática forense. A dúvida que fica é se há necessidade de tal procedimento, uma vez que a teoria menor da desconsideração é que se mostra amplamente aceitável no processo do trabalho.

Referências

ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Salvador: Juspodivm.

CAIRO JR, José. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇAVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 3.Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. **Manual de Direito Processual Civil**. 3.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Leite. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12.ed. São Paulo: Ltr, 2014.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves; BENTO, José Gonçalves. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Salvador: Juspodivm.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

SUPREMACIA DO MODELO NEGOCIADO SOBRE O MODELO LEGISLADO NA REFORMA TRABALHISTA SOB O ENFOQUE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

Carlos Henrique Bezerra Leite¹

Introdução

A chamada Reforma Trabalhista foi iniciada em 22.12.2016 com o envio do Projeto de Lei encaminhado pelo Presidente da República Michel Temer à Câmara dos Deputados, recebendo o número PL 6.787/2016, o qual alterava apenas as redações ou inseria disposições concernentes aos seguintes artigos da CLT: 47, 47-A, 58-A, 523-A, 611-A, 634 e 775. Ou seja, o referido PL 6.787 tratava exclusivamente de 7 (sete) artigos que alterariam a CLT, com ênfase para a introdução do art. 611-A, que instituiu a supremacia das normas oriundas de negociação coletiva sobre as leis editadas pelo Estado.

O Presidente da República discursou no dia 22.12.2016, alegando que estava encaminhando um projeto de lei, oriundo

1 Doutor e Mestre em Direito (PUC/SP). Professor de Direito Processual do Trabalho e Direitos Humanos Sociais Metaindividuais (FDV). Advogado e Consultor Jurídico. Desembargador do TRT da 17ª Região/ES (aposentado). Titular da Cadeira 44 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Foi Professor Associado da UFES, Procurador Regional do Trabalho, Procurador do Município de Vitória.

de ampla discussão do Ministro do Trabalho com os representantes dos empregadores e dos trabalhadores.

Estranhamente, porém, o referido PL foi, substancial e antidemocraticamente, ampliado pelo Substitutivo apresentado pelo relator na Câmara dos Deputados, Deputado Rogério Marinho (PSDB), que acrescentou e/ou modificou 97 (noventa e sete) artigos da CLT, 3 (três) artigos da Lei n. 6.019/74, 1 (um) artigo da Lei n. 8.036/90, 1 (um) artigo da Lei n. 8.213/91 e 1 (um) artigo da MP n. 2.226/01.

Essa proposta legislativa de reforma trabalhista não se limitou apenas a alterar o texto da CLT. Na verdade ela, sob o argumento da necessidade da “modernização” das relações trabalhistas, instituiu três princípios de proteção ao Capital (liberdade, segurança jurídica e simplificação), invertendo valores e princípios de proteção aos direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores previstos na lei, na Constituição Federal e em tratados internacionais de direitos humanos sociais.

O presente artigo, portanto, tem por objetivo analisar o sentido e o alcance dos arts. 611-A e 611-B da CLT, acrescentados pela Lei 13.467/2017, sendo o primeiro alterado posteriormente pela Medida Provisória 808/2017, à luz dos referidos valores e princípios de proteção aos direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores.

Princípio da aplicação da norma mais favorável

Cuida-se de princípio que informa a aplicação da norma trabalhista. Vale dizer, existindo mais de uma norma no ordenamento jurídico versando sobre direitos trabalhistas, prevalecerá a que mais favoreça o empregado. Vê-se, portanto, que o direito do trabalho adota a teoria dinâmica da hierarquia entre as normas trabalhistas, pois no topo da pirâmide normativa não estará

necessariamente a Constituição, e sim a norma mais favorável ao trabalhador.

O art. 7º, *caput*, da CF recepcionou literalmente o princípio em causa, ao proclamar: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social...” (grifos nossos).

De tal arte, se uma norma estabeleça um direito mínimo e outra maximizar tal direito ao trabalhador, esta última será aplicável. Exemplificando: se a Constituição diz que o adicional de hora é de, no mínimo, cinquenta por cento (art. 7º, XVI) e a Convenção Coletiva de Trabalho fixa tal adicional em cem por cento, será esta a norma trabalhista aplicável ao caso concreto. Entretanto, se a Convenção Coletiva estabelecer adicional de horas extras inferior a cinquenta por cento, prevalecerá a norma Constitucional, que não permite a redução do patamar mínimo fixado. Vale dizer, ainda que seja possível (excepcionalmente) a redução salarial por meio de convenção ou acordo coletivo (CF, art. 7º, VI), estes instrumentos coletivos não podem reduzir o mínimo existencial fixado na Constituição Federal, como no caso do adicional de horas extras.

De outra parte, o princípio em tela não será aplicável diante de norma proibitiva, de ordem pública, imposta pelo Estado, como na hipótese da vedação da vinculação do salário mínimo para qualquer fim (CF, art. 7º, IV, *in fine*) ou da prevista no art. 623 da CLT, que considera nula a cláusula de convenção ou acordo coletivo que contrarie proibição ou norma disciplinadora de política econômico-financeira do Governo ou concernente à política salarial vigente. Nesse sentido, o TST editou a Súmula 375, segundo a qual os “reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente à legislação superveniente de política salarial”.

A aplicação do princípio da norma mais favorável encontra algumas dificuldades práticas no que respeita à incidência

das cláusulas previstas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. Por essa razão, três teorias procuram justificar o critério de aplicação do princípio na hipótese de conflito entre normas jurídicas previstas em instrumentos coletivos de autocomposição: a teoria da acumulação, a teoria do conglomeramento e a teoria da incidibilidade dos institutos.

Essas três teorias poderão sofrer impactos importantes em função dos arts. 611-A, 611-B e 620 da CLT, todos com redações dadas pela Lei 13.467/2017, também chamada de Lei da Reforma Trabalhista², exceto se os tribunais do trabalho declararem, incidentalmente, a inconstitucionalidade ou a inconveniência desses dispositivos, como veremos adiante.

Teoria da acumulação

Como o próprio nome está a indicar, por essa teoria devem ser acumuladas as vantagens outorgadas ao empregado previstas nos diplomas legais e instrumentos normativos (sentença normativa, convenção coletiva e acordo coletivo). O contrato de trabalho seria, assim, uma espécie de “colcha de retalhos”, na medida em que se vão acumulando, entre as diversas normas existentes, os dispositivos, nelas contidos, considerados mais vantajosos ao empregado.

O art. 620 da CLT, em sua redação original, encampa a teoria em apreço, pelo menos quando existir conflito entre convenção e acordo coletivo de trabalho, na medida em que dispõe, *in verbis*: “As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo”.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte julgado do TST:

2 O art. 611-A foi alterado parcialmente pela MP 808/2017.

Acordo coletivo e convenção coletiva. Vigência no mesmo período. Critério de aplicação às relações individuais do trabalho. As condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo (CLT, art. 620). O direito laboral brasileiro adota, como é sabido, o princípio da norma mais favorável, independentemente da hierarquia que se estabelece entre as partes, sem dizer se aplica o critério cumulativo das duas normas coletivas, selecionando, entre elas, as cláusulas mais benéficas e aplicando-as, uma a uma, simultaneamente, ou, se dentro do princípio da unidade da norma, adota o critério globalista, segundo o qual não se podem mesclar normas de instrumentos distintos, empregando-se a que, em seu conjunto, seja mais favorável. Não se pode, data venia, selecionar, entre as normas, as cláusulas mais favoráveis. Com efeito, deve ser aplicada aquela que, no seu conjunto, é mais favorável ao trabalhador, mas sem mesclar cláusulas. O princípio da unidade da norma coletiva recomenda que se aplique o critério globalista, sem perder de vista a especificidade de cada instrumento normativo. Todavia, em se tratando de conflito entre convenção e acordo, a lei nacional parece que adotou a teoria cumulativa, ao se referir às condições estabelecidas e, não, ao convênio mais favorável... (TST RR 321.503/96.7 – c. – 1ª T. – j. 24.06.1998 – Rel. Min. Regina Rezende Ezequiel. In: Revista LTr 62-11/1510).

A teoria em apreço atrita com a novel redação do art. 620 da CLT, dada pela Lei 13.467/2017, que estabelece que as “condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho

sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”.

Teoria do conglobamento

Também é conhecida como Teoria do Conjunto. Para essa teoria, a aplicação do princípio da norma mais favorável deve levar em conta não cada dispositivo isoladamente considerado, mas o conjunto global de uma determinada fonte do direito do trabalho.

Desse modo, havendo duas ou mais normas previstas em instrumentos coletivos diversos, o intérprete deverá escolher não os dispositivos mais favoráveis pinçados em cada instrumento coletivo, mas sim o próprio instrumento coletivo. Por exemplo, existindo acordo coletivo e convenção coletiva regulando idênticas matérias de modo diverso, deverá prevalecer ou a convenção ou o acordo coletivo em sua integralidade, no seu conjunto, não se podendo extrair isoladamente as cláusulas consideradas mais vantajosas de cada um desses “contratos coletivos”.

Não há consenso a respeito da adoção da teoria do conglobamento diante de fontes autônomas e heterônomas ou entre fontes heterônomas.

Teoria da incidibilidade dos institutos

Pode-se dizer que essa teoria adota uma posição eclética. Segundo ela, existindo duas ou mais fontes regulando a mesma matéria, não se levará em conta cada um dos seus dispositivos ou cada norma em seu conjunto, mas sim os institutos de direito do trabalho.

Por essa teoria, portanto, é possível combinar as diversas normas existentes na Constituição, na CLT, nas Convenções Coletivas, nos Acordos Coletivos, nos Regulamentos etc.,

sempre levando em consideração os institutos jurídicos de direito do trabalho mais favoráveis contidos em cada um desses diplomas normativos.

Há quem sustente que essa teoria é adotada no Brasil e na Argentina.

Data venia, não nos parece inteiramente correta a assertiva, pois, como já apontamos, o art. 620 da CLT, em sua redação original, prestigiava, ao menos no que diz respeito ao conflito entre convenção e acordo coletivo, a teoria da acumulação. Entretanto, parece-nos inegável que a teoria do conglobamento colide com a novel redação do art. 620 da CLT, dada pela Lei 13.467/2017, que estabelece que as “condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”.

Por outro lado, o novel parágrafo único do art. 444 da CLT, introduzido pela Lei 13.467/2017, no entanto, relativiza o princípio da norma mais favorável, nos seguintes termos:

A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso do empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Esse dispositivo, a nosso sentir, é de indubitosa inconstitucionalidade, por atritar com o disposto nos arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 7º, *caput*, e XXXII, e 170 da CF, os quais enaltecem a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a função social da empresa, a proibição de discriminação de

qualquer natureza e abominam qualquer “distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual ou entre os profissionais respectivos”.

A reforma trabalhista (lei 13.467/2017) e a supremacia do Negociado sobre o Legislativo

Tramitava no Congresso Nacional, desde 11.04.2016, o PL 4.962, de autoria do Deputado Julio Lopes (PP-RJ), que alterava apenas o art. 618 da CLT, dispondo, em linhas gerais, que as condições de trabalho negociadas coletivamente, isto é, mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, prevalecem sobre a lei.

Na verdade, já houve um projeto semelhante, o Projeto de Lei 5.483/2001, oriundo do então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, que não obteve êxito em sua tramitação no Congresso Nacional.

No Governo do Presidente Michel Temer entra em vigor, em 11/11/2017, a Lei 13.467, também chamada de Lei da Reforma Trabalhista, que instituiu o chamado modelo “negociado sobre o legislativo”, isto é, um novo sistema de hierarquia das fontes em que as cláusulas previstas em convenções ou acordos coletivos prevalecem quando conflitarem com as disposições previstas em lei. É o que se infere do art. 611-A da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, posteriormente alterada pela MP 808/2017.

Com efeito, dispõe o art. 611-A da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, *in verbis*:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

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 n. 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;

XIV - 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.

Poucos dias depois da *vacatio legis* da Lei 13.467/2017 (11/11/2017), o Presidente da República editou a Medida Provisória 808, de 14/11/2017, que alterou diversos dispositivos da CLT, dentre eles o art. 611-A, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 611-A. 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;

.....
 § 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).

Além disso, o inciso III do art. 3º da MP 808/2017 revogou expressamente “o inciso XIII do *caput* do art. 611-A” da CLT.

Inconstitucionalidade do novel Art. 611-A da CLT

Parece-nos, porém, que o novel art. 611-A da CLT viola os princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito, que tem no princípio da legalidade uma de suas vertentes. A nossa Constituição diz que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Convenções e acordos coletivos são leis? As convenções e os acordos coletivos *in pejus* aos trabalhadores podem ser interpretados em desarmonia com o arts. 7º, *caput*, e 5º, § 2º, da CF?

De outra parte, sabe-se que todos os direitos dos trabalhadores previstos na legislação infraconstitucional implicam melhoria de sua condição social, razão pela qual se conclui que foram recepcionados como normas constitucionais (CF, art. 7º, *caput*).

Dito de outro modo, com a Constituição de 1988 houve um processo de constitucionalização dos direitos trabalhistas, em função do que se pode dizer que, em linha de princípio, qualquer proposta de alteração das normas infraconstitucionais

tendente a abolir, reduzir ou extinguir direitos sociais dos trabalhadores que se densificam na legislação infraconstitucional importa violação ao art. 7º, *caput*, da Constituição.

Tanto isso é verdade que legislador constituinte somente permitiu, de forma excepcional, a flexibilização *in pejus*, mediante convenção ou acordo coletivo, em duas hipóteses bem definidas: salário e jornada.

O novel art. 611-A, *caput*, da CLT é, a nosso sentir, inconstitucional, por diversos fundamentos.

Primeiro, porque o art. 7º, *caput*, da CF só permite validamente a edição de regras (ou cláusulas) que impliquem melhoria da condição socioeconômica dos trabalhadores urbanos e rurais. Logo, nem mesmo por emenda constitucional seria possível restringir ou reduzir o núcleo duro do art. 7º da CF, já que este veicula normas de direitos fundamentais (CF, art. 60, § 4ª, IV) que, por sua vez, são, em regra, de ordem pública. Mostra-se, pois, despiciendo o fato de a MP 808/2017 ter mandado observar o disposto nos incisos III e VI do art. 8º da CF, que apenas exigem a participação do sindicato nas negociações coletivas e na representação da categoria, pois a violação ora focalizada diz respeito ao art. 7º, *caput*, da CF.

Segundo, porque as convenções e os acordos coletivos de trabalho são direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (CF, art. 7º, XXVI) e devem ter por objeto o que consta do *caput* do mesmo artigo 7º do Texto Magno, ou seja, melhorar as condições sociais dos trabalhadores.

Terceiro, porque o próprio legislador constituinte originário estabeleceu as três hipóteses excepcionais em que os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores podem ser reduzidos (temporariamente, e desde que haja justificativa razoável, ressaltamos), por meio de convenções coletivas ou acordos coletivos de trabalho, a saber: a redução de salários (CF, art. 7º, VI), a compensação ou redução da jornada (CF, art. 7º, XIII) e

o estabelecimento da jornada em turnos ininterruptos de revezamento (CF, art. 7º, XIV). Afinal, o princípio constitucional é o da irredutibilidade salarial, sendo a possibilidade de redução excepcional. O ordinário se presume; o excepcional se prova.

Quarto, porquanto o novel art. 611-A da CLT não faz distinção entre trabalhadores filiados e não filiados ao sindicato. E isso é de extrema importância, já que a contribuição sindical não é mais obrigatória, deixando, assim, de existir o principal fundamento para que o trabalhador não filiado fosse alcançado pelos efeitos (ônus e bônus) das cláusulas previstas em convenções e acordos coletivos.

É de sabença geral que os incisos de um artigo devem estar em perfeita harmonia com o seu *caput*. Entretanto, art. 611-A da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017 (e MP 808/2017), inverteu essa lógica, pois tornou a exceção uma regra, o que colide com o escopo dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores.

Nesse contexto, são inconstitucionais todos incisos do art. 611-A da CLT, à exceção dos incisos I, IV, V, VI, VII, IX, XI, XIV e XV, os quais deverão ser apreciados concretamente, a fim de que o intérprete avalie se as regras da convenção ou do acordo coletivo estão em conformidade aos princípios da vedação do retrocesso social, da progressividade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

No tocante ao § 1º do art. 611-A da CLT, a sua inconstitucionalidade é manifesta, uma vez que viola literal disposição do art. 5º, XXXV, da CF, segundo o qual a lei não poderá excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direitos (individuais ou metaindividuais).

O § 2º do art. 611-A da CLT é inconstitucional porque impede a Justiça do Trabalho a examinar o conteúdo da cláusula e declarar a sua nulidade por descaracterizar a essência da negociação coletiva, que reside na existência de reciprocidade

de interesses contrapostos, sem falar no obstáculo que este dispositivo produz no efetivo acesso à Justiça do Trabalho.

O § 3º do art. 611-A da CLT, ao que nos parece, não é inconstitucional, na medida em que cria uma situação vantagem para o trabalhador consistente na proteção da relação empregatícia durante a vigência da convenção e do acordo coletivo que reduzam salários e reduzam (sic) jornada de trabalho. Parece-nos que a *mens legis* aponta no sentido de se interpretar este dispositivo da seguinte forma: “Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou aumente 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”.

O § 4º do art. 611-A da CLT, a par da sua confusa redação e destoar da boa técnica legislativa, já que insere promiscuamente regra de direito processual dentro de um projeto de lei de direito material, é inconstitucional porque invade área reservada ao Poder Judiciário de decidir sobre os efeitos da decisão proferida em ação anulatória de cláusula de acordo ou convenção coletiva.

Tentando demonstrar a preocupação com a proibição de cláusulas que contrariem normas de ordem pública, o art. 611-B da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, dispõe *in verbis*:

Art. 611-B. 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 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.

Por fim, a Lei 13.467/2017 alterou substancialmente o art. 620 da CLT, rompendo com o princípio da norma mais favorável, uma vez que as “condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”.

O parágrafo único do novel art. 611-B da CLT é inconstitucional por afastar condições laborais relacionadas à duração do trabalho e intervalos do âmbito do meio ambiente do trabalho saudável (CF, arts. 7º, XXII, 200, VIII e 225), que é composto por normas de proteção à saúde, à higiene e à segurança do trabalho.

Inconvencionalidade e inconveniência do novel Art. 611-A da CLT

Mas não é só isso. O novel art. 611-A da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017 e MP 808/2017, impõe, na verdade, uma espécie de desestatização ou privatização dos direitos humanos, na medida em que afasta o Estado, principal responsável pela promoção da paz e justiça sociais, da complexa e desigual relação entre o Capital e o Trabalho.

O Governo brasileiro descumpre, pois, compromissos internacionais assumidos solenemente.

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, tanto os tradicionais direitos civis e políticos – direitos de liberdade – quanto os direitos sociais dos trabalhadores – direitos de igualdade – passaram à categoria de direitos humanos fundamentais, cujas características são a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relacionalidade.

Isso porque não se pode falar em liberdade sem igualdade, nem em igualdade sem liberdade. Com efeito, a Conferência Internacional de Teerã, em 1968, proclamou, no seu item

13:“Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos, sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, torna-se impossível.”

Igualmente, no item 5º, Parte I, da Declaração e Programa de Ação adotada pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos das Nações Unidas (Viena, 1993), restou afirmado solenemente que: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”.

Do mesmo modo, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York, em 19 de dezembro de 1966, o qual passou a fazer parte do direito positivo brasileiro a partir de 24 de abril de 1992 (aprovação: Decreto-Lei 226, de 12.12.1991; promulgação: Decreto 591, de 06.07.1992), proclamou, em linhas gerais, que os direitos sociais, culturais e econômicos são inerentes à dignidade da pessoa humana e que o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, só pode ser concretizado à medida em que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.

Tirantes esses aspectos gerais, não há negar que a autêntica negociação coletiva pressupõe a satisfação específica de quatro requisitos fundamentais.

Primeiro, é preciso que haja liberdade de negociação.

Ocorre que não há autêntica liberdade sindical no Brasil. O sistema é o da unicidade sindical, que é imposto pelo Poder Público (através de lei), no qual só pode existir um sindicato por categoria numa mesma base territorial (não inferior à área de um Município).

Esse sistema é antidemocrático, pois impede o pluralismo político, social e jurídico na vida sindical brasileira.

O trabalhador não é verdadeiramente livre para se associar ao sindicato de sua preferência. A simples facultatividade de pagar contribuições sindicais, geralmente descontadas em folha de pagamento de salários, não confere liberdade aos trabalhadores, pois estes se encontram em situação de subordinação jurídica e, via de regra, de dependência econômica em relação ao seu empregador.

O Brasil encontra-se na contramão da história, pois é um dos poucos países que ainda não ratificaram a Convenção 87 da OIT – Organização Internacional do Trabalho.

Por ser um modelo imposto, o que se vê, na prática, são assembleias de diretoria e não de categoria. Antes de aprovar a Lei 13.467/2017, o Parlamento deveria ratificar e o Executivo promulgar a Convenção 87 da OIT, pois sem liberdade sindical autêntica não há negociação coletiva digna desse nome.

O segundo requisito decorre do fato de que a negociação livre exige um mínimo de garantia do emprego.

O Brasil é campeão em rotatividade de mão de obra. O FGTS, que é único no mundo, extinguiu a estabilidade do trabalhador brasileiro.

O Parlamento deveria regulamentar o inciso I do art. 7º da CF antes de aprovar a Lei 13.467/2017. Sem garantia do emprego, os empresários vão à mesa de negociação com uma arma poderosa e desigual: a ameaça do desemprego.

A Constituição brasileira (art. 7º, I) consagra o direito à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que ainda se encontra como a Bela Adormecida, esperando o beijo do príncipe para ter vida. Ora, por que não regulamentar esse direito fundamental dos trabalhadores antes de desregulamentar a CLT?

O novel art. 611-A da CLT permite que direitos sociais trabalhistas previstos na CLT ou em outra lei infraconstitucional sejam negociados, ou melhor, renunciados. Ocorre que

a redução geral dos direitos prevista em norma coletiva não impede que o empresário venha, posteriormente, a dispensar os trabalhadores.

E o mais grave: se a entidade sindical profissional recusar-se à negociação, o art. 617, § 1º, da CLT permite que os próprios trabalhadores da empresa possam prosseguir na negociação coletiva.

A Convenção 158 da OIT estabelece a responsabilidade social (função social) da empresa, ao limitar o poder de dispensa imotivada do trabalhador. Vale dizer, esse Tratado Internacional – ratificado e em curto prazo lamentavelmente denunciado pelo Governo brasileiro –, em respeito à dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, exige um motivo técnico, econômico, financeiro ou comportamental do emprego para justificar a sua dispensa.

Terceiro, a redução do custo Brasil não pode comprometer a dignidade do cidadão trabalhador. A realidade está a demonstrar que todos os processos de flexibilização até agora implementados não redundaram na criação de novos postos formais de trabalho, isto é, com carteira de trabalho devidamente anotada. Ao contrário, como é notório, só vem precarizando direitos, contribuindo para a redução da massa salarial e para o aumento da informalidade do mercado de trabalho.

A verdade é que os empregos só são criados, especialmente os formais, com o crescimento da economia, como ficou muito bem demonstrado em períodos anteriores (Carta aberta aos deputados, *Correio Braziliense*, 27.12.2001, subscrita por várias organizações e instituições).

Aliás, a massa salarial dos trabalhadores brasileiros é uma das mais baixas do mundo. O custo não é salarial, e sim dos encargos tributários e previdenciários.

Antes de reduzir direitos trabalhistas, impõe-se a implantação da justiça tributária. É preciso tributar as grandes fortunas,

os grandes oligopólios, como prevê a Constituição Federal (art. 153, VII).

O quarto e último requisito para a implementação da autêntica negociação coletiva concerne à educação.

No Brasil há um elevado contingente de trabalhadores analfabetos ou semianalfabetos, o que deságua no problema da baixa qualificação profissional. Esse dado, por si só, está a revelar que sem os conhecimentos técnicos exigidos pelas novas e complexas relações mercadológicas os trabalhadores certamente ficarão em manifesta desvantagem na mesa de negociação, na medida em que os empresários, como é de conhecimento geral, normalmente contam com assessorias especializadas, inclusive terceirizadas, com profissionais tecnicamente capacitados e preparados para o convencimento dos dirigentes dos sindicatos profissionais.

Coisa diversa ocorre na Europa e nos EUA, onde praticamente não existe analfabetismo. Pelo contrário, geralmente os líderes sindicais são altamente capacitados para discutir em igualdade de condições com a classe empresarial.

Considerações finais

Além das considerações tópicas lançadas ao longo do desenvolvimento, apresentamos pensamos que a Lei 13.467/2017 (e MP 808/2017) tende a beneficiar apenas os empresários, pois as condições ajustadas na negociação coletiva implicarão, em regra, redução ou extinção de direitos trabalhistas.

A CLT, por ser fundada no princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, e em sintonia com os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana do cidadão-trabalhador, constitui obstáculo à implantação da ideologia neoliberal, pois esta exige a retirada do Estado nas relações econômicas e sociais.

Por não existir verdadeira liberdade sindical em nosso sistema jurídico (OIT, Convenção n. 87, não ratificada pelo Brasil), nem garantia no emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7º, I, ainda não regulamentado), não se pode falar em liberdade ou igualdade nas negociações coletivas.

O problema do despreparo técnico dos nossos dirigentes sindicais, fruto do analfabetismo ou da má formação educacional dos trabalhadores brasileiros em geral, também constitui um importante obstáculo à verdadeira negociação coletiva.

A extinção ou redução de direitos trabalhistas que será imposta pela classe economicamente mais forte, agravará o problema da má distribuição de renda e manterá, por consequência, a brutal desigualdade econômica no nosso país, com todos os efeitos perversos que ela traz, como a banalização da violência, a discriminação de toda ordem, a exploração, enfim, o desrespeito generalizado à dignidade da pessoa humana.

Em arremate, pensamos que são inconstitucionais todos incisos II, III, VIII, X, XII e XIII do art. 611-A da CLT, por violarem os princípios da vedação do retrocesso social e da progressividade, e inconvenientes, por violarem Convenções da OIT, em especial a de n. 98.

Já os incisos I, IV, V, VI, VII, IX, XI, XIV e XV do novel art. 611-A da CLT devem ser apreciados concretamente e interpretados conforme a Constituição, a fim de que o intérprete avalie se as regras da convenção ou do acordo coletivo estão em harmonia com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Referências

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DO DANO MORAL

Edilton Meireles¹

Introdução

Novando de forma marcante em nosso ordenamento jurídico, a Lei n. 13.467/17, que implantou a denominada Reforma Trabalhista, inseriu na CLT o novo art. 223-G.

Este dispositivo legal, por sua vez, tratou de introduzir em nosso ordenamento jurídico critérios que devem ser considerados para o arbitramento da indenização por danos imateriais.

No presente artigo, portanto, tratamos de abordar esse, procurando apontar os acertos e desacertos do legislador.

Da avaliação da lesão imaterial

Uma das questões mais controvertidas no direito da responsabilidade civil é a do arbitramento da indenização por danos imateriais (*quantum doloris*). Aqui cabe ao juiz arbitrar o valor da indenização, já que não se tem como objetivamente quantificar o dano a partir dos instrumentos colocados à disposição pela ciência econômica (pelo “mercado”).

1 Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal da Bahia (UFBa). Professor de Direito na Universidade Católica do Salvador (UCSal). Desembargador do Trabalho na Bahia (TRT 5ª Região).

Observem que, na fixação da indenização devida pela lesão um bem material, utilizamos da ciência econômica (leis do mercado) para indicar o seu valor. Ou seja, busca-se, a partir do valor econômico do bem fixado pelas leis do mercado, apontar a respectiva indenização. Se o veículo, no mercado, vale dez mil e alguém o destrói completamente, logo, este deve indenizar a pessoa lesada, no mínimo, pelo valor de mercado do bem destruído. Aqui quem dita o valor é a ciência econômica (leis de mercado). Ou seja, um bem material vale o que vale a partir do que as leis do mercado (economia) ditam.

Mas o “mercado” somente se preocupa em avaliar (“arbitrar”) os bens que estão no comércio jurídico, ou seja, aqueles que podem ser objeto de disponibilidade jurídica e, portanto, de um negócio econômico (vender, trocar, alugar, prestar serviço, etc). O que não for comercializável pouco interessa ao “mercado” e à ciência econômica, em regra. Logo, não são avaliados pela ciência econômica.

A inexistência dessa avaliação (“arbitramento”) pelo “mercado”, no entanto, não faz concluir que os bens fora do comércio jurídico não tenham valor ou que não possam ser avaliados pecuniariamente. A honra não é avaliada pelo “mercado”, até porque ela não é negociável, mas ela tem um valor. O que se tem, em verdade, neste caso, é a falta de uma “avaliação” pelo “mercado”. Logo, na ausência desse elemento (valor econômico) que deveria, a princípio, ser dado pela ciência econômica, cabe ao jurista proceder na avaliação do bem lesionado. Ao invés de buscar no “mercado” o preço da mercadoria, cabe ao próprio jurista apontar esse valor. Pode-se até afirmar que, neste caso, ao invés de ser arbitrada pelo “mercado”, a indenização é arbitrada pelo juiz.

No caso, porém, de dano ao patrimônio imaterial individual a reparação somente ocorre pelo equivalente pecuniário do bem lesionado. Como ele não pode ser reconstituído

(consertado, reparado, trocado por outro de mesma qualidade, etc), indeniza-se pelo equivalente pecuniário.

Contudo, ainda que seja fixado por arbitramento do juiz, a este cabe levar em consideração alguns fatores na fixação do valor da indenização por danos imateriais, tal como, naturalmente, o “mercado” faz em relação aos bens negociáveis. Observe-se que aqui o juiz estará numa posição equivalente ao de qualquer avaliador de coisas (corretor de imóvel, corretor de veículo, etc) que busca apontar o valor de mercado de determinado bem (do preço ordinário da coisa). Ao juiz, assim, cabe avaliar o valor do bem imaterial e apontar a quantia equivalente à lesão, de modo que o patrimônio possa ser recomposto pelo seu equivalente pecuniário. Da mesma forma que, diante do incêndio de um quadro de Picasso, valemo-nos do preço ditado pelo “mercado” para avaliar o valor ordinário do bem perdido (parágrafo único do art. 952 do CC) de modo a fixar a indenização (pagamento do equivalente pecuniário à perda), ao juiz compete arbitrar, a partir de elementos objetivos, o valor do bem imaterial ofendido e fixar a quantia correspondente à lesão (à sua diminuição).

Neste trilhar, a doutrina sempre defendeu que o juiz cabe considerar alguns critérios objetivos que contém em si certa dosagem de subjetividade (v.g., intensidade do sofrimento) e outros mais objetivos (v.g., nível cultural do ofensor).

O legislador reformista trabalhista, no entanto, tentando dar acabar com essa celeuma doutrinária acabou por indicar os critérios que devem ser considerados pelo juiz em seu processo de avaliação.

Dos critérios da CLT

O art. 223-G da CLT, dispõe que cabe ao juiz, ao apreciar o pedido de condenação em indenização por danos morais, considerar: “1 – a natureza do bem jurídico tutelado;

II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III – a possibilidade de superação física ou psicológica; IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII – o grau de dolo ou culpa; VIII – a ocorrência de retratação espontânea; IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI – a situação social e econômica das partes envolvidas; XII – o grau de publicidade da ofensa”.

Todos esses fatores merecem reflexões, o que se fará adiante. Vale destacar, porém, que o legislador não afirmou que o juiz cabe considerar todos esses fatores como critérios para fixação da indenização. Ali dispôs, na realidade, que na apreciação do pedido pertinente o juiz deve considerar os mencionados critérios, circunstâncias ou fatores.

I – a natureza do bem jurídico tutelado

Inicialmente, por certo que na avaliação do patrimônio imaterial lesado o juiz deve ter em conta a natureza do próprio bem jurídico imaterial tutelado. Eles são de diversas matrizes. Podem ser, por exemplo, o direito à honra, o direito à igualdade, à liberdade religiosa, à integridade física em seu reflexo imaterial, a honra, etc.

E é certo que alguns desses bens alcançam maior valor que outros. Por exemplo, em tese, a ofensa ao direito à igualdade (não discriminação) é mais grave do que a lesão causada pela negativação do nome da pessoa no cadastro de devedores. Tudo em tese, por óbvio.

Aqui o legislador teve em mente a natureza do bem jurídico em si lesado como fator a ser considerado para avaliação do mesmo.

II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação

O segundo critério apontado pela CLT também está relacionado diretamente com o dano em si. Isso porque o legislador menciona a intensidade do sofrimento ou da humilhação enquanto fator de aferição da extensão do dano.

Aqui o legislador não teve em mente o bem jurídico em si lesionado (honra, igualdade, etc), mas, sim, a sua consequência no sentimento ou ânimo da pessoa. A rigor, a hipótese é de o juiz considerar a intensidade do desconforto ao bem-estar da pessoa, já que da lesão ao bem imaterial nem sempre se pode afirmar que a pessoa passou por um sofrimento ou que foi humilhado. Ao certo, porém, sempre há um certo desconforto ou sensação negativa.

E aqui vale a distinção. A lesão moral está relacionada aos sentimentos da pessoa, suas afeições, crenças, pensamentos, honra, valores, reputação, pudor, tranquilidade, amor-próprio, integridade de sua inteligência, liberdade, vida, nome, consciência, etc². Não que com eles se confundam. A lesão moral em si gera uma infelicidade ou um não prazer, atingindo o sentimento da pessoa (seu bem-estar). Essa lesão, por outro lado, de um modo geral, revela-se pelas naturais sensações ou emoções próprias da pessoa humana, a exemplo de dor, vexame, humilhação, angústia, constrangimentos, vergonha, espanto, desgosto, aflição, injúria ou outras emoções desagradáveis ou dolorosas que são razoavelmente legítimas de se ter diante de danos injustos.

2 SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile em droit français civil, administratif, professionnel, procedural**. 2. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951, p. 92; RUGGIERO, Roberto de. .. Trad. Paolo Capitanio. 2 ed. V. 3. Campinas: Bookseller, 2005, p. 598; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. **Tratado teórico e práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. T. II, v. II. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires: Europa-América, 1977, p. 426-427; LALOU, Henri. **La responsabilité civile. Principes élémentaires et applications pratiques**. 2 ed. Paris: Dalloz, 1932, p. 81-82.

Frise-se, porém, que, ainda que não se revelem exteriormente tais sentimentos, esse fato não implica em concluir que a lesão não se concretizou. Isso porque as pessoas podem ser tímidas ou reservadas o suficiente a ponto de não exteriorizar o desconforto ou atingimento do seu bem-estar. Isso tudo sem esquecer que, em determinadas situações, as pessoas, por diversos motivos, procuram esconder ou fingir o não-desconforto, seja para obtenção de uma vantagem, seja para reconfortar outras pessoas, etc.

Acrescente-se, ainda, que a lesão moral não é a sensação ou emoção revelada em si. Ou seja, a dor, o constrangimento, a vergonha, a humilhação, a angústia, etc., são sensações ou emoções que revelam a lesão ao íntimo da pessoa, constituída em sua personalidade, mas que com esta não se confunde. “Eventuais mudanças no estado de alma do lesado decorrentes do dano moral, portanto, não constituem o próprio dano, mas eventuais efeitos ou resultados do dano”³. Mas, ainda que o dano moral não se revele de forma exterior por essas sensações ou emoções, dada a personalidade mais ou menos reservada da pessoa ou diante de sua incapacidade, ainda assim se poderá estar diante da lesão imaterial deduzível pelas naturais emoções desagradáveis ou dolorosas que são razoavelmente legítimas de surgirem diante de danos injustos e que não são reparáveis materialmente.

A intensidade deste desconforto, portanto, deve ser considerado pelo juiz. Desconforto entendido como os sentimentos ou emoções desagradáveis ou dolorosas que são razoavelmente legítimas de se ter diante de danos injustos.

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.245.550-MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 17 mar. 2015. Brasília. Diário da Justiça. 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1390560&num_registro=201100391454&data=20150416&formato=PDF. Acesso em: 07 dez 2017.

III – a possibilidade de superação física ou psicológica

O terceiro critério apontado pelo legislador é a possibilidade de superação física ou psicológica em relação à lesão ao bem jurídico imaterial tutelado. Aqui, inicialmente, cabe fazer uma distinção. É que não se pode confundir o dano imaterial com o dano à saúde psicológica da pessoa ou mesmo à saúde psiquiátrica.

Geralmente associamos ao termo psíquico três fenômenos que não se confundem. O primeiro deles é a lesão de natureza cognitiva-neurológica, de ordem psiquiátrica. Aqui há dano à saúde corpórea-mental da pessoa.

O segundo fenômeno é o dano à saúde psicológica da pessoa, que ocorre quando, em face da conduta de outrem, o indivíduo passa a ser portador de algum distúrbio, transtorno, perturbação ou disfunção de ordem comportamental (que se revelam mediante neuroses, traumas, fobias, etc.). Diga-se, ainda, que todas essas lesões à saúde mental (psíquicas e psicológicas) estão listadas como doenças ou problemas relacionados à saúde humana⁴.

Com esses dois fenômenos – que atingem a saúde da pessoa – não se confunde a lesão às sensações ou sentimentos do indivíduo. Aqui há agressão ao bem-estar (sentir-se bem), ao conforto, à tranquilidade e paz interna da pessoa, tirando-lhe da situação agradável para algo desconfortável, doloroso. Nas duas primeiras hipóteses, as lesões são tratáveis mediante uso de medicação ou acompanhamento psiquiátrico ou psicológico. O dano ao bem-estar, no entanto, não é tratado com uso de remédios ou acompanhamento profissional. Quando muito, uma conversa ou uma distração (lazer) pode fazer com

4 Cf. Organização Mundial de Saúde. Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde. Disponível em: <http://www.bulas.med.br/cid-10/>. Acesso em: 24 set. 2017.

que a pessoa se recupere da sensação desagradável gerada pela ofensa ao sentimento. Não se cuida, porém, de um tratamento profissional.

Daí porque é preferível definir que o dano imaterial é um prejuízo imposto à qualidade de vida da pessoa (ao seu bem-estar), decorrente das mais variadas causas, inserindo-se neste conceito aberto toda e qualquer lesão, desde a dignidade da pessoa à sua qualidade de vida propriamente dita. O bem-estar da pessoa, portanto, é o marco definidor da lesão imaterial. Se ele é atingido, estar-se-á diante da lesão imaterial. E ele (bem-estar) é atingido justamente quando alguém viola o direito da pessoa, pois ao certo, diante do desrespeito ao direito alheio, este tem o conforto e sentimento de bem-estar alterado indevidamente. Bem-estar aqui entendido em seu mais amplo significado, abrangendo todas as situações nas quais a pessoa deixa de usufruir dos seus bens dado o comportamento violador do direito por parte de outrem. Basta a perturbação “na tranquilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa”⁵.

Idêntica ressalva deve ser feita em relação a superação física. Isso porque o dano moral não atinge a integridade física da pessoa.

Na realidade, o que se extrai deste dispositivo é que o legislador teve em mente a possibilidade de superação do dano de ordem material causado ao ofendido (lesão física ou psicológica) como elemento a ser considerado para avaliação do dano moral também sofrido em face daquelas outras lesões.

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 608.918. Rel. Min. José Delgado. J. 20 maio 2004. Brasília. Diário de Justiça. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=475376&num_registro=200302071291&data=20040621&formato=PDF>. Acesso em: 21 fev. 2018.

E aqui é preciso ter em mente que, a princípio, uma lesão à integridade física da pessoa por certo lhe gera também dano moral. Este, entretanto, neste caso, é mera consequência daquele outro. Ou seja, dada a lesão à integridade física (dano material), gera-se o dano imaterial. Diversa, portanto, da situação na qual o ofensor lesa diretamente o bem jurídico imaterial (a honra, por exemplo), sem antes ou ao mesmo tempo ofender qualquer bem de ordem material.

Assim é que o legislador, nestas hipóteses de lesão à integridade física ou à saúde psicológica, tenha em vista a possibilidade de superação dos referidos danos como medida avaliadora do dano moral deles decorrentes.

Esse critério, por sua vez, é bastante relevante para avaliação do dano existencial. Isso porque, em geral, quando diante de situações nas quais a pessoa não supera a lesão física ou psicológica, estar-se diante da ocorrência de lesão ao projeto de vida da pessoa, de sua vida em relação.

IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão

O quarto critério utilizado pelo legislador é o do reflexo pessoal ou social da ação ou omissão do ofensor.

Enquanto pelo critério anterior o legislador teve em mente o dano moral como consequência de uma lesão à saúde, neste outro levou em consideração os reflexos (as consequências) que decorrem da lesão moral em si. Ali a lesão moral é a consequência de dano a outro bem (à saúde); aqui, a lesão moral é fato gerador de outras consequências que, por suas vezes, podem potencializar a ofensa moral.

Aqui, então, o juiz deve busca verificar se do ato do ofensor se gerou, além do dano moral em si, outras consequências que podem potencializar a ofensa em sua extensão.

Em exemplo que pode ser dano se refere à violação à honra de outrem com reflexos na vida social da pessoa. O dano

à honra, por exemplo, pode se limitar ao mero desconforto da pessoa com a ofensa que lhe foi assacada, como pode repercutir no bom nome (boa fama) do indivíduo, causando-lhe dessabor em proporção superior.

Caberá, assim, o juiz levar em consideração esses reflexos pessoais e sociais para arbitramento da indenização.

V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa

Outro fator importante para a fixação da indenização devida se refere a extensão e duração dos efeitos da ofensa. Isso porque a lesão moral tanto pode ser superada de forma imediata (ser passageira), como pode perdurar por um tempo razoável ou mesmo de forma indefinida.

Vejam o exemplo da lesão à saúde. O desconforto (ou sofrimento) decorrente da lesão biológica pode ser facilmente superado, como pode se perpetuar no tempo. Quando essa lesão se perpetua, de um modo geral, pode-se estar diante de um dano moral existencial, já que ela tende a prejudicar os projetos de vida da pessoa ou sua vida em relação. Isso ocorre diante de grave lesões sem recuperação (paraplegia, etc).

As ofensas mais passageiras ou que se projetam por um determinado tempo, ainda que indeterminado, no entanto, geram o denominado dano moral.

Numa e noutra situação, no entanto, o juiz, ao arbitrar o valor do dano moral ou do dano existencial deverá ter em conta essa extensão e duração dos efeitos da ofensa imaterial.

Vale frisar que extensão não se confunde com duração. Acima nos referimos à duração, isto é, ao dano que se projetam no tempo prorrogando o desconforto do ofendido.

Já por extensão se deve ter a largueza, cumprimento, quantidade, da lesão. Ou seja, busca-se reparar o dano em toda a sua extensão.

VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral

Outros fatores a serem considerados, por óbvio, são as condições sobre as quais ocorreram a ofensa moral. Aqui o legislador estabeleceu que o juiz não pode se furtrar, no processo de avaliar a extensão da lesão, de observar as circunstâncias e condições nas quais eram ocorreram.

Assim, por exemplo, ao juiz cabe avaliar a lesão moral tendo em conta que ela pode ter sido decorrente de ato motivado por violenta emoção, como ela pode ter sido de ato gracioso.

Tomando-se por base as circunstâncias agravantes, previstas no art. 61, inciso II, do Código Penal, para a fixação da penal criminal, seriam fatores que podem ser considerados pelo juiz na fixação da indenização por danos morais, quando os atos são praticados a) por motivo fútil ou torpe; b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro ilícito; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido; d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum; e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge; f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher; g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão; h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida; i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade; j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido; l) em estado de embriaguez preordenada.

VII – o grau de dolo ou culpa;

A CLT também menciona o grau do dolo ou da culpa. Grau de dolo é novidade legislativa. Isso porque nosso legislador, de

um modo geral, nunca distinguiu o grau do ato doloso para fins de avaliação do dano causado a outrem.

Já quanto a culpa, o legislador civil faz referência a seus graus para fins de fixação do dano material (parágrafo único do art. 944 do CC).

Quanto à gravidade, a culpa pode ser grave (ou lata), leve ou levíssima. Importante é essa classificação, já que o Código Civil, em seu art. 944, parágrafo único, permite ao juiz reduzir, “equitativamente, a indenização” quando houver “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano” e o legislador trabalhista a teve como fator a ser considerado para arbitramento do dano moral.

Tem-se entendido que a pessoa age com culpa grave quando a ofensa resulta de ato culposo crasso (aberrante, banal, por descuido infantil). Exemplo de culpa crassa se tem quando alguém conduz veículo em alta velocidade em ruas estreitas, ou o médico que opera embriagado. A culpa grave revela-se, assim, pela conduta grosseira, diante da incapacidade de a pessoa perceber o que um homem médio perceberia facilmente.

Culpa leve, por sua vez, existirá quando a conduta do sujeito se desenvolve sem a atenção que normalmente era devida, desde que não seja decorrente de culpa crassa.

Já a culpa levíssima estará presente quando o dano ou fato somente poderia ser evitado mediante a adoção de cautelas excessivas ou extraordinárias ou só evitáveis com conhecimentos ou habilidades singulares.

Na apuração da gravidade, porém, não se pode perder de vista as características psicofísicas do agente causador do dano. Isso, porque, conquanto se possa falar em grau de culpa de acordo com a conduta que se espera do homem médio, é fato que, em diversas situações, estar-se diante de pessoas que fogem a este padrão médio.

Assim é que, quando diante de uma conduta geradora de dano levado a cabo culposamente por uma pessoa considerada débil, essa característica há de ser considerada para conclusão do grau de culpa. É o caso do dano gerado pelo menor, imaturo ou sem experiência. O mesmo se diga do dano causado pelo portador de uma deficiência, quando a ausência da capacidade física tenha sido fato relevante para a geração do dano.

O mesmo se diga quando diante de dano causado por pessoa dotada de alguma característica que lhe assegure uma superioridade em relação ao homem médio. É o caso do dano causado por pessoa com superioridade atlética (que agride outrem com um forte murro, causando lesão grave); a conduta negligente, imprudente ou imperita adotada por profissional especializado; a conduta culposa de pessoa como grande experiência em relação aos atos/fatos geradores do dano, etc.

Também há de ser considerado, v.g., o fato de a vítima estar sob guarda ou cuidados do agente causador do dano (ex.: filho em relação ao pai) ou este último deter uma superioridade hierárquica sobre o lesionado (empregador sobre empregado). E, em relação a esta última relação, não se pode perder de vista que o empregado se sujeita a realizar serviços por ordem e no local de trabalho indicado pelo empregador. Logo, o empregador há de adotar maiores cautelas e cuidados tanto em relação aos serviços que exige serem executados, como em relação à segurança do local de trabalho.

Por fim, vale ressaltar que, para efeito da incidência da regra do parágrafo único do art. 944 do CC, o juiz não pode levar em conta a conduta dolosa para efeito de arbitramento do dano material. Isso porque, neste caso, ao invés das condutas culposas, há a intenção do agente em causar o dano. Logo, sua conduta já nasce ilícita e de elevada gravidade.

Contudo, ao que parece, na área trabalhista, o juiz há de considerar esse grau de dolo do ofensor. Difícil, porém, é

apontar esse grau de dolo, já que em todas as situações o agente quis causa a ofensa.

É bem verdade, no entanto, que se pode distinguir a situação na qual o ofensor quis e alcançou o resultado querido (dolo direito ou determinado) ou quis um resultado, mas obteve outro, assumindo o risco de alcançá-lo, ainda que não querido (dolo eventual). Nesta segunda hipótese se pode pensar em grau de dolo menos elevado, pois o resultado obtido não era o querido, apesar de o ofensor ter assumido o risco de alcançá-lo.

VIII – a ocorrência de retratação espontânea

Outro fator a ser considerado é a retratação espontânea por parte do ofensor. Aqui o legislador teve em mente a conduta do ofensor em tentar mitigar o dano. Por óbvio, que esse critério somente se adequa às situações nas quais pode decorrer danos à honra e boa-fama da pessoa lesada.

A retratação espontânea, por sua vez, mitiga os efeitos do dano em seus reflexos pessoais e sociais, à medida que busca desmentir a ofensa lançada contra a vítima pelo próprio ofensor. Mitiga, ainda, em relação à própria vítima o dano, já que este obtém por parte do ofensor a retratação ou desmentido da ofensa.

IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa

Critério semelhante ao anterior é o do esforço efetivo do ofensor para mitigar a lesão causa a outrem. No caso de danos à honra e boa-fama da pessoa, ao certo a retratação espontânea se revela como esforço efetivo para minimizar a ofensa.

Contudo, nesta e noutras situações, o ofensor pode adotar outras condutas para minimizar a ofensa moral. No caso da ofensa à honra, por exemplo, o ofensor pode, não só se retratar espontaneamente, como, ainda, publicar o desmentido em redes sociais, periódicos, etc.

O socorro à vítima, por outro lado, constitui um efetivo esforço para mitigar a ofensa, já que esta pode se elevar quando demorado o atendimento reparatório.

X - o perdão, tácito ou expresso

O legislador menciona, ainda, que ao juiz cabe considerar, quando da apreciação do pedido de pagamento da indenização por danos morais, o perdão, seja ele tácito ou expresso.

Observe-se, de logo, aqui, que este não é um fator a ser considerando pelo juiz para a fixação da indenização por danos morais, mas, sim, um fator de rejeição do pedido de pagamento desta prestação. Isso porque perdão põe fim à obrigação, já que se trata de uma remissão da dívida (art. 385 do CC).

No caso, o ato de perdão gera efeito de extinguir a obrigação, daí porque, diante deste fato extintivo, descabe arbitrar qualquer indenização a título de danos morais.

Neste ponto, cabe aplicar as regras dos arts. 385 e 388 do CC, aplicáveis à espécie. Assim é que a remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro. Já “a remissão concedida a um dos co-devedores extingue a dívida na parte a ele correspondente” (art. 388, CC), de modo que, ainda que reservado pelo o credor a solidariedade contra os outros, ela não poderá cobrar o débito sem dedução da parte remitida.

A CLT fala em perdão tácito ou expresso. O CC, por sua vez, fala em remissão aceita pelo devedor. Quando diante do perdão expresso, é certo e fácil se visualizar a aceitação por parte do devedor. Já no perdão tácito, por não haver uma conduta expressa ou verbal do ofendido, dificilmente se estará diante de uma situação na qual o devedor da obrigação aceita a remissão da dívida indenizatória.

De qualquer modo, a CLT fala em perdão tácito e expresso.

Perdão expresso, para os fins da CLT, neste ponto, é a manifestação de vontade efetuada de forma escrita ou verbal, através da qual o credor perdoa a dívida do devedor. Já perdão tácito é manifestação da vontade (ação; comportamento) que não se revela de modo expressa, mas que pode ser perceptível (apreendida; percebida, que se revela) de modo implícito. A partir da conduta tácita, omissa ou comissiva, do credor, portanto, ter-se-ia a manifestação de sua vontade.

Um comportamento tácito revelador do perdão, por exemplo, pode ser aquele no qual uma pessoa se reconcilia com um amigo que lhe causou uma ofensa moral. A reconciliação, a depender das circunstâncias, pode ser revelador do perdão da ofensa.

Na relação de emprego, todavia, esse perdão tácito é de difícil configuração quando o credor da indenização é o trabalhador estando o contrato de emprego em execução. Isso porque, o trabalhador, enquanto empregado, é obrigado a continuar a se relacionar com o eventual empregador ofensor ou mesmo com o colega de trabalho agressor. Daí porque não se poder concluir que seu comportamento em continuar a se relacionar com o ofensor seja uma circunstância reveladora do perdão tácito.

Óbvio, porém, que, em tese, esse perdão tácito pode ocorrer. Pode-se citar o exemplo do empregado que, ainda que ofendido pelo colega de trabalho que não está em posição hierárquica superior, continua a manter um relacionamento social com este, inclusive em eventos, momentos e locais extralaborais. Se o colega ofensor estiver em posição hierárquica superior ou mesmo se o ofensor for o empregador, dificilmente da conduta do empregado, mesmo que fora do ambiente de trabalho, poder-se-á concluir que se está diante do perdão tácito.

É certo, ainda, que o passar do tempo, sem que o ofendido não demande judicialmente a reparação, não pode ser

considerado como um comportamento que revela o perdão tácito, desde que não prescrita a pretensão, já que ao lesado é assegurado um determinado prazo para poder ajuizar sua ação. E o não exercício do direito de ação antes de encerrado esse prazo prescricional não pode ser tido como elemento revelador do perdão tácito.

O transcurso desse prazo, porém, pode até ser considerado como ato revelador do perdão tácito, desde que aliado a outros fatores, já que, mesmo diante da prescrição, mantém-se a obrigação natural. Logo, ainda que não demande judicialmente, o credor pode não ter perdoado a dívida indenizatória.

Já em relação aos danos morais causados pelo trabalhador o perdão tácito à mais fácil de se reconhecer. Basta citar a situação na qual o empregador, diante da ofensa sofrida, tendo o empregado como ofensor, não adota qualquer medida sancionatória contra este, considerando que, ao certo, este terá adotado uma conduta considerada como de justa causa. E a não aplicação de qualquer sanção, neste caso, revela o perdão tácito da falta da dívida indenizatória, salvo circunstâncias que revelam o contrário.

XI – a situação social e econômica das partes envolvidas

Outros critérios a serem considerados pelo juiz para arbitramento da indenização por danos morais são as situações sociais e econômicas do ofendido e do ofensor.

Por partes.

Quando se fala em situação social da pessoa se quer se referir ao status social e profissional da pessoa. Isto é, se quer se referir ao estado civil da pessoa (sexo, casado ou solteiro, etc), à sua idade, ao tempo de vida provável, sua educação, nível cultural, ocupação ou ofício, especificidade ou especialidade de seu trabalho, se possui filhos ou não, posição política da vítima,

etc. Ou seja, tudo que relacionada à situação pessoal, familiar, profissional e política da pessoa.

Pode-se, em tese (tudo em tese, sem se ater a outras circunstâncias), por exemplo, afirmar que o assédio sexual a uma mulher menor de idade se revela mais gravoso do que a uma mulher solteira com mais de vinte anos; o assédio sexual a uma mulher capaz e solteira, por sua vez, revela-se, em tese, menos gravoso do que aquele praticado contra uma mulher casada.

Em tese, ainda, a morte do pai na idade de 90 anos, tendo o filho 70 anos, por outro lado, é menos gravoso para o descendente do que na hipótese no qual este possui 15 anos e seu genitor 35 anos de idade.

Uma ofensa moral a pessoa que deve manter uma conduta ilibada (magistrados, promotores, etc) por certo se revela mais extensa do que aquela assacada contra uma pessoa condenada reincidentemente por crimes de furto ou roubo. Ou seja, são diversos fatores de ordem social que interferem e devem ser considerados na avaliação do dano moral.

O legislador, porém, faz referência à situação social “das partes envolvidas”, a se referir ao ofensor e ofendido. Aqui, porém, cabe uma ressalva. É que, sem dúvida, na aferição da lesão moral, o juiz deve se ater as condições sociais do ofendido, já que eles afetam, de fato, a extensão da lesão. Contudo, as condições sociais do ofensor, data venia, não podem ser considerados como fatores para aferição da indenização. Isso porque a condição social do ofensor em nada interfere na extensão do dano.

O que se deve considerar, em verdade, é a condição pessoal do lesionado e não do ofensor. Quando muito, tais aspectos podem ser considerados para a avaliação do grau de culpa do ofensor. Isso porque, quanto maior o nível cultural da pessoa, mais se esperar dela a adoção de determinadas cautelas no seu agir.

Na realidade, quando muito, todas essas condições sociais podem ser consideradas como fatores para avaliação do grau de culpa. É o caso, por exemplo, de considerar grave a conduta do pai que assedia sexualmente a filha, sendo a condição social de genitor fator para apuração do grau de culpa do ofensor. Da mesma forma que a idade adolescente do ofensor deve ser considerada como fator de apuração do grau de culpa do assediador.

A condição social do ofensor, assim, interfere no grau de culpa. De uma pessoa pouco letrada, por exemplo, pode-se extrair a culpa leve ou levíssima na conduta ofensora; já da pessoa de elevada educação se pode concluir de forma contrária.

Assim, cabe dar interpretação de modo a se ter como critério aferidor da indenização por danos morais apenas as condições sociais do ofendido.

O inciso XI do art. 223-G da CLT também menciona as condições econômicas das partes como critério aferido da indenização por danos morais.

Parece-me haver outro equívoco dos doutrinadores e do legislador neste ponto. Entendemos que esse fator deva ser desprezado. Isso porque a reparação do dano causado ao patrimônio alheio, ainda que imaterial, não pode ficar condicionada a maior ou menor riqueza do ofensor ou mesmo do ofendido. Aqui o que se quer é reparar o bem lesionado, recompondo-o ao seu status anterior, ainda que se utilizando da técnica jurídica de reconstituir o patrimônio pelo seu equivalente pecuniário. Logo, pouco importa se o ofensor é rico ou pobre. O que importa é o valor do dano sofrido na perspectiva do ofendido. Não se pode querer medir a lesão de um de acordo com a riqueza do outro ou a extensão do dano de acordo com a maior ou menor riqueza da vítima (sua condição econômica).

Assim, quando muito, apenas para efeito de indenização por danos morais coletivos é que se poderá levar em consideração a condição econômica do ofensor⁶.

XII – o grau de publicidade da ofensa.

Por fim, o legislador apontou como critério para aferição da indenização o grau de publicidade da ofensa.

Esse fator é relevante na medida em que aponta a extensão do dano quanto ao sentimento da vítima, que, por óbvio, a princípio, tem maior desconforto ou sofrimento quando sua ofensa alcança maior conhecimento público. Seu sentimento de humilhação, etc, eleva-se diante da maior publicidade, presumindo-se a mitigação quando menor o conhecimento público.

É certo, porém, que a ausência de publicidade ou de conhecimento por parte de terceiro, por certo, não exclui a lesão. O dano moral, na realidade, decorre do ato ofensor em si, não tendo relevância a publicidade para configuração do ato ilícito. A publicidade, no entanto, pode interferir na extensão do dano.

Do processo avaliatório

Definidos os critérios para avaliação do dano moral, caberá ao juiz considerar todos eles, no que for pertinente ao caso em julgamento, para efeito de arbitramento da indenização.

E a partir dos referidos critérios caberá ao juiz tentar, a partir de um padrão médio, estabelecer o perfil da personalidade íntima do lesionado de modo que se possa arbitrar a extensão da lesão, de forma menos subjetiva quanto possível. Procura-se a partir desses parâmetros “construir” a personalidade da vítima de modo que se possa apurar o sentimento íntimo violado.

6 MEIRELES, Edilton, **Responsabilidade civil no acidente de trabalho**. Questões processuais e materiais. Salvador:JusPodivm, 2016, p.97-104.

Ressalte-se, porém, que, nesta investigação e arbitramento, por certo, estaremos atuando sempre num amplo campo do subjetivismo. Subjetivismo este, no entanto, que não se tem como fugir neste caso, pois inerente à hipótese.

Diga-se, ainda, que ao juiz também cabe considerar a natureza do dano em relação aos valores morais da sociedade, em dado momento histórico, verificando sua intensidade, duração e repetição.

Da mesma forma, em relação ao ofendido em si, cabe considerar sua personalidade e seu sistema de valores, o que significa para ele a ofensa moral, a repercussão, a capacidade de se defender, de superar a ofensa (perante si e a comunidade), o significado vivencial, em sua correspondência afetiva com a lesão e a repercussão sobre sua vida (projeto, saúde, relações sociais, etc).

Observem que todos os elementos acima mencionados servem como parâmetros para, de modo razoavelmente objetivo, fixar o valor do bem imaterial ofendido. Assim como o corretor deve considerar a localização do imóvel, seu tamanho, suas benfeitorias, quantidade de cômodos, banheiros, valor arquitetônico, histórico, etc, para fixar o valor da coisa, ao juiz, diante do patrimônio imaterial, deve se valer dos elementos pertinentes que servem de instrumento para avaliação do bem imaterial.

Há doutrinadores, a exemplo de Sílvio de Salvo Venosa, que sustentam que, no arbitramento, “não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de nenhuma ou pouca sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino”⁷.

7 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. v. 4. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 49.

Contudo, assim, não entendemos. Isso porque o que se busca reparar é o dano causado à determinada pessoa. Logo, em relação a ela, com todas as suas características, peculiaridades, personalidade, etc, é que se deve aferir (arbitrar) o patrimônio lesionado. Óbvio, por exemplo, que, a princípio, publicar uma foto íntima de uma pessoa que posa nua causa uma lesão imaterial menor do que tornar pública uma fotografia de igual natureza de uma pessoa senhora casada, reservada, sensível e arredo à publicidade. Ao juiz, portanto, caberá avaliar a personalidade de cada um de modo a chegar ao valor do patrimônio lesionado o mais próximo possível.

Isso tudo porque é sabido que a reação e a sensação diante de uma ofensa imaterial variam em função de numerosos fatores que constitui a psique da pessoa. Daí porque, por se tratar de uma questão relacionada ao subjetivo de cada indivíduo, as dificuldades se avolumam para sua quantificação.

É certo, por exemplo, que a idade é um fator que condiciona consideravelmente a adaptação da pessoa aos efeitos lesivos e suas consequências quando diante de uma lesão corporal, potencializando ou não os reflexos danosos de natureza moral. Por exemplo, a adaptação ao ambiente hospitalar é mais difícil para um jovem do que para uma pessoa em idade avançada.

Óbvio que a maior ou menor maturidade da pessoa, a vivência em ambiente hostil, a incerteza do que pode suceder e a separação eventual do convívio familiar, por exemplo, determinam uma maior dificuldade para enfrentar as situações surgidas a partir da lesão com reflexos na esfera moral.

Da mesma forma, por certo que a personalidade da pessoa deve ser considerada, já que existem pessoas especialmente emotivas, de alta sensibilidade e que apresentam uma frágil capacidade de readaptação, sofrendo, assim, com maior intensidade. É o caso, portanto, do juiz considerar esse fator (personalidade), estando essa característica comprovada mediante prova produzida nos autos.

Importante destacar, ainda, que, na liquidação do dano moral quando este decorre de lesões corporais, é óbvio que as características da lesão ganham forte importância. Graves sofrimentos físicos, prolongada estadia no hospital, adoção de tratamento de longa duração, por certo potencializam a lesão moral. O mesmo se diga das deformações permanentes, incapacidade laboral, incapacidade de realizar atividades esportivas, de lazer, etc, que interferem na avaliação do dano.

Em suma, são diversos fatores de ordem individual do lesionado que refletem na quantificação da indenização.

Outrossim, é preciso, na hipótese de dano corporal, levar em consideração a intensidade da angústia e ansiedade, de acordo com as circunstâncias, inerentes à lesão, especialmente quando necessária a realização de cirurgias (com a consciência de seus riscos), afastamento do convívio familiar e profissional, etc.

A doutrina, ainda, menciona o “*damnum sexuelle*”, que deriva da seqüela decorrente da perda ou diminuição da função sexual ou da capacidade reprodutiva. Busca-se reparar a perda ou diminuição da capacidade de manter relações sexuais ou de procriar.

Também deve ser considerado, a depender do caso, o “*pretium juventutis*” ou “*préjudice juvenile*” (prejuízo juvenil), ou seja, o dano causado à criança ou a um adolescente que, devido à lesão que sofre, fica privado de participar de brincadeiras ou divertimentos próprios da infância ou juventude. A doutrina francesa também menciona o “*préjudice scolaire*” que seria o prejuízo sofrido em face da impossibilidade de poder frequentar regularmente a escola em decorrência da lesão sofrida. Não se pode esquecer, ainda, do dano à paternidade, qual seja, aquele gerado pela perda da possibilidade da criança ou adolescente de se relacionar (ser educado, brincar, jogar, ir ao cinema, etc) com seus pais e vice-versa.

Certo, ainda, que, em casos de lesões corporais, deve ser levado em consideração o sofrimento psíquico implicado com

a lesão (*quantum doloris*). Reparar o prejuízo da afirmação pessoal, diante da impossibilidade ou maior dificuldade na realização das atividades que satisfazem a pessoa.

É sabido que no comum das pessoas com lesão orgânica, em regra, ela é acompanhada de certa tristeza, desconforto, infelicidade, pessimismo para com a vida que acabam afetando a vida relacional (familiar, social e de lazer). Nestes casos, cabe considerar o sofrimento desde o momento da lesão até sua cura ou, ainda, envolvendo o sofrimento suportado após a consolidação da sequela, especialmente quando presente as dores físicas crônicas, a incapacidade resultante da ofensa e os próprios sofrimentos gerados do esforço da vítima para que possa continuar a realizar as atividades que antes desenvolvia de forma natural.

Assim, no seu mister de quantificar a indenização por dano imaterial, inclusive em sua feição existencial, caberá ao juiz considerar as atividades da vida do ofendido que foram afetadas, atendo-se a relevância das respectivas atividades, o grau de comprometimento da lesão e o tempo em que perdurar o prejuízo.

É de ressaltar, porém, que todo o agir do juiz restará prejudicado se a parte não se preocupar em argumentar a seu favor a partir dos critérios aos quais o juiz deve considerar, bem como se não demonstrar nos autos a existência dos mesmos, indicando os mencionados elementos (por exemplo: idade da vítima, estado civil, escolaridade, etc).

Conclusões

Sinteticamente podemos concluir que o legislador reformista trabalhista andou bem quando pretendeu dar maior segurança jurídica ao apontar quais são os fatores que devem ser considerados pelo juiz trabalhista quando da apreciação do pedido de pagamento de indenização de danos morais.

Contudo, o legislador, em alguns pontos, incorreu em equívocos, ao considerar fatores que não estão relacionados propriamente à aferição da extensão do dano moral.

Pode-se, por fim, concluir que grande parte da tarefa avaliativa recai sobre a parte credora, já que a ela compete comprovar nos autos do processo judicial a presença dos elementos que podem e devem ser considerados pelo juiz em seu processo de avaliação da extensão do dano alegado.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 608.918. Rel. Min. José Delgado. J. 20 maio 2004. Brasília. **Diário de Justiça**. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=475376&num_registro=200302071291&data=20040621&formato=PDF>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 1.245.550-MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 17 mar. 2015. Brasília. **Diário da Justiça**. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1390560&num_registro=201100391454&data=20150416&formato=PDF>. Acesso em: 07 fev. 2018.

LALOU, Henri. **La responsabilité civile**. Principes élémentaires et applications pratiques. 2. ed. Paris: Dalloz, 1932.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. **Tratado teórico e práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual**. T. II, v. II. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castilho. Buenos Aires: Europa-América, 1977.

MEIRELES, Edilton. **Responsabilidade civil no acidente de trabalho**. Questões processuais e materiais. Salvador: JusPodivm, 2016.

ORGANIZAÇÃO Mundial de Saúde. **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde**. Disponível em: <<http://www.bulas.med.br/cid-10/>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. V. 3. Campinas: Bookseller.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile em droit français civil, administratif, professionnel, procedural**. 2 ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1951.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. v. 4. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

EQUIPARAÇÃO SALARIAL: LIMITAÇÃO NECESSÁRIA

Fabiano Zavanella¹

Surgimento e evolução histórica da proteção ao salário

Para iniciar o estudo proposto é fundamental um esforço histórico para entender a evolução de alguns institutos centrais na discussão da equiparação salarial, dentre eles e em especial do próprio salário.

Na história do mundo o salário, por óbvio, era desconhecido no regime de escravidão onde tínhamos apenas artífices que trocavam a mão de obra por um ajustado valor em espécie ou algum produto.

Da mesma forma não dá para se falar em salário no período ocupado pelas chamadas corporações de ofício onde a relação estabelecida era de outra ordem porque não se tratava de um vínculo de emprego, sendo certo que a partir do início da manufatura é que se começa praticar pagamentos que recebem o contorno de salário em pese a ausência total de margem

¹ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2014); Extensão em Direito do Trabalho na Era Global pela Università degli Studi di Roma - Tor Vergata (2017); Diretor Executivo do Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas em Ciências Políticas e Jurídicas (IPOJUR). Professor contratado das Faculdades Cantareira - graduação. Professor convidado nos Cursos de Pós Graduação do IBMEC, da UNIMEP/SP, da UNIFMU/SP, da ESA/SP e da EPD/SP em Direito e Processo do Trabalho. Membro da Comissão Especial de Direito Bancário da OAB-SP. Membro do Comitê Executivo do CIELO Laboral.

negocial por parte dos trabalhadores, logo, era fixado por inteira subjetividade do empregador.

Assim sendo é razoável afirmar que tão somente com o surgimento do capitalismo e da hipotética liberdade contratual o trabalho humano era visto como uma mercadoria e a máxima exploração da mão de obra era algo rotineiramente observado.

O trabalhador era juridicamente livre para contratar as condições que deveriam regular o seu contrato de trabalho; mas essa liberdade era apenas formal, porque a lei da oferta e da procura impunha-lhe a aceitação das piores condições de trabalho, inclusive salários aquém do indispensável para própria subsistência.²

Tão somente com a derrocada dessa era liberal é que o Estado assume maior protagonismo na regulação do trabalho (século XIX) e busca com isso minimizar as desigualdades a partir de regulação normativa merecendo destaque, inclusive, a própria participação da Igreja Católica nesse cenário em especial através da publicação da Encíclica *Rerum Novarum* de lavra do Papa Leão XIII importante documento que influenciou por demais a mudança de visão dos Estados em relação ao trabalho e à necessidade de proteção dos trabalhadores.

Nessa breve linha do tempo é fundamental destacar à importância do Tratado de Versalhes (1919) – pós-primeira grande guerra - que culmina com a criação da Organização Internacional do Trabalho e a partir de então se intensificam os estudos em relação ao fenômeno do trabalho e do direito em si

2 SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. V.1. 19. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 330.

com especial atenção ao salário que, de fato, é o pilar central do contrato de emprego.

No caso em tela, observa-se que a vocação da OIT é muito maior do que simplesmente reger o trabalho subordinado. Efetivamente, o trabalho é o caminho para a concretização de um mundo mais justo, e este mundo somente acontecerá se houver respeito, segurança e proteção para todos, principalmente para as crianças, para os velhos, para os adolescentes e para as mulheres. A possibilidade de um salário razoável, de uma vida de iguais oportunidades, sem discriminações.³

Dentre seus muitos diplomas, em relação aos salários, vale destaque para a Convenção 26 que indica as formas de fixação do salário mínimo com a participação dos empregados e empregadores nessa construção, além da convenção 100 que aponta a necessidade de tratamento igualitário em matéria salarial entre homens e mulheres bem como na Convenção 111 que trata da vedação da discriminação no trabalho.

No Brasil a principal matriz legal que disciplina importantes questões relacionadas ao salário é a própria Constituição Federal, notadamente, pelo artigo 7º que dentre seu incisos compete destacar:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos

3 HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p.115.

que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Para fechar essa primeira abordagem evolutiva do surgimento e aprimoramento do salário e da sua própria finalidade é importante lembrar que Homero destaca em sua obra.

Em diversos idiomas, usam-se variações do termo retribuição, a fim de representar aquilo que é pago ao empregado pelos serviços prestados, o que imediatamente evoca uma questão cronológica: o trabalhador primeiro empreende sua energia, para, depois, receber o pagamento devido. Uma retribuição pelos serviços anteriormente prestados.⁴

Das Garantias Constitucionais

A Equiparação salarial é definida pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), no artigo 461, como a situação em que sendo idêntica a função que dois empregados desempenham, idêntico será seu salário; todavia seu nascedouro advém desde outrora, com base nas Constituições e demais Tratados que versavam sobre a referida matéria.

Trata-se de um dos temas mais relevantes no âmbito da ciência jurídica trabalhista e motivo de sua preocupação desde os primórdios das relações de trabalho subordinadas.

Oriunda do princípio da igualdade, a temática da equiparação salarial vem se desenvolvendo no direito do trabalho no atendimento das especificidades que se fazem sentir, em face da evolução das relações sociais e econômicas.

No direito do trabalho brasileiro, no intuito de garantir a isonomia salarial, a equiparação salarial está disciplinada por dispositivos legais, como o art. 461 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que disciplina a igualdade de salário para empregados que desempenham a mesma função e pela jurisprudência, notadamente com a súmula 6 do TST (Tribunal Superior do Trabalho), que trata dos aspectos específicos desta

4 MATEUS DA SILVA, Homero Batista. **Curso de direito do trabalho aplicado.** Livro da remuneração. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.5.

importante realidade das relações de trabalho subordinadas, salientando-se que já havia sofrido recentes alterações, mas que, carecerá de nova interpretação, à luz da reforma trabalhista, conforme adiante veremos.

No cenário mundial, a primeira vez em que a questão da igualdade recebeu amparo legislativo ocorreu no México, na Constituição de 1917, que garantia salário igual para trabalho igual sem discriminação de sexo ou nacionalidade. Depois disso, o princípio isonômico foi estendido pelo mundo com o Tratado de Versalhes, de 1919, e, com o passar dos anos, a regra da proibição de tratamento desigual repetiu-se em diversos textos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e diversas Convenções (n. 82, 100, 111 e 117) e Recomendações (n. 90 e 111) da OIT.

Seguindo esse raciocínio, repisamos que, a nossa Constituição da República de 1988 em seu artigo 7º, inciso XXX, ampliou a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

À primeira vista, a Constituição Federal no seu art. 7º, XXX, aponta: “proibição de diferença de salários, de exercícios de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. O que leva a crer que para a função igual deve corresponder salário igual. Porém, tal regra é relativa, conforme nota-se na CLT.

Repousa aqui, a função social do trabalho, posto que o que se busca diuturnamente no Direito do Trabalho, que objetiva a preservação dos valores sociais e não econômicos nas relações, sempre em prol da dignidade da pessoa humana, sendo certo que tal preceito é representado na forma de cláusula pétrea em nossa Carta Magna.

Decerto, a função social do Direito do Trabalho reside, fundamentalmente, na Justiça do Trabalho, cujo condão é de dispor ao hipossuficiente uma prestação jurisdicional menos formal e onerosa, buscando também pela celeridade e eficácia ao trabalhador, abreviando as exegeses relativas ao processo em si, por meio de atos menos solenes sem, contudo, deixar de predominar a efetividade.

Insta esclarecer, que há duas faces na equiparação salarial, o equiparando e o paradigma. Equiparando é o empregado que pede pela equiparação salarial, logo com o empregado que tem salário menor, e paradigma o empregado o qual se requer a comparação da função desempenhada e do salário almejado.

Ao se buscar o reconhecimento do pleito relativo à equiparação salarial é necessário que na petição inicial do processo haja a indicação do paradigma, sendo também necessário preencher os requisitos que dispõe a lei.

Igualmente, não basta apenas à identidade de função, fazem-se necessários, além deste, outros requisitos. Como dispõe os parágrafos do artigo 461 da CLT, energizados pela inclusão dos § 5º e 6º por meio da Lei 13.467/2017.

Mauricio Godinho Delgado, bem define a equiparação salarial:

Equiparação salarial é a figura jurídica mediante a qual se assegura ao trabalhador idêntico salário ao do colega perante o qual tenha exercido, simultaneamente, função idêntica, na mesma localidade, para o mesmo empregador. A esse colega comparado dá-se o nome de paradigma (ou espelho) e ao trabalhador interessado na equalização confere-se o epíteto de equiparando. Designam-se, ainda,

ambos pelas expressões paragonados ou comparados.⁵

Ainda, temos entendimento do Amauri Mascaro Nascimento:

O princípio da igualdade salarial é enunciado como o direito assegurado aos trabalhadores de receberem o mesmo salário desde que prestem serviços considerados de igual valor e segundo os requisitos exigidos pelo direito interno de cada país. No Brasil é garantido pela Constituição Federal (artigo 7º, XXX) e disciplinado pela CLT, artigo 461).⁶

Para Amauri Mascaro Nascimento é certo que para o Direito do Trabalho a interpretação do princípio da igualdade encontra-se intrinsecamente ligada as transformações econômicas presentes, sobretudo no século XIX:

Na economia liberal do século XIX, o salário, considerado como preço de uma mercadoria, era estabelecido segundo a lei da oferta e da procura, sem nenhum controle do Estado, diretamente pelos interessados. Em decorrência dessa liberdade contratual sem limitações, os empregadores, impondo as suas condições, criaram situações de discriminação entre trabalhadores. O trabalho feminino foi remunerado em taxas bastante inferiores àquelas atribuídas aos homens, em média 50% menos, na Inglaterra, na França, nos Estados Unidos etc. Do aproveitamento mais vantajoso das

5 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTR, 13.ed. 2014, p.854.

6 NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTR, 39. ed. 2014, p.460.

mulheres, porque menores eram os custos da mão de obra, resultou um problema social, agravando-se a crise de desemprego. Por tal razão, difundiu-se a ideia de necessidade de coibir os abusos e proibir a desigualdade salarial, principalmente entre homens e mulheres, mas também entre os homens que prestassem serviços de natureza igual.

Quanto ao tema manifesta-se Gustavo Filipe Barbosa Garcia, em sua obra *Curso de Direito do Trabalho*⁷:

Por ser a 'igualdade' um direito de ordem fundamental, integrando (em classificação de fins meramente didáticos) os chamados direitos humanos de segunda dimensão ou geração, e por ser o direito à equiparação salarial uma concretização da igualdade na esfera dos direitos sociais (no caso, trabalhistas), pode-se estabelecer a seguinte conclusão, que merece destaque: a equiparação salarial representa uma ampliação dos direitos humanos fundamentais no plano da relação jurídica de emprego.

Com base no conceito acima demonstrado, em total cotejo ao que se depreende o **PRINCÍPIO DA ISONOMIA**, estamos diante da chamada "eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais"; ou seja, a sua aplicação entre particulares, no caso, empregador e empregado, que figuram como sujeitos da relação jurídica de natureza de direito privado.

Em síntese podemos concluir que a equiparação salarial representa a concretização do princípio da igualdade no plano do Direito do Trabalho, mais especificamente quanto à matéria salarial (proteção ao salário).

7 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. . Rio de Janeiro:Editora Forense,2010.

Da Reforma Trabalhista e a Equiparação Salarial

A Constituição Federal brasileira garante, dentre seus pilares, o princípio da isonomia alicerçado pela não discriminação que em suas muitas faces fundamentalmente se aplica ao direito do trabalho notadamente quando trata da igualdade salarial.

Na norma infraconstitucional essa proteção é construída no art. 461 da CLT que pela sua redação elástica permitiu uma série de situações que em muito escapam à efetiva materialização do princípio da igualdade e a partir da reforma trabalhista instituída pela Lei 13.467/17 recebeu o devido ajuste.

Dentre os requisitos da norma exigia-se além da igualdade de função, a identidade do empregador, trabalho de igual valor (produtividade e perfeição técnica) utilizando-se o critério de localidade para definir o alcance da pretensão da chamada equiparação salarial, além de um requisito objetivo ligado a diferença de tempo na função não superior a dois anos.

A norma não tratava da contemporaneidade e o Tribunal Superior do Trabalho através da Súmula 6 que carrega mais de 10 itens em seu bojo demonstrando o quão complicado é o sistema de interpretação da norma que temos no Brasil, diz que, dentre outros aspectos (até sobre o ônus da prova trata), é pertinente à pretensão de equiparação salarial em cascata (paradigma remoto) desprezando por completo a necessidade desse trabalho contemporâneo para se falar em discriminação.

O instituto acaba por funcionar muito mais como um mecanismo de busca da majoração salarial não outorgado quando da constância do contrato de trabalho do que efetivamente um instrumento de combate à discriminação salarial pelo alargamento do conceito e da aplicação tanto provenientes da fragilidade do texto legal como, em especial, da leitura dada pela citada súmula.

Levando-se em consideração tais aspectos e fragilidades a Lei 13.467/2017 alterou sensivelmente à redação do artigo 461 acrescentando-lhe, inclusive, alguns parágrafos objetivando a recuperação da efetiva finalidade da equiparação salarial, ou seja, evitar que dois empregados em situações idênticas recebam salários diferentes sem qualquer motivação objetiva ou amparada nas exceções legais.

Dessa maneira a primeira modificação se refere ao campo de aplicação da pretensão, ou seja, o caput do art. 461 indica que ao invés do critério de localidade até então utilizado dever-se-á observar apenas o mesmo estabelecimento (loja, filial, unidade) concentrando-se, assim, a hipótese de diferença salarial em um universo muito menor do que a extensão municipal ou de determinada região metropolitana, até porque em grandes centros como São Paulo sabe-se que a discrepância de custo e padrão social acontece entre os bairros e regiões, logo, esse ajuste corrige e diminui a amplitude.

Com relação ao critério objetivo (diferença menor do que 2 anos na função entre paradigma e paragonado) tal é mantido, entretanto, a lei exige que a diferença de tempo de serviço para o mesmo empregado não seja superior a 4 anos independente da função desempenhada o que é bastante razoável já que a antiguidade na empresa, sem dúvidas, denota maior conhecimento e um conjunto de habilidades e expertise adquirida que justifica a discrepância salarial.

O novo texto prevê, ainda, que se a empresa adota um plano de cargos e salários mesmo que não homologado pelo órgão fiscalizador (Ministério do Trabalho e Emprego) – exigida na lógica anterior e que não fazia nenhum sentido tal intervenção na organização da atividade econômica por parte do Estado – não há que se falar em equiparação salarial desde que as promoções obedeçam algum critério, ou seja, quer merecimento ou antiguidade.

Prosseguindo o §5º do art. 461 acrescentado pela reforma deixa claro que só haverá equiparação salarial entre empregados contemporâneos no cargo ou na função extirpando, assim, a hipótese do efeito cascata acima mencionado e chancelado pelo texto da súmula 6 do Tribunal Superior do Trabalho que premiava, notadamente, apenas o interesse econômico da demanda e se distanciava por completo da ideia da isonomia a partir da não discriminação encontrando-se absurdos em casos concretos de equiparações concedidas onde reclamante e paradigma guardavam uma distância de mais de uma década entre a saída do segundo e a admissão do primeiro!!!!

Por fim a nova positivação avança na proteção e inclui a previsão de uma multa caso a discriminação salarial se dê por motivo de sexo ou etnia que não impedirá outras sanções de cunho administrativo e também processuais (na hipótese de um pretenso dano moral).

Á luz dos parágrafos acima que de maneira alguma esgotam tão complexo tema, ao menos nesse particular, a reforma trabalhista demonstra-se positiva e ajustada permitindo uma maior previsibilidade das situações de risco e sua devida mitigação ou respectiva indenização o que, seguramente, não acontecia na lógica até então vigente, em especial pela possibilidade de perpetuação da equiparação salarial em cadeia que motivava, inclusive, um desmonte de departamentos inteiros como uma maneira ou forma de se estancar o problema gerando um efeito inverso do que era o seguramente pretendido pelo instituto.

Da conclusão

Pelo acima desenvolvido temos os seguintes destaques:

- i. a equiparação salarial fica, à luz da Lei 13.467/2017, limitada aos empregados do mesmo estabelecimento, isto é, da mesma unidade técnica produtiva, alterando

- a CLT que previa possibilidade de equiparação para a mesma localidade (município ou região metropolitana);
- ii. cria outro requisito objetivo bastante sensato que é o tempo de serviço no emprego (4 anos), ou seja, é bastante razoável que o trabalhador mais antigo receba salário diferente porque já conhece todos os meandros da empresa; e
 - iii. proíbe a equiparação em cadeia autorizada no inciso VI da Súmula 6 do TST.

De toda sorte, a equiparação salarial, ainda prevalece como importante ferramental que lapida a isonomia na relação de emprego e, frente aos requisitos que ora foram incorporados, será cada vez menos reconhecida sem o devido detalhamento fático, afinal vivenciamos um desvirtuamento do instituto ao longo do tempo notadamente no plano processual.

Inobstante tudo que aqui segregamos, importa dizer que, os alicerces aqui tratados (isonomia salarial e função social do trabalho) não foram violados mas sim, ressaltados de tal maneira que, devem-se observar os requisitos do art. 461 da Consolidada, inclusive em seus novos parágrafos, o que afetarà, sobremaneira, o teor da Súmula 6 que, deverá ser objeto de reformulação por parte do nosso Colendo Superior e, a hermenêutica relativa ao pleito da equiparação salarial deverá ocorrer de forma menos banalizada, tornando-se mais rigorosa e, porque não dizer, mais justa, frente ao conjunto fático-probatório, trazidos aos autos.

Referências

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Editora LTR, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. Editora Forense,2010.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

MATEUS DA SILVA, Homero Batista. **Curso de direito do trabalho aplicado**. Livro da remuneração. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro;NASCIMENTO, Sonia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**.39 ed. São Paulo:Editora LTR, 2014.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho**. V.1.19. ed. São Paulo: LTr, 2000.

A ATUAÇÃO DOS SINDICATOS DE TRABALHADORES NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani^{1*}

Introdução

O presente artigo, após abordar a própria Reforma que redundou na lei nº 13.467/2017, pretende debater seus efeitos na negociação coletiva, nomeadamente, no que tange à atuação dos sindicatos, considerando sua razão de ser e as dificuldades que encontram para atuarem.

Breves considerações sobre a reforma trabalhista

Do preâmbulo da Constituição Federal da Suíça, consta que “a força da comunidade é medida pelo bem-estar dos mais fracos de seus membros”, tendo em foco a Reforma Trabalhista levada a efeito pela Lei nº 13.467/2017, cabe questionar, se, com ela, os mais fracos/vulneráveis de nossa comunidade, dos que vivem em solo brasileiro, na nossa Terra, no nosso amado Brasil, e vivem do seu trabalho, tendo-o como meio único para proverem ao seu sustento e ao dos seus, terão um bem-estar que

1 * Desembargador Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Membro da Academia Nacional de Direito Desportivo.

melhore a força da nossa comunidade, aquela força a que se refere a Lei Maior Helvética.

Para isso, há procurar conhecer a Lei n. 13.467/17, e analisá-la para ver se, no campo da realidade, ela pode, efetivamente, oferecer algo, em prol de um fortalecimento/melhoramento das condições de vida dos trabalhadores; para isso, por certo que será absolutamente insuficiente crer, sem maiores considerações, no que se fala a seu respeito, principalmente quando se percebe que o espaço para ser ouvido é inversamente proporcional ao que se pensa acerca da aludida lei, ou seja, para os que lhe são favoráveis, abrem-se espaços amplos, mas bem amplos mesmos, ao passo que, para os que enxergam alguns problemas que suas disposições podem gerar, não são concedidos os mesmos espaços, em verdade, quase não é aberto espaço algum!

Isso não é o melhor, para que se possa avaliar o quanto de bom ou não uma lei pode conter e provocar no seio da sociedade em que produzirá seus efeitos, para tanto e desde logo há fixar que, como é natural com as ideias em geral, salutar, necessário mesmo, ouvir os que lhe são e os que não lhe são favoráveis/simpáticos e depois, com a reflexão que então se poderá fazer, ter condições de inferir algo, é dizer, como o bom senso aconselha:

“se há dois campanários na aldeia, não é mau que se ouçam os timbres diferentes de seus sinos”², o que se torna mais importante ainda quando se sabe que “a mentira, a cada instante que passa, adere, sorradeira e subreptícia, aos flancos da verdade, dominando-a”³, além da preocupação com a pos-

2 CERQUEIRA, João da Gama. **Sistema de direito do Trabalho**. I, Editora revista dos Tribunais, 1961, p.09.

3 FERREIRA, Tito Lívio. História e Lenda – 1ª série. Editora Civilização Brasileira, 1944, p.14.

sibilidade de que, “Aproximamo-nos, talvez, do estado ideal em que o discurso político estará finalmente livre do fantasma mesmo da verdade, que às vezes o assombra ainda como um velho remorso”⁴.

O que pensar acerca dessas preocupações depende de cada pessoa, entretanto, de um fato não há como se afastar, que é o de que: “o texto respira o ar do seu contexto”⁵, e o contexto presente, em que se atribui -já que mais fácil-, até meio abertamente (ou de maneira totalmente aberta, escancaradamente aberta!), a culpa por tudo ou quase tudo ao direito do trabalho, vale insistir, penso, que sem reflexão, exame crítico, não é possível, máxime em assunto tão delicado, como o de uma lei que refletirá na vida de milhões de pessoas, concluir, só pela voz/desejo de outros (abstração feita da motivação dos desejos que possam ter!), seja ela boa ou não, aqui também, como há de ser na vida em geral, não se deve pensar pela cabeça dos outros, mas pela própria, confrontando o que se vê afirmado com a vida, com a experiência que os acontecimentos proporcionam, até porque, como lembra Richard Sennett, verbis⁶: “uma ideia precisa suportar o peso da experiência concreta, senão se torna mera abstração”, e a reforma, ao que parece, desde logo, tem essa dificuldade, a de não suportar esse peso, o que a própria

4 COURTINE, Jean-Jacques. **O mentir verdadeiro**. Texto incluído em *A Arte da Mentira Política* atribuído a Jonathan Swift. Pontes Editores, 2006, p.26.

5 Afirmação que José de Melo Alexandrino em artigo de sua larva, atribui ao Presidente do Tribunal Constitucional, em Seminário que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 23.04.2014, “Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades”, organizadores Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luis Pereira Coutinho, “O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos”, Almedina, junho/2014, página 56.,

6 SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter**. Editora Record, 2007, p.11.

MP 808 já atesta, não só ela, mas a quantidade de emendas apresentadas ao seu texto...

No presente artigo, as considerações feitas limitar-se-ão ao papel dos sindicatos durante e nas negociações coletivas, no cenário que a nova lei montou e no qual pretende que atuem.

Diz Peter Häberle, grande constitucionalista alemão, que⁷: “um quantum irrenunciável de utopia deve impregnar o Estado constitucional”.

Essa utopia bem pode dizer com a busca da felicidade, vista até como direito fundamental⁸, porquanto, se um Estado

7 HABÉRLE, Peter; BOFILL, Hèctor López. **Um diálogo entre Poesia e Direito Constitucional**. Saraiva, 2017, p.26.

8 Irrecusável a importância do tema concernente ao direito à busca da felicidade, de estatura constitucional, já tratado pela doutrina, como também pela jurisprudência; com efeito, pois, em sede doutrinária, entre outros juristas que abordaram o tema, pode-se mencionar Rogério Donnini, que assim se posiciona: “No plano social, a busca pela felicidade, implícita na Constituição Federal de 1988, advém do princípio da dignidade da pessoa humana e está relacionada diretamente com os direitos sociais do art. 6º (...o lazer...), isto é, uma vida pode ser considerada digna se atendidas as metas desse dispositivo, o que facilitaria ou seria um rumo à busca da felicidade”. “Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade – Felicidade, Proteção, Enriquecimento com Causa e Tempo Perdido”, Sergio Antonio Fabris Editor, PA, 2015, p.72.

Depurando mais um tanto sua exposição, acrescenta esse autor:

“O texto constitucional não apenas previu os direitos fundamentais sociais como indicou seu conteúdo e maneira de aplicação, obrigando o Estado a prover essas demandas. São, assim, direitos que exigem do Estado uma atuação, considerada positiva, com o escopo de buscar uma igualdade social, o que se coaduna com a inclusão, entre estes, pela busca da felicidade”. Rogério Donnini, “Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade – Felicidade, Proteção, Enriquecimento com Causa e Tempo Perdido”, Sergio Antonio Fabris Editor, PA, 2015, p.72.

No âmbito jurisprudencial, de citar decisões tanto do A. STF., como do E. STJ. No Augusto STF: “...O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana...”. AG.REG. No Recurso Extraordinário 477.554, Relator Ministro Celso de Mello.

não pode, logicamente, garantir a felicidade de seus membros, há garantir o de buscá-la, e se atingí-la é algo que foge às possibilidades humanas, nesse plano de existência, ao menos se acercar da porção que é possível conseguir, o que já não é pouco, nem fácil, é algo que cumpre seja possibilitado aos homens em geral, e aos trabalhadores, em particular, muito em particular, pelas colossais dificuldades que têm/terão para isso (dificuldades às quais, de tempos em tempos, se quer acrescentar outras!).

Todavia, numa relação tão assimétrica, como a de emprego, em que o empregado não tem como negociar os termos de seu contrato de trabalho com seu empregador, salvo para lá do que raríssimas exceções, que, certamente, não são as “imaginadas” pelo art. 444, § único, Consolidado, claro está que, nesse quadro, muito se faz sentir a necessidade de um Sindicato forte e atuante, o que a própria história/evolução do Direito do Trabalho deixa a descoberto!

O Sindicato, ao proteger/defender/pugnar por melhores condições de trabalho para os integrantes da respeitante categoria profissional, ajuda a que esses trabalhadores logrem se aproximar, um pouco mais que seja, da porção de felicidade que lhes é possível obter, o que é bom, não só para esses obreiros e para o próprio sindicato (com vistas a sua razão de existir), como também para a sociedade como um todo, pela paz, harmonia e progresso nas relações de trabalho que tal sucesso permite.

Hodiernamente e até como fundamento/justificativa para a reforma, muito se disse/diz sobre uma evolução/modernização das relações de trabalho, que a negociação entre os

No E. STJ: “2. A tutela jurídica do direito patrimonial, por sua vez, deve ser at [sic] de vias próprias e independentes, desobstruindo o caminho para direito fundamental de busca da felicidade”. REsp nº 1.281.236 , Relatora Ministra Nancy Andrighi

empregados, via seus sindicatos, com os empregadores, estava/ está num estágio muito mais avançado, o que justificava/justifica a prevalência do negociado sobre o legislado, quadro esse que não pinta a realidade, a não ser num ou noutro caso, o que se aceita só para admitir que há uma mínima correspondência desse modo de ver com o que efetivamente acontece, ainda mais num momento em que há mais de treze milhões de desempregados no País (lembrando que se esse número é admitido, não é exagero/infundado pensar que, no total, há muitos mais!), pergunto: que negociação é possível/real/verdadeira num momento desses, em que o desemprego atinge proporções assustadoramente elevadas, o que leva os trabalhadores a terem sério (o que é para lá de lógico e natural) receio de perderem o seu ou não encontrarem outro se já o perderam, lembrando que, como é fácil perceber, tanto para forçar a reforma trabalhista, já feita (o que não significa que não se pretenda mais...), como a previdenciária, que ainda é ardentemente desejada por certos setores, muito se trabalha com a cultura do medo, usando como argumentos base/símbolo, assertos do tipo ou se faz essas reformas, ou não haverá empregos, ou não se poderá aposentar mais, e isso é dito sem maiores fundamentos, é dizer, sem qualquer preocupação com a demonstração da veracidade de tais declarações ou evitando mesmo, deliberadamente, enfrentar tais debates, o que, de per si, já faz nascer/alimentar a desconfiança de que as coisas não são bem assim, como simplesmente ditas (do reverso, por que evitar o debate sobre elas?), lembrando, quanto à reforma previdenciária, a existência de estudos e afirmações de pessoas capacitadas para isso, de que não há o alegado déficit, e quanto a reforma trabalhista, de que não foi comprovado que as leis trabalhistas, a proteção da legislação do trabalho, tenha relação de causa e efeito

com osníveis/risco/aumento do desemprego, aqui, de lembrar o grande Prof. João Leal Amado⁹, que observou:

“A verdade é que, até hoje, a ciência econômica nunca conseguiu demonstrar a existência de uma relação causal entre o nível de protecção do emprego e as taxas de desemprego”.

No que tange ao medo/pavor/terror do desemprego, acima referido, permito-me rememorar o que disse há tempo, em trabalho elaborado com eminente juslaborista: “Não é preciso ser um profundo conhecedor da alma do indivíduo empregado para saber o pânico que lhe toma a alma e atinge-o no mais recôndito do seu ser, a só menção da palavra desemprego; aliás, em muitos casos, nem sequer é preciso mencioná-la, tudo faz lembrá-la: os noticiários dos meios de comunicação, os vizinhos sem trabalho, a massa de pessoas à procura de emprego nas ruas, o próprio ambiente de trabalho, o humor dos superiores hierárquicos, a disputa ou o isolamento entre os colegas de serviço, uma legislação que permite, regra geral, a ruptura do vínculo contatual sem maiores dificuldades etc”¹⁰.

Sentir esse que não destoa do expressado pela insigne Dominique Schnapper¹¹, também não de agora, e que demonstra que o “uso” desse mal não é algo novo ou recente, para atemorizar os trabalhadores; são suas as seguintes palavras: “O desemprego influencia todas as relações dentro da empresa.

9 AMADO, João Leal. O Direito do Trabalho, a Crise e a Crise do Direito do Trabalho. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João pessoa, v.04, n. 08, jul/dez 2013, p.185.

10 Lockmann, Ana Paula Pellegrina; GIORDANI, Francisco A. M.P. **A Influência da Necessidade na Atuação Sindical**. Coordenadores Tércio José Vidotti e Francisco A.M.P.Giordani, Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial – Estudos em Homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen, Ltr, 2003, p.296.

11 SCHNAPPER, Dominique. **Contra o Fim do Trabalho**. Terramar. Lisboa: Editores, Distribuidores e Livreiros Ltda., 1998, p.63.

Nem sequer há necessidade de dizer, 'se não estás contente, põe-te na rua, muitos desempregados esperam apanhar o teu lugar, toda a gente o sabe. Existe uma tensão contínua e os assalariados do sector privado têm a sensação de estar 'aferrolhados'".

Também se esgrime, para "amparar" a necessidade da Reforma promovida pela lei nº 13.467/2017, com a existência de uma crise, e também com base em sua suposta ocorrência, quer se proceder a um desmonte do Direito do Trabalho, tanto o individual, quanto o coletivo!

Todavia, a propósito do argumento da crise, de lembrar, à partida, que o Direito do Trabalho nasceu com e por causa de crise; logo, viver/conviver com crise, não é novidade para esse ramo do direito!

Por seu turno, no "Dicionário das Crises e das Alternativas", dos investigadores do Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra, na palavra crise, está dito que¹²:

(...) Por vezes, a palavra 'crise' não é tanto usada para descrever uma situação difícil, e até perigosa, mas antes para agravar e até criar essa mesma situação. A História antiga e contemporânea diz-nos que os políticos (e poderes dominantes) procuram produzir, frequente e ativamente, um clima de crise – seja social, económico ou 'afetivo' – de forma a alterar o equilíbrio da balança constitucional a seu favor.

Logo, é preciso muita cautela e rigor em aceitar justificativas baseadas na (suposta) ocorrência de crise!

Aliás, é preciso que se diga, com vigor e a plenos pulmões: é chegada/passada a hora de se "tirar dos ombros" do Direito do Trabalho uma culpa que não é dele, mas do sistema económico

12 ALMEDINA, 2012, p.68.

e dos responsáveis pelo norte que lhe é traçado, enfim, é hora, como já disse o inolvidável juslaborista Oscar Ermida Uriarte¹³, da “DESCULPABILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO”:

A incapacidade do sistema econômico de criar ou manter emprego tem levado seus cultores a 'culpar' o Direito do Trabalho que seria um dos obstáculos à sua ação: talvez se pudessem gerar (péssimos) empregos, senão houvesse (tantos) mínimos trabalhistas: eliminemo-los.

É claro que essa pretensão conta com o beneplácito de muitos setores empresariais que acreditam ter chegado a hora de praticar uma espécie de 'revanche patronal': recuperar muitos direitos ou benefícios que foram sendo reconhecidos no decorrer de quase todo o século XX.

O atual enfraquecimento sindical e o próprio desemprego, que supostamente deveria ser reduzido, aumentam o desequilíbrio de forças entre capital e trabalho a favor do primeiro. Os postulados econômicos neoliberais são utilizados para fundamentar a desregulamentação”.

É preciso ficar claro, desde logo, que não há nada contra a economia, o lucro e os quejandos, a questão é a preocupação com o fato de que, além das leis de mercado existem as da fome, da desesperança, da vida, e que ao invés de confrontá-las, o ideal e necessário é harmonizá-las; simples assim

E nesse sentido, a negociação coletiva joga papel de priméiríssima importância!

A pergunta que não quer calar, que explode no peito: “O Direito já não se ‘economizou’o quanto poderia, não está faltando à Economia se ‘direitar’(com vistas à interpretação/aplicação de ambos)?”

13 URIARTE, Oscar Ermida. **A Flexibilidade**. SãoPaulo: Ltr, 2002, p. 55-56.

Essa indagação parte da consideração de que as leis trabalhistas, de há anos já, são publicadas em atenção, não tanto ou quase nada (parece mais correta a 1ª opção), salvo uma ou outra isoladíssima exceção (no que se quer, se esforça em acreditar!), às necessidades dos trabalhadores (razão para a qual existem – *rectius*: deveriam existir), mas para atender anseios de uma determinada visão econômica, ou seja, de uma maneira de enxergar o seu funcionamento, “otimizando-o”, para empregar vocábulo tão a gosto de muitos de seus estudiosos, cabendo repisar que de um olhar sobre o funcionamento da economia que não teve suas necessidades/vantagens/eficácia comprovadas em momento algum, como apontado acima, ficando nos discursos bem produzidos (e muito fortemente apoiados), parecendo, antes, cuidar-se de um projeto que se limita (e para isso parece muito bem elaborado) a baixar custos e aumentar os lucros, para o que as novas tecnologias e as novas atividades que propiciam, com a extinção/diminuição de tantas outras, aliada a uma mão de obra em excesso, consequência desses e de outros fatores, além da forte atuação dos Estados, editando leis afinadas a essa visão (predominante) da economia tanto colaboram, as justificativas/argumentos/cálculos e o mais que é dito para impor essa linha econômica, carecem de demonstração, o que agora se reitera. No momento atual, de ressonância mínima, infelizmente, e isso admitindo que tenha alguma, o asserto de Annie Besant¹⁴:

Numa sociedade competitiva, a falta de escrúpulos traz sucesso imediato, enquanto numa sociedade cooperativa a consciência ‘valerá a pena’. Dar salários de fome aos trabalhadores, forçados pela competição a aceitá-los, pode levar a um sucesso imediato sobre os rivais

14 BESANT, Annie. **Um Estudo Sobre o Karma**. Editora Pensamento, 1995, p.52.

nos negócios, e o homem que paga salários decentes para os empregados pode ver-se ultrapassado na corrida para a riqueza, mas, com o tempo, terá melhor rendimento no trabalho e, no futuro, contará com uma colheita de felicidade, pois para isso lançou a semente.

Com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, o modo de ver predominante de uns tempos aos atuais e a legislação que vem a sustentá-lo, não leva na devida consideração o homem que vive do seu trabalho, que não pode ser visto/tido como mera mercadoria, já que esse labor é indissolúvelmente ligado a quem o presta, e aqui, se ajustam como luvas as observações de Dom Orlando Dotti, Bispo Emérito de Vacaria-RS, em prólogo ao livro do Padre Anderson Francisco Faenello¹⁵:

Não se pode cair no reducionismo de olhar para o trabalho apenas como emprego nem como salário compensador, e muito menos como mercadoria disponível na praça do mercado. O trabalho humano deve ser analisado dentro do humanismo cristão, em que a pessoa humana goza do primado sobre todas as coisas, e o trabalho, de primazia sobre o capital. Nesse visão, 'todo trabalho é para o homem e não o homem para o trabalho' (LE6).

Esse modo de ver as coisas, também ignora, olímpicamente, a falta de equivalência mínima de forças, como já observado, que é a nota característica de uma relação empregatícia, a tal

15 FAENELLO, Padre Anderson Francisco. **A felicidade humana no trabalho**. São Paulo: Paulus, 2014, páginas 11/12.

ponto que, como disse o preclaro Manoel Carlos Toledo Filho, Desembargador do TRT-15ª Região, verbis¹⁶:

O empregador não necessita da Justiça do Trabalho porque, no cotidiano do labor, pratica a autotutela, enquanto que o empregado, por não deter poder de reação imediata, deve aguardar o momento oportuno para propor uma reclamação em que, talvez, logre recuperar ao menos uma parte de seus direitos.

Sendo certo que por outras águas não singra o posicionamento do também insigne Juiz do TRT-15ª Região, Jorge Luiz Souto Maior, quando assevera que:

A desigualdade da relação material, ademais, permite que o empregador tenha aquilo que, na teoria processual, se denomina 'autotutela'. Ou seja, o empregador tem o poder de tutelar, por ato unilateral, o seu interesse, impondo ao empregado determinados resultados fático-jurídicos. Se o empregado não comparece ao trabalho, o empregador desconta seu salário; se atrasa, a mesma coisa. Se o empregado age de modo que não atenda à expectativa do empregador, este, mesmo que o direito, em tese, não lhe permita fazê-lo, multa, adverte e até dispensa o empregado...

O empregador, portanto, não precisa da tutela do Estado para a satisfação de seu interesse.

O mesmo, no entanto, não ocorre com o empregado, que diante da supressão de seus

16 TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **Os poderes do juiz do trabalho face ao Novo Código de Processo Civil**. Os impactos do novo cpc no processo do trabalho. Publicação Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2015, p.78-79.

direitos, por ato do empregador, precisa, geralmente, se socorrer da via processual¹⁷.

Em sendo assim, até para que se respeite o contrato de trabalho ajustado, para que se possa mesmo cogitar de um contrato com alguma equivalência entre as partes contratantes, há conferir direitos àquele que não tem/detém poder, para promover o aludido equilíbrio, e assim há proceder, uma vez que, como superiormente asseverado pela ilustre Professora Aldacy Rachid Coutinho¹⁸, “Afinal, quem detém poder não precisa de direitos. Mas o ausente de poder precisa de direitos para enfrentar o poder”.

E completando seu raciocínio, acrescenta: “A proteção é necessária pela própria estruturação jurídica que transita pela contratualidade, consubstanciada em poder”¹⁹ e ainda: “Proteger é, antes de tudo, dar efetividade às normas que resguardam os direitos fundamentais sociais, os direitos humanos e, em especial, permitir o exercício do direito à vida”²⁰.

Outrossim e bem por isso não se pode olvidar que:

A lógica própria do Direito do Trabalho não é proteger espaços de autonomia dos privados –como ocorre no Direito Civil –, sim frear os eventuais abusos de uma situação que se rotula como de mando e obediência, e que

17 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O conflito entre o processo do trabalho e o novo CPC**. Publicação Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2015, p.31-32.

18 COUTINHO, Aldacy Rachid. **Propostas para uma ressignificação do princípio da proteção**. Organizadores: Paulo Ferrareze Filho e Alexandre Matzenbacher. Proteção do trabalhador: perspectivas pós-constitucionais. Editora Lumen Juris, 2016, p.54.

19 Ibid.

20 Ibid.

é precisamente a mesma lógica inscrita no código genético dos direitos fundamentais²¹.

Falando em direitos fundamentais, não é possível deixar de registrar que, para perseguir seus objetivos, a lei em comento, “atropelou” direitos fundamentais dos trabalhadores, não respeitou o projeto constitucional, magoando o texto, o sistema e o espírito da nossa Carta Magna em diversos de seus dispositivos, dando a nítida impressão de ignorar e/ou não se importar com o fato de que:

“Todavia, a intervenção legislativa, independentemente de sua finalidade, deve ser orientada pelo princípio básico de que o legislador não pode dispor dos direitos fundamentais, ou seja, 'o giro copernicano assinalado por Krüger – não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se mova no âmbito dos direitos fundamentais²²”.

O que corresponde a afirmar que²³: “os direitos fundamentais funcionam também como limites externos aos poderes públicos”.

Voltando aos argumentos utilizados pelos idealizadores e os ardorosos defensores da Lei em tela, há registrar uma advertência, a qual deve estar viva e presente na memória de todos, sempre que se pense/cogite/pre tenda justificar a restrição/retirada (ainda que de maneira sutil e/ou transversa) de direitos (que

21 CATALDO, José Luis Ugarte. *Derechos, Trabajo y Privacidad*. Perrot, 2011, p.59.

22 FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p.89.

23 RORIZ, Liliane. **Conflito entre normas constitucionais**. América Jurídica, RJ, 2001, p.09.

pode se dar quando não se admita, diretamente, a restrição/ retirada, mas se permite que ocorra, por outros meios, “tipo”, via negociação coletiva...), todos eles, mas mais ainda quanto aos do porte/estatura, da magnitude dos direitos fundamentais:

A História – particularmente a do século XX – mostra que o direito das pessoas foram sempre restringidos com apelo a causas nobres. E nesses cenários inicialmente justificados foram perpetrados os maiores barbarismos. Há, pois, limites que nenhum fim, por excelente que se apresente, pode postergar²⁴.

Fácil ver que esse quadro pode provocar (terá grandes possibilidade de provocar) agressões a dignidade da pessoa humana do trabalhador! Ainda mais entre nós, atento ao dito por Ana Paula de Barcellos²⁵, no sentido de que: “a concepção de dignidade da maior parte da sociedade brasileira está muito mais vinculada ao que o indivíduo tem ou faz do que a simples circunstância de se tratar de um ser humano”.

Bem por isso e/ou mais ainda por isso, necessária a defesa dos direitos fundamentais (no que agora nos toca, dos direitos fundamentais dos trabalhadores), bem compreendidos os ensinamentos infra-transcritos:

Ainda assim, para sobreviver, uma sociedade livre precisa defender os direitos fundamentais dos mais desacreditados de seus cidadãos, com o mesmo vigor com que defende os dos mais respeitáveis. O falecido presidente John

24 CORDEIRO, António Menezes. **Respeito pela esfera privada do trabalhador**. Coordenação António Moreira. I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – memórias. Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p.31.

25 apud Daniel Sarmiento. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Editora Fórum, 1reimpr., 2016, p.66.

F. Kennedy fez em 1963 uma observação pertinente a esse respeito. Disse ele que 'os direitos de todos os homens são diminuídos quando os direitos de um homem são ameaçados²⁶.

Outrossim, é chegado, também, o momento de se deixar de optar por soluções “Mandrake”, que não considerem a realidade, o que essa realidade coloca aos nossos olhos, é dizer, não se pode brincar, fazer experiências, construções apenas teóricas/acadêmicas, afastadas da vida, do cotidiano do ambiente de trabalho e colocá-las na legislação, é dizer:

Não existem soluções mágicas. No processo penal o intérprete deve lidar com o concreto da vida humana que sangra e não com as estéreis abstrações acadêmicas e legislativas, porquanto elas podem levar a uma situação de agravamento do genocídio promovido pelo Estado penal²⁷.

O papel dos sindicatos frente à mudança de paradigma

Transportando essas observações para o Direito do Trabalho, de indagar: não devem fazer o mesmo, cada um a seu tempo, primeiro o legislador, e depois o intérprete do direito do trabalho, para evitar uma situação de agravamento do desemprego e da exclusão social, para além do abalo no conceito de trabalho digno e decente? Nas ocasiões em que o legislador não o faz e/ou faz de maneira inadequada e/ou insuficiente,

26 PACKARD, Vance. **Sociedade nua**. Ibrasa-Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., 1966, p.253-254.

27 BIZZOTTO, Alexandre. **A era da tecnologia e o processo penal**. Organizadores: Alexandre Bizzotto, Denival Francisco da Silva e Tiago Felipe de Oliveira. Quotidianus – A criminalização nossa de cada dia. Intellecto Editora, 2016, p.85.

em seu momento, caberá aos operadores do direito fazê-lo, mesmo porque, um verdadeiro operador do direito do trabalho não pode olvidar de que: “Por vezes, a dimensão humana é esquecida e encontram-se economistas que, com respeito a uma fábrica com 1.000 trabalhadores, contabilizam como existindo 1.000 unidades de produção na dita fábrica, mas para um jurista os referidos trabalhadores são pessoas”²⁸.

Fica claro, do quanto vem de ser exposto, o papel fundamental que sempre coube/cabe aos sindicatos dos trabalhadores, e mais ainda numa quadra, como a em que hora se vive, na qual se quer mudar o paradigma, atingindo-se as estruturas mesmas do Direito do Trabalho, sem oferecer/apresentar/substituí-las por outras que cuidem das ainda hoje muito claras e prementes necessidades dos trabalhadores, talvez mais agravadas ainda pelos motivos já referidos em linhas transatas.

Porém, antes de apontar algumas sugestões acerca de possíveis posturas que os sindicatos poderão adotar, de lembrar, muito rapidamente, quanto ao direito coletivo do trabalho, que a ele se atribui, como diz Sergio Gamonal Contreras²⁹, “Una de las evoluciones más apasionantes en la historia del derecho ha sido la del derecho colectivo”; e quanto aos sindicatos, um de seus pilares de sustentação, junto com a negociação coletiva e a greve, que sua importância foi tamanha que, como observado pelo grande e inesquecível Óscar Ermida Uriarte³⁰, “Véase, para empezar, que tanto el sindicato como la huelga – dos de sus pilares- nacieron al mundo del Derecho estatal como delitos y

28 MARTINEZ, Pedro Romano. **O novo código de processo do trabalho uma reforma necessária**. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. v.VI, Almedina, p.16.

29 CONTRERAS, Sergio Gamonal. **Trabajo y Derecho**. p.177.

30 URIARTE, Óscar Ermida. Em prefácio ao livro **Derecho Colectivo del Trabajo**. 2.ed. de Sergio Gamonal Contreras, Abeledo Perrot, Chile, 2011, p.02.

en menos de un siglo se convirtieron no sólo en derechos sino en derechos humanos inherentes a la personalidad humana”.

Dito isso, à partida, de fixar que os sindicatos devem estar bem conscientes que o sistema que vigora os vê com reservas, e isso desde sempre, sendo que, em momentos passados, achava que podiam ter uma utilidade maior, mas sempre “sob suas vistas”; agora, parece tender a acreditar que é possível tê-los mais afastados ou distantes do círculo de influência!

Talvez aqui esteja uma grande e gritante dificuldade, a de comprovar seus vigor e utilidade, diante do que se diz para desmerecê-los, como decorrência do mencionado no parágrafo anterior, o que passa pela busca de novas estratégias e maior coesão entre os sindicatos!

Apenas como um exemplo de estratégia, pode ser sugerida uma utilização mais intensa das redes sociais, atento a que, como diz a eminente juslaborista portuguesa Teresa Alexandra Coelho Moreira³¹: “as redes sociais estão a ser utilizadas pelas associações sindicais, através da criação de perfis sociais ou páginas onde se facilita a informação sobre as mesmas e onde se disponibilizam opiniões de conteúdo laboral a que pode aceder qualquer pessoa seja ou não utilizador registrado.

Há que ver que, em termos de relação de força e organização, atualmente, a pressão talvez mais eficaz sobre os empregadores não será tanto uma greve nos termos clássicos, mas uma forma socialmente mais contestatária, virtual e bem mediatizada através dessas destas novas tecnologias”.

Hoje, não há mais e/ou não se quer mais estado de Bem Estar Social, ao menos no sentido que sempre se entendeu/pretendeu/desejou, mas estado de Estar Individual, com um individualismo exacerbado, fazendo abalar os valores da

31 MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Estudos de direito do trabalho**. V.II. Almedina, 2016, p.63.

solidariedade, tão caros ao sindicalismo, o que faz assomar a necessidade dos sindicatos de convencer seus representados do valor da solidariedade para a atuação sindical. Redes sociais, também muito úteis aqui!

Essa postura não é romântica, mas muito prática, face aos debates que, se sempre existiram, agora se fazem com muito mais vigor, como consequência da extinção da contribuição sindical.

Contribuição essa que sempre foi usada pelos governos, ao longo do tempo, na tentativa de manter os sindicatos, de certa maneira, menos combativos, e agora se ameaça tirá-la, para mantê-los menos combativos! Curioso!

É fato que não se sustenta mais a obrigatoriedade da contribuição sindical (e aqui não se pretende discutir acerca da legitimidade/legalidade da forma em que se procedeu a alteração feita), há já um forte consenso favorável a isso, mas o que impressiona, não é a retirada da imposição, mas fazê-lo sem a previsão de qualquer pedaço de transitoriedade, para possibilitar planejem/trabalhem/criem os sindicatos meios de receitas que possam/venham a substituí-la, para que possam continuar a prestar seus serviços da melhor maneira, o que faz pensar que o desiderato foi o do enfraquecimento dos sindicatos!

Devem também os sindicatos batalhar para que as negociações coletivas não restem desfiguradas, deixando de se justificar como instrumento para melhoria das condições de vida e trabalho dos trabalhadores, com atenção à sua saúde física e mental, com acrescida preocupação com o meio ambiente de trabalho, e fiquem sendo só um meio de compor as consequências de afirmadas crises econômicas e estratégias empresariais, o que, a par de não corresponder ao modelo constitucional, apequenaria/amesquinhariaria sua razão de ser e de existir: a preocupação com a vida e saúde da empresa deve existir sim, o que, de resto, foi previsto em nossa Carta Política, apenas não há relegar ao

oblívio a preocupação com os trabalhadores, como consecutório de tudo quanto foi mencionado no corpo deste e que remete, ao fim e ao cabo, ao valor maior dado/atribuído por nossa Constituição Federal a dignidade da pessoa humana, bem como ao valor social do trabalho.

Aliás, a proposta acerca da prevalência do negociado sobre o legislado, na realidade, parece partir da premissa que será fácil curvar/dobrar os sindicatos para obter sua concordância com a retirada de direitos dos trabalhadores, dadas as dantescas dificuldades que enfrentam para sobreviver/se manter.

Deverão os sindicatos, pelos meios que tiverem a seu alcance, demonstrar que, no momento atual, o argumento da autonomia privada coletiva, construído com base numa igualdade entre as partes, é uma falácia, porque não existe (como pensar em autonomia coletiva com um “oceano” de águas agitadas, provocadas por um alarmante/assustador número de desempregados? Como cuidar de autonomia coletiva com a fragmentação das profissões, com sindicatos sem recursos e com dificuldades outras?); nesse passo, há de ser dada a palavra ao grande Márcio Túlio Viana, que, de maneira irrespondível, observa³²:

No caso do ‘negociado sobre o legislado’, a reforma parte da ideia de que há um equilíbrio de forças no plano coletivo. E nesse ponto, aliás, até acompanha a doutrina, que sempre se baseou no velho discurso de que a união faz a força – ou, mais precisamente, de que basta a união para fazer a força.

32 VIANA, Márcio Túlio. **Livrem-nos da livre negociação**: aspectos subjetivos da reforma trabalhista. Coordenadores Raimundo Simão de Melo e Cláudio Jannotti da Rocha. Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária, LTr, 2017, p.298.

Acontece, porém, que o contexto mudou. Por uma série de razões, repete-se hoje, no plano coletivo, a desigualdade existente no plano individual. E mesmo assim, ou também por isso, o legislador quer que as partes negociem livremente – inclusive para baixo.

Deverão os sindicatos, que ainda assim não fizeram/fazem, melhorar os índices de sua democracia interna e promover uma mais apurada qualificação de seus dirigentes, e tendo ao seu lado profissionais competentes para assessorá-los, nas mais diversas áreas.

Considerações finais

Como é bem de ver, as dificuldades são grandes, mas não podem fazer esquecer que a dignidade da pessoa humana não se contenta, nem se limita, a permitir ao ser humano “vencer” um dia após o outro, apenas sobrevivendo, e sabe-se lá como, sem que lhe seja oportunizada uma existência digna, saudável, de modo a permitir-lhe realizar-se e evoluir como pessoa, considerada, respeitada, sem passar por humilhações e privações, participando e interagindo com os demais indivíduos e com a sociedade! De evocar aqui o que disse o grande historiador Jaime Pinsky, no sentido de que³³:

Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranquila. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais.

33 PINSKY,Jaime. Introdução, organizadores Jaime Pinsky e Carla Ponsky. **História da Cidadania**. Editora Contexto, 6.ed. 2.reimpr. 2015, p.09.

Temos, em nosso País -e muitos, muitos mesmo, felizmente, nos mais diversos campos/setores/segmentos- homens de bem, mas há reconhecer que encontram/existem dificuldades para, isoladamente ou em pequenos grupos, fazer frente, com preocupações com os que vivem do seu trabalho, ao que se apresenta como o novo senhor do mundo: o Sr. MERCADO, sr. muito cômico de suas prerrogativas e que exige integral submissão de seus súditos, sendo esse um outro poderoso fator a reclamar que se dê forças aos sindicatos, para que participem e atuem, no que lhes cabe e no seu campo próprio de atuação, o que já não é pouco, com e nessas preocupações/necessidades dos trabalhadores, promovendo, assim, o equilíbrio tão necessário às relações de trabalho.

Aliás, numa Constituição como a nossa, que põe em realce a dignidade da pessoa humana, há ter muita atenção com as pessoas mais vulneráveis, até para tornar mais consistente a sociedade, valendo lembrar aqui que “Ser humano e viver humanamente não são a mesma coisa”³⁴, e mais, pois: “quando a vida, a morte e o sofrimento do outro não me inspiram cuidado, então dificilmente se pode falar em humanidade”³⁵.

Relativamente ao rio de críticas que, com muita frequência, corre/é feito aos sindicatos, embora, como tudo onde há a presença do homem, erros existam e sejam cometidos, o que cumpre corrigir/evitar, há notar que, oculta nessas censuras, está a idéia de, criticando-os, enfraquecê-los (mais do que já estão), de modo a não permitir, dificultando ao máximo, que cumpram a missão para a qual existem, e que diz com a busca de um equilíbrio (tão necessário, com vistas ao respeito devido

34 BERMEJO, José Carlos. **Humanizar a saúde**: cuidado, relações e valores. Editora Vozes, 2008, p.117.

35 TORRALBA, F. **Lo iniludiblemente humano**: Hacia una fundamentación de la ética del cuidar apud José Carlos Bermejo. Editora Vozes, 2008, p.36.

ao homem que vive do seu trabalho e ao valor que a nossa Magna Carta confere a esse homem, a sua dignidade enquanto pessoa e ao seu labor) entre os trabalhadores e seus empregadores (aí o seu “pecado”), o que alguns entendem, para o bom “funcionamento” do Sr. Mercado, deva ser severamente limitado (para os mais ousados e/ou encantados e/ou a serviço desse mesmo Sr. Mercado: inviabilizado!), há considerar as colossais dificuldades que sempre tiveram os sindicatos para cumprirem com suas missões, quadro esse muito mais agravado nos dias atuais, de maneira que não será despiendo lembrar, aqui, o grande escritor Mia Couto, ao citar O escritor Bertolt Brecht {que} dizia³⁶: “Do rio que tudo arrasta se diz violento, mas ninguém diz que são violentas as margens que comprimem esse mesmo rio”.

Referências

- ALEXANDRINO, José de Melo. **Jurisprudência da Crise**. Das Questões Prévias às Perplexidades. Organizadores Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luis Pereira Coutinho. O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos. Almedina, junho/2014.
- AMADO, João Leal. O direito do trabalho, a crise e a crise do direito do trabalho. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João pessoa, v.04, n.08, jul/dez 2013.
- BESANT, Annie. **Um estudo sobre o karma**. Editora Pensamento, 1995.
- BIZZOTTO, Alexandre. A era da tecnologia e o processo penal. Organizadores Alexandre Bizzotto, Denival Francisco da Silva e

36 MIA COUTO. E se Obama fosse africano? 5. reimpr. Cia das Letras, p.144.

Tiago Felipe de Oliveira. *Quotidianus: a criminalização nossa de cada dia*. Intelecto Editora, 2016.

BOFILL, Hèctor López; HABÈRLE, Peter. *Um diálogo entre poesia e direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CATALDO, José Luis Ugarte. *Derechos, Trabajo y Privacidad*. Perrot, 2011.

CERQUEIRA, João da Gama. **Sistema de direito do Trabalho**. I. Editora revista dos Tribunais, 1961.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. **Trabajo y Derecho**. Abeledo Perrot, Chile.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. **Derecho Colectivo del Trabajo**. 2. ed. Abeledo Perrot. Chile, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. **Respeito pela esfera privada do trabalhador**. Coordenação António Moreira. I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias. Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Propostas para uma ressignificação do princípio da proteção**. Organizadores Paulo Ferrareze Filho e Alexandre Matzenbacher. *Proteção do trabalhador: perspectivas pós-constitucionais*. Editora Lumen Juris, 2016.

COURTINE, Jean-Jacques. *O mentir verdadeiro*. Texto incluído em: *A arte da mentira política* atribuído a Jonathan Swift. Pontes Editores, 2006.

DICIONÁRIO DAS CRISES E DAS ALTERNATIVAS. Investigadores do Centro de Estudos sociais (CES) da Universidade de Coimbra, Almedina, 2012.

BERMEJO, José Carlos. Humanizar a saúde: cuidado, relações e valores. Editora Vozes, 2008.

DONNINI, Rogério. **Responsabilidade Civil na Pós-Modernidade: felicidade, proteção, enriquecimento com causa e tempo perdido**. Sergio Antonio Fabris Editor, PA, 2015.

FAENELLO, Anderson Francisco. **Padre a felicidade humana no trabalho**. São Paulo:Paulus, 2014.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

FERREIRA, Tito Lívio. **História e Lenda – 1ª série**. Editora Civilização Brasileira, 1944.

GIORDANI, Francisco A. M.P.; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina. A influência da necessidade na atuação sindical. Coordenadores Tércio José Vidotti e Francisco A.M.P.Giordani. Direito coletivo do trabalho em uma sociedade pós-industrial – estudos em homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen. Ltr, 2003.

HABÈRLE, Peter; BOFILL, Hèctor López. **Um diálogo entre Poesia e Direito Constitucional**. Saraiva, 2017.

MARTINEZ, Pedro Romano. **O Novo Código de Processo do Trabalho uma Reforma necessária**. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho. vol. VI, Almedina.

MIA COUTO. **E se Obama Fosse Africano?** 5. reimpr. Cia das Letras.

Oscar Ermida Uriarte . A Flexibilidade, Ltr, 2002.

MOREIRA, Teresa Alexandra Coelho. **Estudos de direito do Trabalho**. V. II. Almedina, 2016.

PACKARD, Vance. **Sociedade Nua**. Ibrasa-Instituição Brasileira de Difusão Cultural S.A., 1966.

PINSKY, Jaime. Introdução. Organizadores: Jaime Pinsky e Carla Ponsky. **História da Cidadania**. 6. ed. 2. Reimpr. Editora Contexto, 2015.

RORIZ, Liliane. **Conflito entre normas constitucionais**. América Jurídica, RJ, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 1 reimpr. Editora Fórum, 2016.

SCHNAPPER, Dominique. **Contra o fim do trabalho**. Terramar – Editores, Distribuidores e Livreiros Ltda., Lisboa, 1998.

SENNETT, Richard. **A corrosão do caráter**. Editora Record, 2007.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O conflito entre o processo do trabalho e o novo CPC**. Publicação Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2015.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **Os poderes do juiz do trabalho face ao novo código de processo civil**. Os Impactos do Novo CPC no Processo do Trabalho. Publicação Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, 2015.

TORRALBA F. **Lo iniludiblemente humano** – Hacia una fundamentación de la ética del cuidar. apud José Carlos Bermejo - Humanizar a Saúde – Cuidado, relações e valores. Editora Vozes, 2008.

VIANA, Márcio Túlio. **Livrem-nos da livre negociação**: aspectos subjetivos da reforma trabalhista. Coordenadores Raimundo Simão de Melo e Cláudio Jannotti da Rocha. Constitucionalismo, Trabalho, Seguridade Social e as Reformas Trabalhista e Previdenciária. LTr, 2017.

A DISPENSA COLETIVA NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO DIANTE DA LEI 13.467/2017: ENTRE O RETROCESSO SOCIAL E A RESISTÊNCIA¹

Gilberto Carlos Maistro Junior²

Introdução

No bojo de qualquer sociedade estruturada sobre o modelo de produção capitalista, salta aos olhos a centralidade do trabalho.

A verdade carregada nesta assertiva é tamanha que o constituinte originário, no intuito de mitigar a exploração humana típica das relações intersubjetivas desiguais, nas quais uma das partes detém o *poder* inerente à sua condição de *proprietário* dos meios de produção e a outra, ao lado de muitas e muitas

-
- 1 O presente trabalho representa síntese de artigo anteriormente aceito para publicação nos Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI), com pontuais adaptações e atualizações (MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. A dispensa coletiva no Direito do Trabalho brasileiro diante da Lei 13467/2017: entre o retrocesso social e a resistência. **Cadernos Jurídicos da Faculdade de Direito de Sorocaba**, ano 1, n.1. Faculdade de Direito de Sorocaba: Sorocaba, 2017. p.302-325).
 - 2 Advogado. Mestre em Direito (UNIMES/SP). Doutorando em Direito (FADISP/SP). Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI). Coordenador-Pedagógico dos Cursos de Especialização em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho da Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI). Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Membro do CEAPRO – Centro de Estudos Avançados de Processo. Diretor de Ensino da ABPT – Associação Brasileira de Processualistas do Trabalho.

peças³, conta apenas com a sua força de trabalho e convive com a *necessidade* de laborar e extrair disso sua única esperança para fim do sustento próprio e, por vezes, familiar, a partir do primado do respeito à dignidade humana (Constituição Federal – CF, artigo 1º, III), fixou um rol de direitos sociais (CF, artigo 6º), na busca de atender os interesses individuais e coletivos que apontam para a garantia de um piso mínimo existencial para todas as pessoas.

Nesse rol, encontra-se o direito ao trabalho, e, na sequência, um conjunto de regras que refletem a concretização do movimento estatal de intervenção básica nas relações trabalhistas, com a fixação de um conjunto mínimo de direitos aos trabalhadores, quer no plano individual (artigo 7º), quer no plano coletivo (artigos 8º a 11), muitos dos quais irrenunciáveis, no afã de buscar o *equilíbrio* na referida relação contratual, na qual a empresa, ser coletivo por essência, não pode livremente *negociar* com o empregado, individualmente considerado. Protege-se o empregado, portanto, com a fixação de direitos mínimos e com o direito à negociação *coletiva* que propicie resultados tendentes à majoração da sua qualidade de vida, tendo por representante outro ser coletivo por essência: o sindicato.

Por essa via, colocado o trabalho na base da ordem econômica e social (CF, artigos 170 e 193), com vistas à garantia de uma vida digna, ao bem-estar e à justiça sociais, bem como à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, artigo 3º, I), o constituinte projetou a sociedade almejada, do que não se pode afastar o resultado da atuação dos Poderes estatais, inclusive o legislativo.

3 A gerar uma espécie de competição pelas vagas que inexistem (ou se verifica com intensidade extremamente reduzida) do outro lado da relação jurídica trabalhista.

Percebe-se, pois, que o *emprego* passa a ser o elemento crucial para o sucesso desta organização político-social traçada na Carta de 1988, tanto que a busca por sua plenitude foi alçada à condição de princípio da ordem econômica (CF, artigo 170, VIII).

Ocorre que, recentemente, sob a afirmação de que se buscava *preservar empregos*, o legislador infraconstitucional, em apoio à iniciativa do Poder Executivo e com celeridade incommon no que toca à tramitação, trouxe a lume, dos arquivos, Projeto de Reforma Trabalhista que, bastante *incrementado*, foi aprovado e resultou na Lei 13467, de 13 de julho de 2017.

Todavia, a leitura da referida Lei causa espanto e demonstra a absoluta incompatibilidade (até lógica) com relação ao fim anunciado – e, conseqüentemente, ao princípio constitucional da busca do pleno emprego.

Chega-se facilmente a tal conclusão pela análise de diversos dispositivos propostos e da própria lei, em seu conjunto. Porém, é possível destacar um dispositivo, introduzido ao texto da CLT pela referida Lei da Reforma Trabalhista, que demonstra o viés absolutamente contrário das inovações, havidas em prestígio dos interesses patronais e claramente atentatórias aos mais básicos direitos dos empregados, em especial à manutenção do próprio emprego.

Trata-se do artigo 477-A, que passa a permitir a dispensa coletiva e a dispensa plúrima, equiparando-as à singela – e já contrária ao espírito do artigo 7º, I, da Constituição e da Convenção 158 da OIT – dispensa individual imotivada.

Sobre a referida alteração e a sua constitucionalidade, propõe-se um exame singelo e propedêutico, com algumas provocações tendentes à colaboração com o relevante debate que há de se estabelecer.

Propõe-se, outrossim, analisar se houve retrocesso social efetivo e se há espaço para resistência técnica, sempre na busca

da melhor interpretação possível ao dispositivo em estudo, pautada pelos ditames de nossa ordem constitucional.

Conceito de dispensa coletiva e de dispensa plúrima de empregados

Para fim de precisar o objeto deste estudo, indispensável se faz iniciar pela fixação de um conceito, um norte para que se possa compreender acerca do que se propõe tratar neste singelo trabalho.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a dispensa coletiva de empregados remete ao desligamento simultâneo de quantidade significativa de trabalhadores com os quais a empresa mantinha vínculo contratual empregatício – o que atrai a ideia de que a quantidade de trabalhadores dispensados atrela-se ao número total de empregados da empresa naquele determinado estabelecimento para fim de compor o quadro fático sobre o qual deve recair a análise visando a conclusão acerca de se tratar, ou não, de extinção coletiva por iniciativa patronal, de modo a variar de caso a caso, em sentido diverso do que se encontra na legislação de outros países, como a alemã⁴.

Vólia Bomfim Cassar acresce a esta noção o objetivo patronal de redução do quadro de empregados – com clara intenção de redução da *folha de pagamento*, some-se, via de regra sob a justificativa de dificuldades financeiras atravessadas pela empresa e a busca de alternativas para a manutenção da atividade⁵.

4 PAULA, Carlos Alberto Reis de. Dispensa coletiva e negociação. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, Síntese, v.77, n.2, abr/jun.2011. p.211.

5 **Comentários à Reforma Trabalhista**: Lei 13467, de 13 de julho de 2017. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p.59.

Carlos Alberto Reis de Paula, por sua vez, acresce outros fatores que podem justificar a dispensa coletiva ao conceituá-la da seguinte forma: *“podemos dizer que a dispensa coletiva importa o desligamento simultâneo de número significativo de empregados, movida a empresa por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos”*⁶.

Vólia Cassar acrescenta que a dispensa coletiva tem por objetivo “a manutenção da saúde econômica da empresa, sua sobrevivência e, por isso, pode reduzir apenas provisoriamente o quadro de empregados, que será restabelecido aos poucos, à medida que a empresa se recuperar”, o que não reflete posição unânime. Orlando Gomes, nos idos da década de 1970, ao analisar a dispensa coletiva como forma de reestruturação da empresa e investigar os aspectos jurídicos do que chamou de *desemprego tecnológico*, destacou como traço característico desta modalidade *“a redução definitiva do quadro do pessoal”*⁷. E concluiu:

A finalidade do empregador ao cometer a dispensa coletiva não é abrir vagas ou diminuir, por certo tempo, o número dos empregados. Seu desígnio é, ao contrário, reduzir definitivamente o quadro do pessoal. Os empregados dispensados não são substituídos, ou porque se tornaram desnecessários ou porque não tem a empresa condição de conservá-los. A exigência da reunião desses elementos de

6 Dispensa coletiva e negociação. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília: Síntese, v.77, n.2, abr/jun.2011. p.210.

7 **Dispensa coletiva na reestruturação da empresa**: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. Bahia, jul.1973. Disponível em: <<http://blogdopancotti.blogspot.com.br/2012/08/dispensa-coletiva-na-reestruturacao-da.html>>. Acesso em: 24 set. 2017.

caracterização da dispensa coletiva facilita sua distinção da dispensa ou despedida plúrima⁸.

A mencionada dispensa plúrima, segundo Orlando Gomes, se dá “*quando numa empresa se verifica uma série de despedidas singulares ou individuais, ao mesmo tempo, por motivo relativo à conduta de cada empregado dispensado*”⁹. Embora apresente conceito convergente com a lição do festejado jurista baiano no que tange ao grande número de trabalhadores que há de ser alcançado para que a dispensa possa ser considerada plúrima, Vólia Bomfim Cassar posiciona-se de modo distinto quanto ao momento destes desligamentos para que se considere verificada a modalidade sob análise. Afirma Cassar que a dispensa plúrima é caracterizada por ocorrer em uma época, “*por diversos motivos, peculiares a cada caso*”, sendo certo que a dita motivação,

É diversa e a despedida pode não ocorrer num único ato ou dia, e sim em dias diferentes dentro de um período”. Conclui: Se o fluxo destas dispensas estiver dentro do padrão de normalidade da empresa, não será considerada dispensa coletiva, mas sim plúrima¹⁰.

Como se vê, na dispensa coletiva, os trabalhadores são dispensados sem considerar a conduta individual, necessariamente. Busca-se a redução do quadro de empregados. Já na dispensa plúrima, há a motivação, calcada em algum aspecto

8 Id.Ibid.

9 Id.Ibid.

10 **Comentários à Reforma Trabalhista:** Lei 13467, de 13 de julho de 2017. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p.59. Homero Batista Mateus da Silva, por sua vez, afirma que as dispensas plúrimas são aquelas “feitas em pequenos blocos” (**Comentários à Reforma Trabalhista.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.91).

da conduta de cada empregado alcançado pela dispensa, o que faz destes pessoas determinadas que constituem, com salientado por Orlando Gomes, “um conjunto concreto de empregados”. Não há, aqui, em regra, o objetivo da redução do quadro, sendo possível até que se veja a substituição dos referidos empregados por outros, mantendo-se quantitativamente o quadro (número) de trabalhadores subordinados à empresa, diante da necessidade da continuidade da prestação de serviços para fazer frente ao exigido pela atividade empresarial específica¹¹.

Delimitadas as noções, passa-se ao exame do direito potestativo de dispensa e as suas peculiaridades quando diante da intenção patronal de dispensa coletiva.

A dispensa coletiva no direito do trabalho brasileiro: breve síntese do posicionamento majoritário da doutrina e jurisprudência, anteriores à reforma trabalhista

O posicionamento majoritário encontrado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no Brasil, tem sido no sentido de não se admitir a validade de dispensa coletiva que não tenha sido precedida de efetiva negociação coletiva.

Em obra anterior, comentando a decisão havida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região no emblemático caso *Embraer* (Dissídio Coletivo 309/2009-000-15-00), havida sob a relatoria do Des. José Antonio Pancotti, constatou-se que:

Sob o fundamento de atravessar período de grande dificuldade econômica em razão da

11 GOMES, Orlando. **Dispensa coletiva na reestruturação da empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico.** Bahia, jul.1973. Disponível em: <<http://blogdopancotti.blogspot.com.br/2012/08/dispensa-coletiva-na-reestruturacao-da.html>>. Acesso em: 24 set. 2017.

crise financeira internacional que marcava o cenário mundial de então, a Embraer dispensou cerca de 20% de sua força de trabalho (mais de 4 mil empregados), sem qualquer negociação coletiva prévia: quando restou divulgada a dispensa em massa, essa já estava em processo de realização. A empresa não tentou, junto ao sindicato da categoria profissional, qualquer medida na via negocial, no intuito de evitar as ditas dispensas (por exemplo, redução provisória de salários ou de jornada tendo por contrapartida a manutenção dos postos).

Em que pese em um primeiro momento não se encontre qualquer impeditivo expressamente positivado no que tange à prática da dispensa de grande parte dos trabalhadores (dispensa coletiva), fato é que a ausência de qualquer tentativa de negociar e, principalmente, a ausência de qualquer informação prévia aos empregados e ao sindicato acerca de tal possibilidade afrontam ao princípio da continuidade, e, antes, à dignidade humana dos trabalhadores que, em uma economia capitalista como a brasileira, dependem do seu emprego para fim de obtenção de rendimentos que garantam o efetivo acesso aos direitos básicos integrantes do piso vital mínimo [...] ¹².

Nota-se, de plano, os impactos deletérios que a dispensa coletiva pode causar na vida dos empregados alcançados e em toda a sociedade na qual inseridos. Ademais, percebe-se facilmente que o referido comportamento patronal, se não vedado expressamente, é sumariamente afastado diante da função

12 MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. **O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva**. São Paulo: LTr, 2012. p.237.

social do contrato (Código Civil, artigo 421) e da boa-fé objetiva (mesmo Código, artigo 422).

O contrato de trabalho tem finalidade inegavelmente social, indo além da busca de lucro havida legitimamente pelo empregador. Não se discute, ademais, a liberdade do empregador de organizar o seu negócio como bem lhe aprouver, o que decorre diretamente do princípio constitucional da livre iniciativa (CF, artigo 1º, IV e 170, *caput*). Todavia, a referida liberdade de empreender é limitada pelos mesmos dispositivos constitucionais que a elevam ao estado principiológico, já que acompanhada do valor social do trabalho, com o qual há de ser harmonizada.

Com isso, a liberdade do empreendedor não é ilimitada e não pode se sobrepor à finalidade *social* do trabalho. Considerado que o trabalho sustenta a ordem social brasileira, no sentido de, por ele, alcançar-se o necessário ao estado de bem-estar e justiça sociais (CF, artigo 193), resta claro que a livre iniciativa do empresário e o desenvolvimento de qualquer atividade empresarial deve tender a tal fim, a justificar, como desdobramento também da função social da propriedade (CF, artigo 170, III), função da mesma ordem no tocante à empresa.

Se é verdade que a contratação de pessoas naturais para fim de labor subordinado é necessária para o desenvolvimento das ditas atividades empresariais, esse trabalho há de conduzir a uma vida digna (CF, artigo 170, *caput*) e à melhoria das condições sociais dos obreiros (CF, artigo 7º, *caput*), sendo certo que qualquer realidade que se divorcie do aqui pontuado foge, também, dos preceitos constitucionais. Desta feita, o contrato de trabalho também há de ser marcado por características, caso a caso, que demonstrem a concretização de sua função social (Código Civil, artigo 421).

Considerada a centralidade do trabalho na economia capitalista e na ordem econômica e social brasileira, conforme

ditado no Texto Maior de 1988, é evidente que somente como última e inarredável solução poderia ser admitida a dispensa plúrima ou a coletiva. Ademais, pelo princípio da boa-fé e os deveres laterais que o acompanham, em especial os de lealdade e transparência, dos quais se desdobra o direito das partes contratantes à plena informação, é evidente que aos trabalhadores deve ser dado o direito de participar e conhecer a situação da empresa, inclusive e principalmente no que tange à extensão dos efeitos de eventual crise que a alcance, para que participem ativamente da busca de soluções adequadas, no intuito da manutenção das relações contratuais de emprego (também em prestígio ao princípio da continuidade) ou da menor agressão a este quadro almejado (o que também representa respeito e atenção ao ditado no artigo 7º, XI, parte final, da CF).

Como individualmente seria impensável tal participação, bem como considerada a comunhão dos interesses em jogo, resta clara a necessidade de representação coletiva neste processo, o que também e principalmente se exige caso o empregador conclua pela impossibilidade de manutenção dos empregos. Deste modo, atrai-se a indispensabilidade da negociação coletiva prévia a qualquer dispensa simultânea ou na mesma época de considerável número de empregados. Não por outra razão, assim já se afirmou:

Portanto, a dispensa coletiva exigiria a prévia informação acerca das condições da empresa empregadora e a tentativa de solução na via negocial, prestigiando o interesse coletivo, em favor do que há de se interpretar a lei no Brasil (neste sentido, aliás, a lei de introdução às normas do direito brasileiro, art.5º). Assim, deve ser impossível o alcance da solução necessária por outra via, após esgotada a tentativa negocial para tanto, bem como ser socialmente justa e necessária a referida dispensa,

como única forma de manter a existência da empresa, o que não ocorreu no caso em exame [analisava-se o caso *Embraer*]. E, ainda assim, necessária se faria a negociação coletiva para definir critérios de preferência para a dispensa [...], tentando minimizar os impactos sociais do ato/fato¹³.

Conclui-se: “A falta de informação que marcou o caso evidenciou a quebra da boa-fé objetiva por parte da Embraer, vez que manteve nos trabalhadores a justa expectativa da continuidade dos pactos laborais e da manutenção dos postos de serviço, injustamente frustrada”¹⁴.

Não se negue que a conduta da empresa, no caso referido, também se caracterizou antissindical, pois negou-se à prévia negociação coletiva e partiu diretamente para as dispensas. Considerada a desnecessidade de tal medida (sem prévio esgotamento negocial das possibilidades menos gravosas), além de afrontoso à boa-fé, o ato patronal foi claramente abusivo, a torná-lo, por um ou por outro motivo, ilícito (Código Civil, artigo 187). A consequência não poderia ser outra: afastamento do ato com a recomposição da ordem.

Por isso, assim decidiu o TRT da 15ª Região, conforme sintetizado em obra anterior:

Analisando a questão em sede de dissídio coletivo, o TRT da 15ª região, no mérito, declarou a abusividade da dispensa coletiva, entendeu inexistir garantia de emprego ou estabilidade que justificasse a reintegração (ressalvados os casos previstos em lei e em normas coletivas) e concedeu a cada empregado dispensado uma

13 MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. **O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva**. São Paulo: LTr, 2012. p.238.

14 Id.Ibid.

compensação financeira de dois valores correspondentes a um mês de aviso prévio, até o limite de 7 mil reais. Além disso, declarou a eficácia da medida liminar concedida em todos os seus efeitos e a manutenção dos planos de assistência médica aos trabalhadores dispensados e seus familiares por 12 meses a contar de 13.3.2009, concedendo direito de preferência aos empregados dispensados no caso de reativação dos postos de trabalho pela empresa.

Observe-se, outrossim, o afirmado pelo relator deste Processo, Des. José Antonio Pancotti, analisando o caso *Embraer* em estudo sobre a dispensa coletiva:

Por ausência de disposição de negociação coletiva prévia, para praticar a dispensa em massa, o ato patronal se afigura abusivo, por afronta aos princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva norteadores do direito privado, acolhidos pelo Código Civil de 2002, partir dos valores contemplados nos princípios constitucionais retro mencionados.

No caso, a EMBRAER só se rendeu à negociação, forçada pela liminar de suspensão dos efeitos das demissões, concedida pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Num primeiro momento, radicalmente intransigente, nada ofereceu e resistiu às propostas do Presidente do Tribunal. A negociação evoluiu, porque não se desistiu das tratativas nas primeiras audiências. Foram quinze dias de negociação. Tanto foi produtiva que culminou com uma proposta da empresa, não aceita pelo Sindicato, mas serviu de base para a solução judicial do conflito coletivo.

Por ser óbvio, num ambiente de negociação direta com mais tempo de reflexão e consulta às respectivas partes representadas, poder-se-ia evoluir para proposições de maior alcance e, possivelmente, chegar a um consenso, sem intervenção estatal.

Assim, vislumbrou-se que a ausência de negociação coletiva prévia e espontânea ao ato demissional coletivo caracterizou o ato como abusivo e ofensivo à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, à livre iniciativa e à cidadania¹⁵.

A questão chegou ao TST, pela via recursal (Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo). Embora tenha negado a violação à boa-fé objetiva no caso sob exame, a Seção de Dissídios Coletivos, sob relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado (Processo nº TST-RODC 309/2009-000-15-00) não deixou de concluir pela indispensabilidade de negociação coletiva prévia às dispensas coletivas, porém para *casos futuros*¹⁶.

15 **Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil.** Disponível em: <http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2009/10/td02_josaantonioancotti_15_aspectosjuradicosdasdispensascoletivasnobrasil_rf.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

16 Trouxe a ementa: **RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988.** A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes

pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea - sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada - é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores".

DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes.

Foi interposto Recurso Extraordinário, que foi remetido ao Superior Tribunal Federal por força do Agravo (ARE) 647651. O referido Recurso Extraordinário com Agravo passou pelo filtro da repercussão geral, e, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, agora, o feito aguarda apreciação no STF, que enfrentará a questão pertinente à exigência de negociação coletiva para que uma empresa possa promover a demissão em massa de empregados.

Assim, está sob o crivo do Supremo Tribunal Federal a questão acerca da existência ou não do direito potestativo de empregador para dispensa imotivada também no âmbito coletivo bem como da prévia necessidade de negociação com o sindicato da categoria profissional e o cabimento de dissídio coletivo frente à inviabilidade da solução negociada.

As recorrentes, como noticiado pelo próprio STF:

Alegam que a decisão violou diversos dispositivos constitucionais e que o TST, ao criar condições para a dispensa em massa, estaria atribuindo ao poder normativo da Justiça do Trabalho tarefa que a Constituição reserva a lei complementar, invadindo assim a esfera da competência do Poder Legislativo. As empresas afirmam que sua sobrevivência estaria ameaçada pela interferência indevida no seu poder de gestão, aspecto que viola o princípio da livre iniciativa¹⁷.

Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, *para casos futuros*, de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores", observados os fundamentos supra. **Recurso ordinário a que se dá provimento parcial** (DEJT 04.09.2009).

17 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=234798>>. Acesso em: 20 set. 2017.

Considerados os efeitos da decisão do Recurso Extraordinário pelo regime dos repetitivos, destacou-se o caso acima referido como paradigmático e central para o exame jurisprudencial da questão, de modo que o seu resultado, por certo, guiará os debates doutrinários vindouros acerca da matéria¹⁸.

Todavia, outros tantos podem ser referidos, para fim de estudo. Destaca-se, aqui, dentre outros, o Dissídio Coletivo tendo por suscitante o Sindicato dos Trabalhadores nas indústrias e oficinas metalúrgicas, mecânicas e de material elétrico e eletrônico, siderúrgicas, automobilísticas e de autopeças de Taubaté, Tremembé, Caraguatatuba, Ubatuba, São Luiz do Paraitinga, Redenção da Serra, Lagoinha, Natividade da Serra, Santo Antonio do Pinhal, São Bento do Sapucaí, Campos do Jordão e por suscitado LG Eletronics do Brasil Ltda, também julgado pelo TRT da 15ª Região (Processo 0007390-57.2015.5.15.0000, Rel. Des.Samuel Hugo Lima, PJe, publicação em 16/02/2016, SDC), cuja ementa traz:

DISPENSA COLETIVA. OBRIGATORIEDADE DA PRÉVIA NEGOCIAÇÃO DO PPE. BOA-FÉ OBJETIVA. INFORMAÇÃO PLENA. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA

1- A SDC do C. TST, acolhendo, no tópico, entendimento da SDC deste E. Regional, já assentou a premissa de que, com base em normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais, e, em decorrência do impacto na sociedade, *“a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”* (TST, SDC, TST-RODC-309/2009-000-15-00.4, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado).

18 Link para acompanhamento do andamento no STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=647651&classe=ARE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>

2- A negociação coletiva, à luz dos institutos da boa-fé objetiva e da transparência, não mais pode ser amesquinhada a um palco teatral com tolerância a blefes. Pelo contrário, as partes, especialmente o empregador, que detém as informações, devem colocar todas as cartas na mesa, com o objetivo da construção conjunta e madura de uma solução que responda aos seus anseios.

3- O PPE (MP nº 680, de 2015 e Lei nº 13.189, de 19/11/2015) não prevê um programa de cunho individual, a ser analisado apenas sob o limitado prisma das partes. Pelo contrário, considerando inclusive a "mens legislatoris" (parecer do Relator, Deputado Federal Daniel Vilela, no sentido de que a *"operação é, pois, financeiramente vantajosa para o governo, além de preservar parcialmente as estruturas de produção e de consumo, com efeitos benéficos sobre a arrecadação e o PIB"*), é de interesse eminentemente público. O mesmo deve ser dito em relação ao *layoff* (art. 476-A, CLT).

Por isso, considerando a previsão da função social do contrato, especialmente o coletivo, em eventual negociação prévia de dispensa coletiva a empresa está obrigada a colocar prévia e prioritariamente na cesta de opções a possibilidade, ou não, da implantação do PPE ou do *layoff*, prestando minudentes informações.

4- A não obediência às premissas acima implica abusividade da dispensa coletiva. Inexistente garantia provisória legal específica de emprego, não é possível a reintegração, resolvendo-se a lesão pela fixação de indenização compensatória decorrente da perda da chance a uma discussão séria acerca da implantação de medidas menos drásticas, especialmente do PPE.

Portanto, em suma, pode-se afirmar que a negociação coletiva é imprescindível, devendo ser prévia à dispensa coletiva¹⁹.

A dispensa coletiva de empregados à luz da lei 13467/2017: mudanças de paradigmas pós-reforma trabalhista?

Inegável que a Reforma Trabalhista adentrou à questão da dispensa coletiva de empregados no Brasil. A matéria, que antes carecia de regência específica ou, no mínimo, expressa, não foi ignorada pelo legislador *reformista*, se assim é possível referir com alguma precisão.

Tal se deu, em especial, no artigo 1º da Lei 13467, de 13 de julho de 2017, que alterou diversos dispositivos da CLT, revogou alguns e introduziu outros tantos, dentre os quais o novel artigo 477-A, *verbis*: “As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”.

O mencionado dispositivo merece ser analisado em partes, pois, a um só tempo: (a) equiparou, *para todos os fins*, as dispensas imotivadas individuais às plúrimas e, pior, às coletivas; (b) afastou a necessidade de qualquer autorização prévia de entidade sindical para tanto; e, para alguns, em leitura aqui

19 Sintetiza Homero Batista Mateus da Silva: “A melhor forma encontrada pela jurisprudência, até então, era exigir que a empresa explicasse perante a entidade sindical por que razão não adotou nenhuma estratégia preventiva ou paliativa antes de tomar a decisão da dispensa em massa, donde o entendimento de que esta modalidade agressiva de corte de postos de trabalho deveria ser previamente submetida à negociação coletiva” (**Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.91).

entendida como equivocada, (c) afastou a necessidade de prévia negociação coletiva para fim de validar a dispensa coletiva.

Pois bem. Vamos ao primeiro item: equiparação das dispensas plúrimas e coletivas às individuais. Considerado o direito potestativo de dispensa do empregador, a referida equiparação, por certo, pautou-se na intenção do legislador de estendê-lo às dispensas coletivas e plúrimas, que passariam a ser admitidas mediante a conhecida indenização compensatória que, pendente há décadas de regulamentação por lei complementar, continua sendo equivalente a 40% sobre o FGTS, na forma do ADCT, artigo 10, I e da Lei 8036/1990, artigo 18, §1º²⁰.

Nesse ponto, já se encontra um problema insuperável: não há como equiparar a dispensa de um único trabalhador à de dezenas, centenas ou milhares, simultaneamente lançados ao desemprego. As distinções no que toca aos impactos econômicos e sociais são gritantes. Para tanto, basta que se imagine a seguinte situação: uma cidade do interior que, mediante incentivos lícitos, consiga atrair uma empresa de grande porte para que nela instale uma fábrica. Tantas e tantas são as histórias como essa, que acabam por resultar no fato de que considerável parte da população local vem a ser admitida por este empregador ou por outros empreendedores cujas sortes dependem daquela empresa. Suponha-se que a referida empresa admita duas mil pessoas e que, algum tempo depois, de repente²¹, dispense a metade delas (mil empregos perdidos, portanto). Como a economia local reagiria? Considerada a concentração da fonte de

20 Tida por insuficiente para o fim a que se destina até mesmo pelos defensores da constitucionalidade da dispensa coletiva antes da Reforma. Nesse sentido, vide Júlio Bernardo do Carmo (**O Estado pode obstar a dispensa coletiva?**). Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/96_estado_dispena_coletiva.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

21 O caráter repentino não é suficientemente afastado pelo aviso prévio, que, aliás, comporta até a forma indenizada (CLT, artigo 487 §1º).

renda local, os pequenos e médios empresários da cidade, os prestadores de serviços ali instalados, dentre outros, sofreriam direto impacto em seus negócios pois perderiam grande parte dos seus consumidores. A atividade econômica como um todo sofreria desaceleração abrupta que culminaria no fechamento de outros postos e na extrema dificuldade de recolocação no mercado de trabalho, provocando o aumento de problemas sociais ou, então, o êxodo, de modo a condenar a sociedade local e a própria cidade.

Mesmo em regiões economicamente mais ricas, a dispensa coletiva causa impactos, em especial se considerado que, uma vez autorizada por lei, pode vir a ser verificada, ao mesmo tempo, por iniciativa de diversos empregadores. De todo modo, com maior, igual ou menor extensão, os reflexos negativos serão sentidos não apenas pelos empregados dispensados e suas famílias mas por toda a sociedade local, com potencial extensão dos prejuízos e dos impactos na economia regional e até suprarregional.

A análise acima traçada é por demais singela, mas, demonstra bem o impacto da dispensa coletiva. De outro lado, a dispensa de um ou alguns poucos empregados, por mais que deva ser evitada em razão do respeito que há de se guardar pela pessoa humana trabalhadora, dependente que é do seu trabalho para sobreviver, não tem a mesma extensão ou impacto social e econômico. Assim, esses rasos argumentos já se mostram suficientes para que se perceba o abismo que separa uma realidade da outra, a dispensa individual da plúrima e, principalmente, da coletiva, de modo tal que não há como se admitir a existência de regência unificada, como fixado no artigo introduzido à CLT na *Reforma*²².

22 Como bem salienta Homero Batista Mateus da Silva, em comentários sobre o artigo 477-A introduzido pela *Reforma*: “Haverá enorme discussão sobre

Não fosse o suficiente, um segundo item exige atenção, considerada a tripartição do dispositivo proposta neste singelo estudo: com o texto introduzido pela *Reforma*, a dispensa coletiva (bem como a plúrima) de empregados prescindirá de *autorização* da entidade sindical representativa da categoria obreira.

Nesse ponto, parece que não há grande problema. Ao sindicato, *ex vi* do disposto na CF, artigo 8º, III, “cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”, sendo ceto que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho” (CF, artigo 8º, VI). Logo, não há que se cogitar a *autorização* sindical prévia como elemento condicionador da validade de qualquer prática patronal, mas, sim, a *negociação* com o referido representante coletivo *sempre* que houver uma decisão que possa contrariar os *interesses da categoria*. E, não se negue, há considerável interesse da categoria na preservação de uma grande quantidade de empregos bem como no afastamento das dificuldades sociais e econômicas decorrentes da ultimação de uma dispensa coletiva.

Desse modo, naturalmente se passa para o terceiro item. A CLT *pós-Reforma* carrega o aludido dispositivo (artigo 477-A) que, *in fine*, para alguns, autoriza a dispensa coletiva sem a necessidade de prévio acordo ou convenção coletiva.

a constitucionalidade deste dispositivo. Medidas restritivas às dispensas em massa surgiram a partir da interpretação do art.7º, I, da CF, conquanto ainda não regulamentado pela lei complementar, bem assim da constatação de que o corte coletivo impacta muito além dos contratos de trabalho individualmente considerados, espalhando seus efeitos sobre a sociedade, a cadeia de fornecedores, clientes e prestadores de serviços e também a arrecadação dos impostos locais e nacionais, sobre a renda e o consumo dos trabalhadores afetados” (**Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p.90).

Como já visto, a prévia negociação coletiva consiste em imperativo decorrente do princípio da boa-fé objetiva, inerente à lealdade e à consequente transparência que se espera das partes contratantes, respeitado, inclusive, o direito à informação.

Ademais, não se pode ignorar que a liberdade patronal encontra limites constitucionais claríssimos. O primeiro deles, por certo, consiste no respeito à dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III), que, em uma sociedade capitalista, somente pode ser obtido pela via da concretização do mínimo existencial, garantido a todos, no texto constitucional, no rol exemplificativo do artigo 6º (direitos sociais)²³.

Todavia, há outros. Tome-se, por exemplo, o disposto no artigo 3º, I, do Texto Maior. No referido artigo da Constituição encontra-se o rol dos *objetivos* da República Federativa do Brasil. Pois bem. Já no inciso inaugural, lê-se que o Estado brasileiro busca a construção de uma sociedade *livre, justa e solidária*.

Na dita *solidariedade*, almejada com ares de princípio fundamental (já que inserida em previsão contida nos primeiros quatro artigos da Carta Política de 1988), encontra-se valor que toca à atividade empresarial. Tal se afirma a partir da leitura sistêmica imposta para fim de coesão do texto constitucional, a alcançar, conforme aqui se propõe, o exame do artigo 1º, III e do artigo 170, *caput*.

Tanto um quanto outro dos dispositivos mencionados afirmam como princípio fundamental e, depois, como princípio da ordem econômica no Brasil, o valor social do trabalho e da livre iniciativa (entenda-se: *capital*). Logo, *capital e trabalho* – e não *capital versus trabalho*, como de costume²⁴.

23 Para melhor análise do que aqui se afirma, remete-se a reflexões anteriores deste mesmo autor, publicadas no livro **O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva** (São Paulo: LTr, 2012. p.65 e seguintes).

24 MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. **O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva**. São Paulo: LTr, 2012. p.257.

Evidentemente que, para tanto, não basta a perspicácia do empreendedor ao tratar os empregados como *colaboradores* e discursar acerca da necessidade destes *vestirem a camisa da empresa*. Na relação laboral, bilateral que é, a dita conduta deve ser verificada de ambos os lados: a empresa também deve *vestir a camisa* dos empregados. Assim, a relação torna-se solidária e colaborativa.

Para tanto, a dispensa plúrima e, principalmente, a dispensa coletiva, somente poderiam ser cogitadas se nenhuma outra solução fosse possível para garantir a continuidade da atividade empresarial – noção que se afasta da pura busca pela maximização de lucros ou resultados positivos unicamente ao empresário ou ao investidor.

Poder-se-ia refutar a referida análise sob o fundamento de que o artigo 3º, I, da CF alude à construção de uma *sociedade solidária*, com relação a que os empresários não teriam vinculações diretas.

Ledo engano. A leitura do artigo 193 da mesma Constituição é clara ao afirmar que a *ordem social* (portanto, a sociedade) brasileira tem como *base* o primado do *trabalho* e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. Ou seja: a sociedade brasileira deve ser construída e sustentada a partir do trabalho (o que atrai a leitura dos artigos 1º, IV e 170, *caput*, que reconhecem a intrínseca relação entre os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa). Qualquer trabalho? Não! Um trabalho que conduza ao bem-estar e à justiça *sociais*. Antes, de modo harmônico, no citado artigo 170, *caput*, encontra-se a referência à ordem econômica brasileira fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim assegurar a *todos* existência digna, conforme os ditames da mesma justiça social.

Ora, fica claro que a sociedade brasileira é organizada, por força de comando constitucional, a partir do trabalho em condições de gerar bem-estar e um contexto de justiça *generalizada*,

na medida do possível. Portanto, não se pode admitir como regular exercício de liberdade, mesmo que vislumbrada sob o prisma liberal (a alcançar o discurso pautado nos direitos fundamentais à liberdade e à propriedade), muitas vezes sedutor para o empreendedor, qualquer iniciativa que leve pelo caminho oposto ao apontado no Texto Maior.

Não se pode negar que a dispensa coletiva de trabalhadores não conduz ao referido estado de bem-estar social, nem mesmo colabora para que se alcance a justiça para todos ou, ao menos, uma solução justa para a sociedade, que pagará o preço da referida conduta patronal, com maior ou menor extensão, a depender da localidade e do contexto econômico nela vivenciado, conforme já tratado.

Essas constatações, por si, bastariam para atrair névoa sobre a constitucionalidade do novel dispositivo, introduzido pela Lei 13467/2017 à CLT. Porém, há mais o que pontuar, mesmo dentro da proposta destas linhas, qual seja, uma singela *provocação* com intuito de servir como visão meramente propedêutica ao estudo da questão.

O mesmo artigo 170 da Constituição Federal, ao tratar da ordem econômica brasileira, após afirmar que esta tem por fundamento os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e que objetiva, com isso (entenda-se, com a harmonização da referida relação, essencialmente conflituosa), alcançar a justiça social, fixa, para tanto, alguns princípios, dentre os quais é necessário destacar a função social da propriedade (CF, artigo 170, III) e a busca do pleno emprego (CF, artigo 170, VIII).

A imposição do exercício do direito de propriedade guiado pela sua função social justifica a afirmação acerca da existência de uma imposição constitucional aos empregadores: a condução de sua atividade empresarial com vistas ao alcance dos objetivos da ordem social brasileira, dentre eles a solidariedade para fim de se alcançar justiça e bem-estar sociais. Eis o que se

pode entender como essência de um princípio específico: o da função social da empresa.

A junção dessa conclusão com a imposição da busca do pleno emprego, que, por si, é contraditória com um quadro de dispensa coletiva de empregados, aumenta a já nebulosa constitucionalidade da previsão contida no artigo 477-A da CLT, introduzido pela *Reforma*.

Assim, a conclusão no sentido da inconstitucionalidade da dita previsão emerge como muito sólida. Mas fica uma outra questão: será possível afastá-la, através de uma interpretação do artigo 477-A *conforme a Constituição*?

A resposta é positiva. Para tanto, basta que se mantenha o entendimento sedimentado na doutrina e na jurisprudência majoritárias, segundo o qual fere a boa-fé objetiva a dispensa coletiva sem a prévia negociação coletiva, na qual se busque, com absoluta transparência, a verificação de todas as possíveis soluções para a superação de eventual momento de crise, e, diante delas, se tenha a opção por aquela que menos agrida os princípios e os objetivos constitucionais referidos neste estudo.

Portanto, mesmo com a *Reforma* e a introdução da absurda disposição carregada no artigo 477-A da CLT alterada, entende-se que a validade da dispensa coletiva – e até mesmo da plúrima – dependerá da prévia negociação coletiva, havida com transparência e lealdade, sob pena de restar caracterizada violação à boa-fé objetiva e, conseqüentemente, tornar o ato ilícito.

Há, ainda, um último elemento a somar, certamente mais pobre, todavia, merecedor de atenção: o artigo 477-A analisado traz que a dispensa coletiva pode ser ultimada pelo empregado sem a necessidade de autorização do sindicato ou de prévio acordo ou convenção coletiva nesse sentido. Observe-se que o dispositivo não dispensa a prévia *negociação coletiva*. O resultado desta, com a celebração de avença tendo por objeto a dispensa coletiva ou não, consiste em realidade absolutamente

divorciada da existência de efetiva negociação coletiva. Pode-se chegar a um impasse no seio de um procedimento sério, transparente e leal de negociação. Porém, é certo que, se tal ocorreu, diversas outras possibilidades terão sido levantadas, de modo que restará aclarada ao empregador, provavelmente, uma série de caminhos alternativos à dispensa ou, então, os critérios a serem observados para a efetivação desta com o menor impacto possível aos interesses dos trabalhadores, da categoria e, certamente, da própria sociedade.

Percebe-se, assim, que a lei mudou mas os paradigmas reais a serem considerados, não: a dispensa coletiva, mesmo a luz do infeliz texto do artigo 477-A da CLT, ainda depende de prévia negociação coletiva, sob pena de não ser válida, com as consequências jurídicas disso advindas, em especial o direito dos trabalhadores atingidos à reintegração e às indenizações, estas, em especial, quanto às verbas do período de afastamento. Muito há de se caminhar nesse sentido, ainda, para a construção da adequada interpretação conforme a Constituição Federal. Já se tem notícia de decisões em ambos os sentidos, permitindo (tendo por fundamentos, dentre outros, o direito potestativo patronal de dispensa e o princípio da legalidade)²⁵ e rechaçando²⁶ as dispensas coletivas sem prévia negociação

25 TST. Correição Parcial ou Reclamação Correicional nº 1000393-87.2017.5.00.0000. Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho. d.j.05.01.2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ministro-tst-garante-demissao-coletiva.pdf>. Acesso em: 01.02.2018. Também: TRT-da 15ª Região. Mandado de Segurança 0005021-85.2018.5.15.0000. Rel. Juiz Marcelo Magalhães Rufino. d.j.15.01.2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/1/art20180118-03.pdf#LS>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

26 Decisão monocrática da Desembargadora Beatriz Renck, do TRT da 4ª Região, nos autos do Mandado de Segurança 0022585-20.2017.5.04.0000. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/156727>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

coletiva. Assim, o campo para as construções doutrinárias, a partir de debates sérios e isentos, está pavimentado, indispensáveis que são para auxiliar na construção da jurisprudência no sentido propício ao cumprimento da promessa constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Considerações finais

A boa-fé, dentre outros princípios e regras destacados no decorrer deste texto, exige previa negociação coletiva para fim de dispensa em massa.

A Lei 13467/17, no art.1º, introduz na CLT o art 477-A que, aparentemente, dispensa a necessidade da referida providência. Todavia, se assim interpretado conduzirá ao retrocesso social e deve ser considerado inconstitucional.

A alternativa é a promoção de interpretação conforme a Constituição, com a manutenção da negociação coletiva prévia para fim de validade da dispensa coletiva, de modo tal que se pode sustentar que a disposição legal introduzida pela Lei da *Reforma Trabalhista* não alterou, efetivamente, qualquer paradigma quanto à questão das dispensas coletivas no Brasil e as exigências que o sistema dita para que possam ser tidas como válidas.

Parece claro que não foi essa a intenção do legislador reformista, de modo que razão assiste a Homero Batista Mateus da Silva ao afirmar: “A redação do art. 477-A, ciente desse entendimento [exigência da prévia negociação coletiva para a dispensa coletiva], procura extirpar qualquer necessidade de entendimento sindical”²⁷. Porém, como acima salientado, caso se

²⁷ **Comentários à Reforma Trabalhista.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P.91. No mesmo sentido, afirmando que a regra do artigo 477-A da CLT, introduzido pela Lei 13467/2017, equipara as dispensas coletivas às dispensas individuais, de modo que passam a prescindir de autorização

dê esse sentido à regra em exame, esta restará condenada à inconstitucionalidade.

Referências

CARMO, Julio Bernardo do. **O Estado pode obstar a dispensa coletiva?** Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/96_estado_dispensa_coletiva.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista: Lei 13467, de 13 de julho de 2017.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p.59.

GOMES, Orlando. **Dispensa coletiva na reestruturação da empresa:** aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. Bahia, jul.1973. Disponível em: <<http://blogdopancotti.blogspot.com.br/2012/08/dispensa-coletiva-na-reestruturacao-da.html>>. Acesso em: 24 set. 2017.

LIMA, Francisco Melton Marques de Lima; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista: entenda ponto a ponto.** São Paulo: LTr, 2017.

sindical (concluem que a lei “liberou geral”), vide: LIMA, Francisco Melton Marques de Lima; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista: entenda ponto a ponto.** São Paulo: LTr, 2017. p.78. Vide, também, MIGLIORANZI, Juliana Migot; HABERMANN, Raíra Tuckmantel. (**Comentários à Reforma Trabalhista.** Leme: Habermann, 2017. p.149): “Logo, indo além em oposição do que apregoa, o projeto autorizou, expressamente, e com isso até incentiva, as dispensas coletivas, contrariando a jurisprudência do TST, que, passou a exigir uma negociação prévia com os sindicatos objetivando o resultado social e economicamente trágico da eliminação coletiva de empregos”. Como visto, entende-se que esta interpretação macula de inconstitucionalidade o dispositivo, que, pelo demonstrado neste estudo, pode ser entendido *conforme a Constituição*, a resultar na manutenção da exigência da prévia negociação coletiva.

MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. **O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva**. São Paulo: LTr, 2012.

MEIRELES, Edilton. **Natureza jurídica e limites da dispensa arbitrária ou sem justa causa**. Disponível em: <http://ediltonmeireles.com/?p=41#_ftn2>. Acesso em: 23 set. 2017.

MIGLIORANZI, Juliana Migot; HABERMANN, Raíra Tuckmantel. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Leme: Habermann, 2017. p.149.

PANCOTTI, José Antonio. **Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil**. Disponível em: <http://www.enamat.gov.br/wp-content/uploads/2009/10/td02_josaantonio pancotti_15_aspectosjuradicosdasdispensascoletivasnobrasil_rf.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. Dispensa coletiva e negociação. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília: Síntese, v.77, n.2, abr/jun.2011. p.209-217.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **A dispensa coletiva na Lei 13467/2017 da Reforma Trabalhista**. Disponível em: <<https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/482031778/a-dispensa-coletiva-na-lei-n-13467-2017-da-reforma-trabalhista>>. Acesso em 25 set. 2017.

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

VIALÔGO, Tales Manoel Lima; NEGREIROS, Guilherme Enei Vidal de. A demissão coletiva no direito brasileiro. In: **Revista JurisFIB**, v.III, ano III. Bauru: dez.2012. p.286-292.

A ARBITRAGEM APLICADA NO DIREITO DO TRABALHO APÓS A REFORMA

Gleibe Pretti¹

Breve história da arbitragem no Brasil

O tema a ser abordado nesse artigo, ou seja, a arbitragem, é um dos métodos alternativos mais utilizado de solução de litígios fora da esfera judiciária.

Trata-se de uma instituição privada, instalada exclusivamente por vontade das partes, devendo essas, serem capazes e o conflito versar sobre direitos patrimoniais disponíveis (as partes possam legalmente dispor), confiando a um terceiro neutro e imparcial, o qual é denominado juiz arbitral (imparciais), que pode ser indicado pelas partes, nomeados por juiz ou consentidos por elas em indicação de terceiro.

Diferentemente da conciliação e mediação, tendo em vista que as mesmas, nos dias de hoje, tratando-se de uma “grande

1 Professor das Faculdade UnG, assim como dos cursos IDP, Alfa Concursos, Pretti Cursos e Instituto JB Oliveira. Advogado, Perito Judicial (Avaliação de imóveis e grafotécnica) e árbitro do Ministério da Cultura (MinC)-Departamento de direitos intelectuais (DDI). Formado pela Universidade São Francisco, em Direito. Licenciado em Sociologia. Pós-graduado em Direito Constitucional pela UNIFIA. Pós-graduado em Direito e processo do Trabalho pela UNIFIA. Mestre pela Universidade de Guarulhos. Autor de mais de 40 livros em especial, Direito Contratual do Trabalho pela ed. LTR, Arbitragem nas relações de Trabalho, ed. LTR. Prática Trabalhista com modelos de peças e contratos, conforme a reforma Ed. LTR.

novidade”, a área trabalhista sempre atuou com grande assertiva para a solução dos conflitos.

O que sempre foi motivo de “chacota” das demais áreas, nos dias atuais, com o implemento do novo CPC, trata-se de uma prática no dia a dia das lides e solução das mesmas, assim como criação dos CEJUSCS.

Bom, voltando a arbitragem, os árbitros escolhidos pelas partes julgam esse conflito de interesses conforme seu duto entendimento, lhe dando uma sentença, tendo força de coisa julgada como na justiça comum, porém, nem sempre foi assim.

O nosso judiciário brasileiro, embora tenha desenvolvido ao longo dos últimos anos mecanismos que tentam dar celeridade às suas demandas judiciais, ainda está aquém de cumprir essas demandas dentro do menor espaço de tempo na sua jurisdição, sendo que se dependermos do Estado a tendência é uma demora tamanha para a solução dos conflitos.

Diante desse colapso institucional gerado principalmente pelo número insuficiente de magistrados e servidores, em relação a tais demandas, os que esperam a resposta do Estado para usufruir da justiça pleiteada ficam inconformados, gerando certa revolta e o levando muitas vezes a tutelar essa justiça de forma executória.

Serão abordadas algumas das normas do nosso ordenamento jurídico que fazem referências à arbitragem, como nossa Carta Magna CF/88, o Código Civil e Código de Processo Civil.

Com os avanços, será tratado, também a primeira lei específica sobre arbitragem, a lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, bem como a promulgação da última, a Lei 13.129 de 26 de maio de 2015, fazendo comparativos entre as duas leis, as principais mudanças, as revogações, o que melhorou e o que foi inovado pela nova lei.

A arbitragem na área trabalhista

Do ponto de vista cultural, a arbitragem não tem sido o meio mais utilizado de resolução de conflitos, no Brasil.

Na maioria das vezes quando uma pessoa se depara com um problema, logo vem em mente a intenção do ajuizamento de uma ação, para que o Judiciário indique uma solução.

Entretanto, as pessoas não analisam profundamente as consequências de uma ação judicial, ou seja, que a demanda poderá ter um resultado não esperado e, especialmente, não se tem ideia de quanto tempo será necessário para haver uma solução definitiva para aquele conflito.

Com a reforma trabalhista, temos a possibilidade de condenação do autor por litigância de má fé, sucumbência e custas se não fizer provas do seu pedido, na exordial.

O Código de Processo Civil de 2015 aumentou a importância da arbitragem nos conflitos, abrindo caminho para a sua utilização até nos casos trabalhistas.

Com a lei que alterou a CLT, 13467/17, trouxe a arbitragem para algumas situações, dentre elas:

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Nessa esteira, a utilização do juízo arbitral em causas trabalhistas ainda gera uma grande insegurança jurídica, posto que existe a possibilidade dos tribunais invalidarem a decisão

por arbitragem, o que se caracteriza como um grande obstáculo para a adoção dessa prática.

Atualmente, a posição de especialistas está dividida quanto à validade das decisões arbitrais em questões trabalhistas.

A possibilidade de uso da arbitragem para a resolução de conflitos trabalhistas tem diversos defensores, entre eles, o ministro do STF – Supremo Tribunal Federal - Gilmar Mendes e o presidente do TST – Tribunal Superior do Trabalho - Ives Gandra Filho.

Saliento, desta feita, a decisão abaixo, do E. TST, em que determina:

Decisão de juiz arbitral é validada pela Justiça do Trabalho

A Sétima Turma do TST manteve decisão que reconhece como válida e eficaz, para todos os fins de direito, sentença proferida por juiz arbitral em ação trabalhista.

A questão refere-se a um processo movido por uma ex-empregada das Lojas Brasileiras S/A, de Feira de Santana/BA, demitida, junto com outros funcionários, em função do fechamento da filial na cidade.

Em assembléia, as partes – empresa e trabalhadores – escolheram como árbitro a pessoa indicada pelos trabalhadores – “o presidente da categoria profissional”, conforme registra o TRT da 5ª região – e submeteram à apreciação do juízo arbitral a questão do fechamento da loja.

A rescisão do contrato foi homologada pelo juiz arbitral, que fez constar na sentença que a trabalhadora deu “ampla e irrevogável quitação à presente arbitragem, bem como ao extinto contrato de trabalho para nada mais reclamar contra a empresa, seja a que título for.

Apesar disso, ela entrou com ação trabalhista contra a empresa, visando obter o reconhecimento de direito a diferenças salariais. Sustentou que a decisão do juiz arbitral seria inválida.

Essa alegação foi rejeitada, e o processo acabou extinto sem julgamento do mérito pelo TRT da 5ª região, sob o entendimento de que, tendo a sentença arbitral sido proferida nos termos da lei, 'há de ser declarada válida e eficaz, produzindo efeito de coisa julgada entre as partes'.

A trabalhadora contestou essa decisão mediante recurso de revista, cujo seguimento foi negado pelo TRT, o que a levou a apelar ao TST. Em agravo de instrumento, sustentou que, ao contrário do que afirmara o Tribunal Regional, foram satisfeitos os requisitos legais para a aceitação do recurso.

Alegou que a lei nº 9307/96 ([clique aqui](#)), que instituiu a utilização do juízo arbitral no Brasil, seria inconstitucional e defendeu a tese de invalidade do termo de arbitragem que homologou sua rescisão contratual, pois não foram juntadas cópias da ata de formação, de votação e de publicações em jornais e editais do comprovante de registro de cartório e do Ministério do Trabalho, além do que houve ressalva, no termo de quitação, pelo sindicato que a assistiu.

Para o relator da matéria, ministro Pedro Paulo Manus, o dispositivo constitucional que estabelece que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário não é incompatível com o compromisso arbitral e os efeitos de coisa julgada de que trata a lei nº 9307/96.

Em sua análise, ele afirma que a arbitragem se caracteriza como forma alternativa de prevenção ou solução de conflito à qual as partes aderem “por força de suas próprias vontades” –, e a CF/88 (clique aqui) “não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário”.

E conclui pela rejeição das alegações sobre a afronta à norma constitucional e a alegada inconstitucionalidade da lei nº 9307/96, destacando que o TRT reconheceu não haver vício na sentença proferida pelo juiz arbitral no caso em questão.

Durante o julgamento, o voto do relator foi destacado por outro membro da Sétima Turma, o ministro Guilherme Caputo Bastos, pelo ineditismo da matéria no TST.

O presidente da Turma, ministro Ives Gandra Martins Filho, também considerou tratar-se de decisão importante, na medida em que prestigia o papel do juízo arbitral no processo trabalhista brasileiro. RR 1640/2003-051-01-40.0

Esses especialistas defendem a arbitragem, pois entendem que a judicialização não pode ser a única forma de solução de conflitos trabalhistas, até porque o Judiciário não dá conta de tantos processos, sendo que somente no ano de 2016 foram ajuizados 3,4 milhões de processos na Justiça do trabalho.

Por outro lado, existem especialistas que sustentam a impossibilidade de arbitragem nas questões trabalhista, em razão da hipossuficiência do empregado que deve ser protegido pelo Judiciário, entendendo também que os direitos trabalhistas são indisponíveis e, portanto, irrenunciáveis.

Ao nosso ver, a arbitragem na seara trabalhista, é a melhor forma da solução dos conflitos.

O que muda com a reforma da lei de arbitragem?

Foi sancionada pela Presidência da República a Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96). Salvo pelas exclusões relativas à arbitragem em matéria trabalhista e de Direito do Consumidor, vetos que ainda deverão ser apreciados pelo Congresso.

A nova Lei apresentou inovações e alterações importantes que vão desde regras processuais, passando pela arbitragem aplicada aos contratos da Administração Pública, até a regulamentação do direito de retirada de acionista dissidente em relação à deliberação societária que inclui a convenção de arbitragem no estatuto social.

Importante ressaltar que a lei de arbitragem, no que tange as tutelas de urgência, que a Lei nº 13.129/2015 implementou foi a regulamentação, no texto da Lei de Arbitragem, constantes dos novos arts. 22-A e 22-B.

De acordo com o novo conteúdo da Lei nº 9.307/1996, somente antes de instituída a arbitragem poderão as partes recorrer ao Poder Judiciário para a concessão das medidas cautelares ou de urgência, sendo que, uma vez instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar.

Caso a arbitragem já estiver instituída, a segurança deverá ser requerida diretamente aos árbitros.

Julgados acerca de arbitragem

O Tribunal Superior do Trabalho - TST por sua vez, nas poucas oportunidades em que foi instado a se manifestar sobre o assunto sempre o fez de forma favorável.

Em recentíssimo acórdão da 7ª. Turma, o Ministro Relator Ives Gandra Martins Filho foi enfático ao afirmar que “a

arbitragem (Lei 9.307/96) é passível de utilização para solução dos conflitos trabalhistas, constituindo, com as comissões de conciliação prévia (CLT, arts. 625-A a 625-H), meios alternativos de composição de conflitos, que desafogam o Judiciário e podem proporcionar soluções mais satisfatórias do que as impostas pelo Estado-juiz.” AIRR – 2547/2002-077-02-40.

Nessa mesma linha de raciocínio, o TST já tinha se manifestado em 2005, no sentido de “que o juízo arbitral..., tem plena aplicabilidade na esfera trabalhista porque há direitos patrimoniais disponíveis no âmbito do direito do trabalho.... É que, ao se afirmar, genericamente, que os direitos trabalhistas constituem direitos patrimoniais indisponíveis, não se leva em conta que o princípio da irrenunciabilidade de tais direitos foi, em diversas situações, mitigado pelo legislador... Isso porque, apenas no ato da contratação ou na vigência de um contrato de trabalho considera-se perfeitamente válida a tese da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, posto que é de se reconhecer que a desvantagem em que uma das partes se encontra, pode impedi-lo de manifestar livremente vontade. Após a dissolução do pacto, no entanto, não há que se falar em vulnerabilidade, hipossuficiência, irrenunciabilidade ou indisponibilidade, na medida em que empregado não mais está dependente do empregador.”RR - 1650/1999-003-15-00 – Juíza convocada Maria Doralice Novaes – Relatora.

Conclusões

Como pode ser visto, existem inúmeras vantagens no que tange a utilização da arbitragem como um meio alternativo de solução dos conflitos trabalhistas. Todavia, para que tal instituto seja realmente aceito e principalmente utilizado é necessário um consenso de toda a comunidade.

Apesar de ainda haver a existência do preconceito contra a sua utilização, bastante já foi suplantado, entretanto, ainda resta muito a ser feito.

Diante do exposto, pode-se completar que melhorias extraordinárias já foram registradas num assunto tão definitivamente que se opõem às novas manifestações culturais, até mesmo, para o sistema jurídico.

Resta agora conscientizar a população, bem como magistrados e advogados, na tentativa de se obter uma maior utilização da arbitragem, para que com isso se consiga pelo menos diminuir a crise que assola o judiciário, inclusive o trabalhista, oportunizando aos cidadãos uma mais célere resolução de seus conflitos e um maior acesso à justiça.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520**: informação e documentação: apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 14724**: informação e documentação: citações em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. **Arbitragem na Justiça Laboral**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6254>>. Acesso em: 03 jul. 2009.

AMARAL, Lídia Miranda de Lima. **Mediação e arbitragem**: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil. São Paulo: LTr, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. 20. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003.

_____. **Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. In: VadeMecum. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação**. Adrs. Mediação. Conciliação e arbitragem. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JÚNIOR, Asdrubal. **Arbitragem trabalhista**. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/38254>>. Acesso em: 16 jul. 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Arbitragem como forma de solução de conflitos trabalhistas**. Disponível em: <<http://www.taab.com.br/noticia2.asp?cod=9>>. Acesso em: 16 jul. 2009

PRETTI, Gleibe. **Arbitragem nas relações de trabalho após a reforma trabalhista**. São Paulo: LTR, 2018.

RAMOS FILHO, Wilson. **O fim do poder normativo e a arbitragem**. São Paulo: LTr, 1999.

A REFORMA TRABALHISTA E SUAS “MODERNIDADES” NA VISÃO DO MUNDO EXTERIOR O “CASO BRASIL” NA 106ª CONFERÊNCIA INTERNACIONAL DO TRABALHO E AS VIOLAÇÕES ÀS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO

Guilherme Guimarães Feliciano¹

Luciana Paula Conforti²

Noemia Aparecida Garcia Porto³

Introdução

A 106ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada entre os dias de 05 e 16 de junho de 2017, em Genebra, Suíça, foi marcada e certamente será lembrada pelo “caso Brasil”. O país, por pouco, não figurou na lista dos 24 casos selecionados para a discussão individual ao longo da Conferência, no tocante à violação das normas internacionais do trabalho, mas continua na lista dos 40 países que estão

-
- 1 Presidente da ANAMATRA. Professor Associado II da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Assina mensalmente a coluna “Juízo de Valor”, do JOTA.
 - 2 Diretora de Cidadania e Direitos Humanos da ANAMATRA. Doutoranda em Direito, Estado e Constituição pela UnB, Juíza do Trabalho da 6ª Região. E-mail: lucianapaulaconforti@gmail.com
 - 3 Vice-Presidente da ANAMATRA. Doutora em Direito, Estado e Constituição pela UnB, Juíza do Trabalho na 10ª Região e Professora da Faculdade Processus. E-mail:

sendo monitorados pelo Comitê de Peritos da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

Após a divulgação de que o Brasil não figuraria entre os 24 casos selecionados para a discussão na Conferência, a mídia nacional veiculou notícias de que a denúncia contra o país tinha sido arquivada e que a Organização Internacional do Trabalho reconheceu a modernização da reforma trabalhista.

Segundo o Globo, a referida notícia foi disseminada pelo deputado federal Rogério Marinho (PSDB-RN), relator da reforma trabalhista na Câmara dos Deputados e replicada pelos canais de comunicação do partido político ao qual está vinculado, para defesa da reforma trabalhista.⁴

No dia 28 de junho de 2017, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal aprovou relatório favorável à reforma trabalhista, sem modificações no texto enviado pela Câmara dos Deputados, com breve previsão de votação em plenário.⁵

O objetivo do artigo é esclarecer os fatos que envolveram a retirada do “caso Brasil” da 106ª Conferência Internacional do Trabalho e ainda que de modo bastante resumido, o procedimento de monitoramento adotado pela OIT, a fim de alertar a sociedade sobre os iminentes riscos que reformas precarizantes das condições de trabalho podem trazer ao país.

Sobre os mecanismos de controle adotados pela OIT

De fato, a OIT não ratificou a reforma trabalhista - recentemente aprovada pelo Parlamento brasileiro e sancionada pelo

4 Reforma trabalhista. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/eissomesmo/post/psdb-altera-entendimento-da-oit-para-fortalecer-reforma-trabalhista.html>>. Acesso em: 01 jul.2017.

5 Reforma trabalhista. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/ccj-do-senado-aprova-texto-base-da-reforma-trabalhista.ghtml>>. Acesso em: 01 jul.2017.

Presidente da República, sob o número 13.467/2017, para entrar em vigor após 120 dias -, nem tampouco a afirmou isenta de violações às normas internacionais do trabalho, como certos setores chegaram a alardear. Ao não figurar entre os 24 casos que foram selecionados para discussão na 106ª Conferência Internacional do Trabalho, o Brasil continuará sendo analisado pelo procedimento ordinário; tampouco houve arquivamento da “denúncia” a, como falaciosamente chegou a ser noticiado na imprensa, já que sequer existe formalmente uma “denúncia” e não houve exame de mérito a esse respeito.

Quando um país ratifica uma convenção internacional, vê-se obrigado a apresentar memórias regulares sobre as medidas que tem adotado para aplicá-la, no plano jurídico e na prática. Isso pode exigir, por exemplo, a alteração da legislação interna, no que contrarie diretamente a norma internacional e a adoção de políticas públicas específicas, a depender do tema tratado pela Convenção Internacional do Trabalho, das peculiaridades do país que pretende aplicá-la e até a superação de questões culturais. A ratificação de uma norma internacional, a propósito, impacta diretamente nas ações dos Estados-membros, inclusive no campo da construção jurisprudencial dos tribunais dos respectivos países.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT é uma agência da Organização das Nações Unidas - ONU e a única com funcionamento tripartite (integrado por governos e organizações de empregadores e trabalhadores). Desde 1919, mediante o sistema tripartite, foram aprovadas pela OIT diversas convenções e recomendações internacionais de proteção ao trabalho (mais de 180 convenções, sujeitas à ratificação pelos Estados-membros e mais de 190 recomendações, não vinculativas, com orientações políticas e ações nacionais para o alcance dos objetivos previstos nas convenções). Atualmente

a OIT conta com 187 Estados-membros, dentre eles, o Brasil, um de seus fundadores.

No que diz respeito aos sistemas de controle da OIT, além da análise anual pelo Comitê de Peritos (sistema regular de controle), há a possibilidade de instauração de processos contenciosos, designados “reclamações”, em face de um país-membro com fundamento na aplicação de uma convenção ratificada ou de sua violação. Se a reclamação for considerada admissível pelo Conselho de Administração da OIT, este nomeará um comitê tripartido para examinar a questão, com a apresentação posterior de relatório ao Conselho de Administração, com as suas conclusões e recomendações. Além disso, qualquer país-membro pode apresentar uma queixa junto à OIT em face de outro país-membro, quando entender que o denunciado não assegurou, de forma satisfatória, a aplicação de uma convenção que ambos tenham ratificado.

Esse processo pode ser igualmente iniciado oficiosamente pelo próprio Conselho de Administração ou no seguimento de uma queixa apresentada por um delegado à Conferência Internacional do Trabalho. Se necessário, a Comissão de Inquérito formula recomendações sobre as medidas a adotar. Se os governos não aceitarem estas recomendações, podem submeter o caso ao Tribunal Internacional de Justiça.⁶

As memórias emitidas pelos governos devem ser encaminhadas para a representação de trabalhadores e empregadores, as quais podem fazer comentários sobre as declarações do governo e enviar comentários próprios sobre a aplicação das Convenções Internacionais diretamente à OIT.

A Comissão de Peritos foi criada em 1926, com mandato de três anos, é composta por 20 juristas independentes, de

6 ILO. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_03b_pt.htm>. Acesso em: 03 jul.2017.

renome internacional e oriundos de países diversos, com diferentes sistemas jurídicos e culturas, com o objetivo de examinar as memórias dos governos sobre as normas internacionais ratificadas.

Ao analisar a aplicação das normas internacionais do trabalho, a Comissão de Peritos emite dois tipos de manifestações: observações e solicitações diretas. As observações contêm comentários sobre as questões fundamentais relativas à aplicação de um determinado convênio por parte de um Estado e são publicadas em um informativo anual da Comissão. As solicitações diretas contêm comentários com questões mais técnicas ou com pedidos de esclarecimentos aos governos.

O informe anual da Comissão de Peritos é composto de três partes: a primeira parte contém o informe geral, que inclui comentários acerca do respeito dos Estados-membros às suas obrigações constitucionais; a segunda parte contém observações sobre a aplicação das normas internacionais do trabalho; e a terceira parte contém o estudo geral.⁷

O que se pode notar é que, primeiro, a OIT atua de forma a promover o diálogo tripartite. Além disso, a aplicação e a interpretação dos atos internacionais, que justamente são fruto desse diálogo, recebem atenção permanente desse organismo internacional. A Conferência anual, embora consubstancie momento muito importante da atuação internacional, não encerra ou finaliza esse processo permanente de diálogo e de fiscalização, que busca a construção efetiva de um ambiente laboral que possa reproduzir boas práticas num contexto de trabalho decente.

7 ILO. Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang>>. Acesso em: 01 jul.2017.

“Trabalho não é mercadoria”: dignidade humana como elemento reitor da interpretação/aplicação das normas internacionais do trabalho. Lei n. 13.467/2017 - Primeira aproximação

Em 1944, os delegados da Conferência Internacional do Trabalho adotaram a Declaração de Filadélfia que, como anexo à sua Constituição, representa, desde então, a carta de princípios e objetivos da OIT. Esta Declaração serviu de referência para a adoção da Carta das Nações Unidas (1946) e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Dentre os traços fundamentais do “espírito de Filadélfia”, destaca-se a proclamação da dignidade humana como predicamento inerente a todos os membros da família e base da liberdade, da justiça e da paz no mundo. A dignidade foi erigida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem como princípio fundador da ordem jurídica, que sustenta todos os princípios e direitos fundamentais. Nesse contexto, o princípio da dignidade obriga a ligar os imperativos da liberdade e da segurança, não só a segurança física, mas segurança econômica suficiente para liberar os seres humanos do terror e da miséria. Porém, como atesta Alain SUPIOT, é a perspectiva inversa que preside o atual processo de globalização: o objetivo de justiça social foi substituído pelo da livre circulação de capitais e mercadorias, e a hierarquia de meios e fins foi derrubada. Em lugar de indexar a economia às necessidades dos homens e a finança às necessidades da economia, indexa-se a economia às exigências das finanças, e tratam-se os homens como “capital humano” a serviço da economia.⁸

8 SUPIOT, Alain. **O espírito da Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Sulina, 2014, p. 21-23.

Para a Conferência de Filadélfia, **(a)** o trabalho não é mercadoria; **(b)** a liberdade de expressão e de associação é fundamental para o progresso social; **(c)** a pobreza onde quer que esteja é ameaça para a paz e prosperidade; **(d)** cada Nação deve criar instrumentos para atendimento das necessidades sociais do trabalhador; e **(e)** todos os seres humanos têm direito a progresso material, desenvolvimento espiritual em liberdade, dignidade, segurança econômica e igual oportunidade.

Em 1998, na esteira das grandes declarações de princípios relacionados ao trabalho, aprovou-se a Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho e respectivo acompanhamento. Pela citada declaração, são temas prioritários para a OIT: a) liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva do trabalho; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; d) a eliminação de discriminação em matéria de emprego e de profissão.

Esta Declaração relativa aos direitos fundamentais no trabalho sublinha que todos os Estados-membros têm a obrigação de respeitar os princípios fundamentais nela consagrados, quer tenham ou não ratificado as convenções da OIT correspondentes. Identifica, por assim dizer, o que configura "*ius cogens*" internacional em sede laboral, com compromisso prioritário de observação por todos os Estados-membros, sejam ou não signatários das respectivas convenções.

O que se nota é que o principal eixo da normativa internacional é a do trabalho como expressão de um direito e instrumento de realização da cidadania, não podendo ser equiparado ao mero evento econômico, inclusive diante dos riscos sociais que estão implicados na permanência de sociedades desiguais e que não primam pela construção de oportunidades para todos.

Isto é, fundamentalmente, o que foi lateralizado nos debates parlamentares que culminaram com a sanção da Lei n. 13.487/2017. Passa-se a admitir, no “espírito” da lei, que o negociado coletivamente prevaleça sobre a lei, em toda sorte de assuntos – e para além do que está no art. 7º da Constituição –, mesmo quando prejudique a condição social dos trabalhadores representados pelo sindicato. *In verbis*:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

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;

XIV - 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. [...]

O novel parágrafo 3º do artigo 8º da CLT, vale bem lembrar, passa a positivar, para os juízes do Trabalho, um insondável “princípio da intervenção mínima”.

A lei, portanto, deixa de responder pela régua da civilidade mínima nas relações entre capital e trabalho. E o Poder Judiciário, na mesma esteira, assume contornos minimalistas. Sepulta-se, nessa esteira, a célebre máxima do dominicano Jean-Baptiste-Henri Dominique Lacordaire: “Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit.”⁹

Inexorável retrocesso, portanto. Inclusive na perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito

9 LACORDAIRE, J. B. H.D. *Conférences de Notre-Dame de Paris*. Paris: Sagnier et Bray, 1848. p. 246. Em português: “Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.

Internacional do Trabalho. Compreender melhor essa desconformidade – dir-se-á **inconvencionalidade** – é que nos leva ao tópico seguinte.

A reforma trabalhista e o direito internacional do trabalho. Motivos que levaram o Brasil a não ser incluído nos 24 casos analisados na 106ª Conferência Internacional do Trabalho. As respostas do Departamento de Normas Internacionais do Trabalho e a confiança frustrada

Após a inverídica notícia de que a OIT teria arquivado a “denúncia” em face do Brasil, ratificando a modernização da reforma trabalhista, o escritório do organismo internacional no Brasil divulgou nota esclarecendo que o Comitê de Peritos continuará examinando a aplicação das Convenções em matéria de negociação coletiva ratificadas pelo Brasil. Dentre as observações já feitas pelo Comitê de Peritos em relação ao país, consta a de que “A esse respeito, o Comitê recorda que o objetivo geral das Convenções 98, 151 e 154 é a promoção da negociação coletiva para encontrar um acordo sobre termos e condições de trabalho que sejam ainda mais favoráveis que os previstos na legislação”. O Comitê também solicitou ao Governo que proporcione informações sobre qualquer evolução a respeito.¹⁰

Depois da citada nota de esclarecimento, o deputado federal Rogério Marinho disse que Peter Poschen, diretor da OIT no Brasil, teria se manifestado de forma política sobre a reforma

10 ILO. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_557306/lang>. Acesso em: 01 jul. 2017.

trabalhista em audiências públicas na Câmara de Deputados e no Senado Federal, agindo como um “ativista de esquerda”.¹¹

Embora tal fato não tenha sido mencionado, um dos motivos que contribuíram para que o “caso Brasil” não tenha figurado entre os 24 casos apreciados na 106ª Conferência Internacional do Trabalho, foi o de que a reforma trabalhista ainda era um projeto de lei (PLC n. 38/2017). Noutras palavras, em que pese o seu conteúdo expressar ofensas constitucionais e afrontas às normas internacionais de proteção ao trabalho, tais violações não poderiam ser, à altura, consideradas “violações concretas”, pois ainda figuravam na dimensão das possibilidades políticas.

Outro motivo convenientemente ocultado para a manutenção da análise do caso Brasil pelo procedimento ordinário foi, ademais, a ausência de consenso tripartite e a pressão dos representantes dos empregadores feita no sentido de que, se a comissão insistisse em manter o Brasil na “*short list*”, retirariam o seu apoio a outros casos sobre os quais já havia consenso formado.

Pois bem. Dentre os 24 países incluídos na lista de violações às normas internacionais, havia 5 casos considerados extremamente graves e outros 19 sobre os quais foi ultimado

11 ILO. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/5004708/relator-da-trabalhista-diretor-da-oit-age-como-ativista-de-esquerda>>. Acesso em: 01 jul.2017. Destaque-se essa deselegante passagem: “O senhor Peter Porschen mente quando diz que a OIT não interfere na política local. Ele mente porque esteve em audiências públicas na Câmara e no Senado e emitiu comentários políticos sobre a reforma”. Considerando-se que Poschen serviu como voluntário na Etiópia (1981-1984), atuou por anos como pesquisador da Universidade de Freiburg e é um dos maiores especialistas do sistema ONU em desenvolvimento sustentável e economia verde – sendo um dos principais autores do festejado Relatório ILO/UNEP/IOE/ITUC 2012 (“Working towards sustainable development – opportunities for decent work and social inclusion in a green economy”), alcunhá-lo de “ativista de esquerda” é pouco mais que um reducionismo torpe.

o consenso tripartite, após a retirada do “caso Brasil”. Segundo o Itamaraty brasileiro, não havia embasamento jurídico para a inclusão do país na lista dos 24 casos que foram analisados na 106ª Conferência Internacional do Trabalho.¹²

É importante frisar que é comum nos monitoramentos realizados pelo Comitê de Peritos da OIT a análise de projetos de lei em tramitação no país, inclusive para alertar sobre os prejuízos que podem acarretar ao cumprimento das normas internacionais ratificadas e acerca dos retrocessos que podem significar aos compromissos assumidos pelos países. No relatório da Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT (CEACR), lançado em 2016, para publicação na 106ª Conferência Internacional do Trabalho, como foi citado pelo escritório da OIT no Brasil, a Comissão de Peritos registrou a existência de projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional brasileiro com o objetivo de que a negociação coletiva tenha prevalência sobre a legislação, em prejuízo da classe trabalhadora. Na oportunidade, a Comissão recordou que o objetivo geral das Convenções nº 98, nº 151 e nº 154 é a promoção da negociação coletiva para a **melhoria das condições de trabalho** – como, aliás, dispõe, entre nós, o *caput* do art. 7º da Constituição –, ou seja, para que as condições de trabalho alcancem patamares mais favoráveis que os previstos na legislação. Sobre tal aspecto, a Comissão de Peritos reafirmou o entendimento de que a negociação coletiva não deve ter como efeito o estabelecimento de condições menos favoráveis às estabelecidas pela lei.

Idêntico entendimento foi expresso pela Diretora do Departamento de Normas Internacionais da OIT, em resposta

12 Modernização... Disponível em: <<http://www.psdb.org.br/acompanhe/noticias/itamaraty-parabeniza-rogerio-marinho-por-defesa-de-modernizacao-da-lei-trabalhista-na-oit/>>. Acesso em: 01 jul.2017.

às consultas realizadas pelo Central Única de Trabalhadores e pelo Ministério Público do Trabalho, citando a mesma manifestação do Comitê de Peritos e recordando que igual consulta foi realizada Central Única dos Trabalhadores no ano de 2002, quanto a projeto de lei similar, reiterando a posição de que os Estados-membros têm a obrigação de garantir a efetiva aplicação de Convenções da OIT, que devem ganhar realidade não só na legislação, mas também na prática; logo, acordos individuais ou coletivos não podem reduzir a proteção estabelecida nas Convenções da OIT em vigor no Brasil.

Diante de tal quadro, é cediço que o diretor do escritório da OIT no Brasil não emitiu declarações “políticas” e tampouco tentou interferir na política interna do país. E não o fez, justamente porque a autonomia e a independência dos Estados-membros são limitadas pelos compromissos internacionais assumidos, de modo que as declarações de Poschen apenas expressaram o entendimento do Organismo Internacional ao qual pertence acerca de aparentes violações às normas internacionais que se avizinhavam.

Nesse sentido, a recente aprovação da reforma trabalhista sob o véu da “modernização”, com texto claramente violador da Constituição e das Convenções Internacionais do Trabalho ratificadas pelo Brasil, representa potencial prejuízo à imagem do país perante a comunidade internacional. E, já por isso, em futuro próximo, o Conselho de Administração da OIT poderá indicar à Conferência a adoção de qualquer medida que lhe pareça conveniente para assegurar a execução das recomendações feitas ao Estado (art. 33 da Constituição da OIT).

Ainda durante a 106ª Conferência Internacional do Trabalho, centrais sindicais formalizaram nova consulta ao departamento de normas internacionais da OIT, inicialmente com ponderação no sentido de que a reforma trabalhista não foi discutida por órgão tripartite, uma vez que as atividades do

Conselho Nacional do Trabalho foram interrompidas no ano de 2016, apresentando questionamento sobre se o referido fato viola a Convenção 144 da OIT, além de outros questionamentos específicos acerca de possíveis ofensas às Convenções nº 98, nº 151 e nº 154 da OIT.¹³

Feita a consulta, restava à OIT mexer as pedras do tabuleiro. Considerando-se, porém, as posições anteriores por ela própria divulgadas, a coerência discursiva - em prevalecendo sobre as ingerências políticas, como se esperava - permitia-nos bem supor quais seriam as possíveis respostas. E assim se deu.

Em 11.7.2017, com responsividade, objetividade e presteza, a Organização Internacional do Trabalho respondeu à consulta de 16 de junho, por sua diretora Corinne Vargha (do Departamento de Normas Internacionais do Trabalho), obtemperando, entre outras coisas, o seguinte (em tradução livre do castelhano)¹⁴:

[...] a adoção de um projeto de lei que reforma a legislação trabalhista deveria ser precedida por consultas detalhadas junto aos interlocutores sociais do País.

[...] os Estados-membros têm a obrigação de garantir, tanto na lei como na prática, a aplicação efetiva dos convênios ratificados, motivo pelo qual não se pode validamente rebaixar por meio de acordos coletivos ou individuais a proteção estabelecida nas normas da OIT ratificadas e em vigor em um determinado país.

13 Violações... Disponível em: <<http://www.cut.org.br/noticias/centrais-consultam-oit-sobre-violacoes-na-reforma-da-clt-26d6/>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

14 Reforma... Disponível em: <<http://www.cut.org.br/noticias/oit-condena-reforma-trabalhista-brasileira-c39b/>> Acesso em: 20 jul. 2017. (Grifos nossos).

[...] A CEACR recordou que o objetivo geral das Convenções 98, 151 e 154 é a promoção da negociação coletiva para obter um acordo sobre termos e condições de trabalho que sejam ainda mais favoráveis [ao trabalhador] que os previstos na legislação. A esse respeito, a CEACR sublinhou que, se bem que disposições legislativas pontuais, relativas a aspectos específicas das condições de trabalho, poderiam prever, de maneira circunscrita e motivada, sua derrogabilidade por via da negociação coletiva, uma disposição que instituisse a derrogabilidade geral da legislação laboral por meio da negociação coletiva seria contrária ao objetivo de promoção da negociação coletiva livre e voluntária prevista pela Convenção [n. 98] e confiou, por conseguinte, em que os alcances do artigo 4º da Convenção [n. 98] serão plenamente tomados em consideração no marco do exame [legislativo] dos mencionados projetos de lei.

Em suma, o Departamento de Normas Internacionais do Trabalho da OIT pontificou seu entendimento - representativo do sentimento da comunidade internacional - estritamente *contrário* a uma reforma que tencionasse priorizar o objeto coletivamente “negociado”, em detrimento da lei, notadamente num ambiente sindical de cerca de 17.000 entidades patronais e obreiras, das quais metade jamais celebrara um só acordo ou convenção coletiva de trabalho. Isto foi dito e redito aos quatro ventos, inclusive no Parlamento.

Pouco importou. “A confiança” frustrou-se. E a reforma trabalhista foi aprovada, sem emendas, em 11 de julho de 2017.

Mais recentemente, no **relatório anual** do Comitê de Peritos para Aplicação das Convenções e das Recomendações da Organização Internacional do Trabalho, divulgado no dia

6/2/2018, houve expressa condenação de parte dos conteúdos positivados pela Lei n. 13.467/2017. A OIT recomendou, com efeito, que o Governo Federal brasileiro considere a *revisão* de vários pontos da Reforma Trabalhista, no que promovem a prevalência de negociações coletivas sobre a lei. Tal relatório responde, para todos os efeitos, os questionamentos formalizados, em 2017, pela Confederação Única dos Trabalhadores (CUT) e por outras entidades.

A OIT pôs definitivamente em xeque, portanto, o teor dos artigos 611-A e 611-B, como inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho, em várias passagens, e pede a sua alteração oportuna, após consulta aos “parceiros sociais” (i.e., às organizações sindicais patronais e profissionais), a fim de compatibilizar a nova legislação com a Convenção nº 98 da OIT, devidamente ratificada pelo Brasil, a versar o direito de sindicalização e de negociação coletiva. Também divisou potenciais conflitos com os regramentos das Convenções nº. 151 e 154. No mesmo sentido, lançou dúvidas quanto à convencionalidade dos artigos 442 e 444-B da “nova” CLT, relativamente às figuras do “hiperssuficiente econômico” e do trabalhador autônomo exclusivo, ambos excluídos da proteção jurídico-laboral em sentido estrito.

Em nota preliminar, o Ministério do Trabalho ponderou que,

O relatório anual do Comitê de Peritos da Organização Internacional do Trabalho (OIT) examina políticas e marcos legais dos países membros da entidade em relação a um conjunto de convenções específicas ou em resposta a observações dos seus constituintes. [...]. Os comentários sobre o Brasil se dão nesse contexto e são feitos pelos peritos em sua capacidade pessoal. Em sua grande maioria, solicitam esclarecimentos sobre

mudanças legislativas ou políticas públicas específicas face ao disposto nas Convenções da OIT em exame. Como faz todos os anos, o governo brasileiro transmitirá oportunamente ao Comitê de Peritos suas observações sobre o Relatório.

Buscou-se, portanto, minimizar a censura pública internacional. No entanto, tal advertência sinaliza o risco crescente de que o Estado brasileiro venha a figurar na “*short list*” dos casos de violação às normas internacionais do trabalho (i.e., ao index dos casos mais graves), por ocasião da próxima Conferência Internacional do Trabalho, a se realizar entre 28 de maio e 8 de junho de 2018, em Genebra (Suíça). Leia-se:

The Committee recalls that it emphasized in its previous comments, with reference to various bills that had been submitted to the Congress in 2015 and April 2016 that, although isolated legislative provisions concerning specific aspects of working conditions could, in limited circumstances and for specific reasons, provide that they may be set aside through collective bargaining, a provision establishing that provisions of the labour legislation in general may be replaced through collective bargaining would be contrary to the objective of promoting free and voluntary collective bargaining, as set out in the Convention. The Committee requested the Government to take fully into account the scope and content of Article 4 of the Convention in this regard. The Committee notes with concern that new section 611-A of the CLT establishes as a general principle that collective agreements and accords prevail over the legislation, and it is therefore possible through collective bargaining not to give effect to the protective provisions of the

legislation, with the sole limit of the constitutional rights referred to in section 611-B of the CLT. The Committee once again recalls in this regard that the general objective of Conventions Nos. 98 and 154 and the Labour Relations (Public Service) Convention, 1978 (No. 151), is to promote collective bargaining with a view to agreeing on terms and conditions of employment that are more favourable than those already established by law (see the 2013 General Survey on collective bargaining in the public service, paragraph 298) and that the definition of collective bargaining as a process intended to improve the protection of workers provided for by law is recognized in the preparatory work for Convention No. 154, an instrument which has the objective, as set out in its preambular paragraphs, of contributing to the achievement of the objectives of Convention No. 98.

In light of the above, while asking the Government to provide its comments on the observations of the social partners in relation to sections 611-A and 611-B of the CLT, the Committee requests the Government to examine, following consultation with the social partners, the revision of these provisions in order to bring them into conformity with Article 4 of the Convention.

Relationship between collective bargaining and individual contracts of employment. The Committee notes that, under the terms of new section 442 of the CLT, workers who have a higher education diploma and receive a wage that is at least two times higher than the ceiling for benefits from the general social security

scheme (currently around 11,000 Brazilian reals (BRL), or approximately US\$3,390) will be able to derogate from the provisions of the legislation and collective agreements and accords in their individual contracts of employment. The Committee recalls that legislative provisions which allow individual contracts of employment to contain clauses contrary to those contained in the applicable collective agreements (although it is always possible for individual contracts of employment to contain clauses that are more favourable to the workers) are contrary to the obligation to promote collective bargaining, as set out in Article 4 of the Convention. **While requesting the Government to provide its comments on the observations of the social partners in relation to section 442 of the CLT, the Committee requests the Government to examine, after consulting the social partners, the revision of this provision so as to bring it into compliance with Article 4 of the Convention.**

Scope of application of the Convention. The Committee notes the allegations made in the observations of the trade unions that the extension of the definition of autonomous worker, as a result of new section 444-B of the CLT, will have the effect of excluding workers covered by that definition from the trade union rights recognized in both the legislation and the Convention. **Recalling that the Convention applies to all workers, with the sole possible exception of the police and the armed forces (Article 5) and public servants engaged in the administration of the State (Article 6), the Committee requests the Government to provide its comments on the observations**

*of the trade unions in relation to the impact of section 444-B of the CLT. The Committee also requests the Government to provide information on the other aspects of Act No. 13.467 relating to the rights enshrined in the Convention.*¹⁵

O excerto, a revelar ao menos três contextos de inconveniência, fala por si.

Considerações finais

Em julho de 2017, o Brasil não entrou na lista dos 24 países que tiveram que prestar esclarecimentos sobre violações às normas internacionais do trabalho (“*short list*”). Eis o *fato*. À altura, porém, a reforma trabalhista era apenas um singelo projeto legislativo (PLC n. 38/2017). Aprovada e em vigor, após a “*vacatio*” de 120 dias, a polêmica Lei n. 13.467/2017, o quadro poderá se alterar. Eis a *tendência*. O relatório de 6 de fevereiro p.p. bem o revela.

Com efeito, a tramitação do projeto foi realizada sem o necessário debate. Nenhuma das considerações, propostas ou notas técnicas apresentadas pelos mais diversos segmentos sociais - trabalhadores e suas representações, professores, pesquisadores, auditores fiscais, juízes e procuradores do Trabalho - foi contemplada. As reuniões e audiências públicas realizadas jamais visaram à construção dos consensos possíveis, típicos de um autêntico diálogo social. Delas, não se extraiu uma só contribuição para o texto legal. Isso é especialmente grave em relação à Casa Alta, porque, desde o início da tramitação no Senado da

¹⁵ ILO. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_617065.pdf>. Acesso em: 2 mar. .2018 (grifos do autor).

República, já se sabia que a estratégia oficial consistia em fazer aprovar o texto sem quaisquer alterações, evitando-se o retorno à Câmara dos Deputados (afinal, como tanto se disse e ouviu à altura, nos corredores do Parlamento, “o Brasil tem pressa”). E assim se fez.

Ao final, no plenário do Senado, restavam três emendas destacadas pelos blocos políticos resistentes, em três temas acerca dos quais o próprio Poder Executivo havia acenado com possíveis recuos (por vetos, que depois não vieram) ou com adequações (por medida provisória, que ainda se aguarda): **(i)** a universalização do coletivamente negociado sobre o legislado (ainda que “*in pejus*”), **(ii)** a legalização trabalho intermitente (sem quaisquer balizas de segurança jurídico-social), e, de mais aberrante – donde se depositarem, nesta, as maiores esperanças de aprovação –, **(iii)** a liberação do trabalho da mulher gestante e lactante em ambientes insalubres. Esperanças todas baldadas: os três destaques foram sobejamente rechaçados.

Nós estávamos lá.

Restará agora, ao cidadão, confiar o que resta à Magistratura do Trabalho e ao controle difuso de constitucionalidade que por dever lhe incumbirá. Ao lado dele, o controle de convencionalidade. E, para além disso, os horizontes hermenêuticos – promissores ou não – que a novidade legislativa deixará entreabertos.

Mas tinha de ser assim, porque “o Brasil tem pressa”. E houve quem perguntasse: pressa de quê?

Ter pressa é crer que a gente passa adiante das pernas,

Ou que, dando um pulo, salta por cima da sombra. [...]

E isto faz rir como todas as verdades absolutamente verdadeiras,

Mas o que faz rir a valer é que nós pensamos
sempre noutra coisa,
E vivemos vadios da nossa realidade.
E estamos sempre fora dela porque estamos
aqui.

(Alberto Caeiro, *Poemas Inconjuntos*).

Eis Fernando Pessoa, com a razão de hábito. “Estamos, de súbito, vadios da nossa realidade.”

Referências

ILO. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/html/portugal_visita_guiada_03b_pt.htm>. Acesso em: 03 jul. 2017.

_____. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/eissomesmo/post/psdb-altera-entendimento-da-oit-para-fortalecer-reforma-trabalhista.html>>. Acesso em: 01 jul.2017.

_____. Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

_____. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasilia/noticias/WCMS_557306/lang>. Acesso em: 01 jul. 2017.

_____. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_617065.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2018.

_____. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/5004708/relator-da-trabalhista-diretor-da-oit-age-como-ativista-de-esquerda>>. Acesso em: 01 jul.2017.

LACORDAIRE, J. B. H.D. **Conférences de Notre-Dame de Paris**. Paris: Sagnier et Bray, 1848.

MODERNIZAÇÃO... Disponível em: <<http://www.psd.org.br/acompanhe/noticias/itamaraty-parabeniza-rogerio-marinho-por-defesa-de-modernizacao-da-lei-trabalhista-na-oit/>>. Acesso em: 01 jul.2017.

REFORMA...Disponível em: <<http://www.cut.org.br/noticias/oit-condena-reforma-trabalhista-brasileira-c39b/>> Acesso em: 20 jul. 2017.

SENADO... Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/ccj-do-senado-aprova-texto-base-da-reforma-trabalhista.ghtml>>. Acesso em: 01 jul.2017.

SUPIOT, Alain. **O espírito da Filadélfia**: a justiça social diante do mercado total. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

VIOLAÇÕES... Disponível em:<<http://www.cut.org.br/noticias/centrais-consultam-oit-sobre-violacoes-na-reforma-da-clt-26d6/>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

REFORMA TRABALHISTA E OS IMPACTOS NO DIREITO DE FÉRIAS DO EMPREGADO

Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹

Introdução

A Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, com início de vigência em 11 de novembro de 2017 (art. 6º), alterou a Consolidação das Leis do Trabalho e as Leis 6.019/1974, 8.036/1990 e 8.212/1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

Diversas são as modificações decorrentes da assim chamada *reforma trabalhista*, tanto na esfera do Direito material, como processual do trabalho².

No presente estudo, propõe-se examinar as principais modificações quanto ao regime das *férias* na relação de emprego.

1 Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito pela Universidade de Sevilla. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilla. Membro Pesquisador do IBDSCJ. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Titular da Cadeira 27. Professor Universitário em Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito. Advogado. Foi Juiz do Trabalho das 2ª, 8ª e 24ª Regiões, ex-Procurador do Trabalho do Ministério Público da União e ex-Auditor-Fiscal do Trabalho.

2 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma trabalhista**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.373-374.

Conceito

As férias têm o objetivo de proporcionar período *mais extenso* de descanso ao empregado, de modo a evitar problemas de saúde decorrentes do cansaço excessivo³.

De acordo com Sergio Pinto Martins, as férias “são o período do contrato de trabalho em que o empregado não presta serviços, mas auferir remuneração do empregador, após ter adquirido o direito no decurso de 12 meses”⁴.

Ainda segundo o referido autor, as férias visam “à restauração do organismo após um período em que foram despendidas energias no trabalho. Importam direito ao lazer, ao descanso, ao ócio”⁵.

Fundamento normativo

A Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, dispõe sobre as férias nos arts. 129 a 153.

Cabe ressaltar que o Decreto-lei 1.535/1977 deu nova redação ao Capítulo IV do Título II da CLT, pertinente ao direito de férias anuais.

A Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho, sobre *férias anuais remuneradas*, de 1970, foi aprovada

3 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.1061.

4 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo, Atlas, 2012. p.591.

5 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.591.

pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 47/1981 e promulgada pelo Decreto 3.197/1999⁶.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, inciso XVII, assegura o direito ao gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

Natureza jurídica

As férias, entendidas como o período de ausência de trabalho, mas com o recebimento da remuneração pelo empregado, tem natureza de *interrupção* do contrato de trabalho.

Além disso, as férias têm natureza de direito social trabalhista, de ordem fundamental, pois necessário à saúde e segurança do trabalhador.

O empregador, portanto, tem o dever de conceder as férias ao empregado e de pagar a respectiva remuneração.

Como salienta Mauricio Godinho Delgado, o “*caráter imperativo* das férias, instituto atado ao segmento da saúde e segurança laborais, faz com que não possa ser objeto de renúncia ou transação lesiva e, até mesmo, transação prejudicial coletivamente negociada”. Trata-se, assim, de direito nitidamente “indisponível” do empregado⁷.

Classificação

As férias podem ser classificadas em individuais e coletivas⁸.

6 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.800.

7 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p.1105.

8 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p.1121.

As *férias individuais*, como o próprio nome indica, são aquelas concedidas individualmente, a cada empregado em particular.

As *férias coletivas*, por sua vez, podem ser concedidas a todos os empregados de uma empresa ou de determinados estabelecimentos ou setores da empresa (art. 139 da CLT).

Em se tratando de férias coletivas, o empregador deve comunicar ao órgão local do Ministério do Trabalho, com a antecedência mínima de 15 dias, as datas de início e fim das férias, precisando quais os estabelecimentos ou setores abrangidos pela medida (art. 139, § 2º, da CLT).

Em igual prazo, o empregador deve enviar cópia da mencionada comunicação aos sindicatos representativos da respectiva categoria profissional, e providenciará a afixação de aviso nos locais de trabalho (art. 139, § 3º, da CLT).

Período aquisitivo

O *período aquisitivo* de férias é de 12 meses de vigência da relação de emprego.

Nesse enfoque, todo empregado tem direito anualmente ao gozo de um período de férias, sem prejuízo da remuneração (art. 129 da CLT).

Desse modo, após cada período de 12 meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção, como estabelece o art. 130 da CLT:

I - 30 dias corridos, quando não houver faltado ao serviço mais de cinco vezes;

II - 24 dias corridos, quando houver tido de seis a 14 faltas;

III - 18 dias corridos, quando houver tido de 15 a 23 faltas;

IV - 12 dias corridos, quando houver tido de 24 a 32 faltas.

Portanto, como observa Amauri Mascaro Nascimento, a “duração das férias depende da assiduidade do empregado, sofrendo diminuição na proporção das suas faltas injustificadas”⁹.

Se as faltas já são justificadas pela lei, consideram-se como ausências legais e não devem ser descontadas para o cálculo do período de férias (Súmula 89 do TST).

É vedado descontar, do período de férias, as faltas do empregado ao serviço (art. 130, § 1º, da CLT).

O período das férias deve ser computado, para todos os efeitos, como tempo de serviço (art. 130, § 2º, da CLT). Assim, incide o FGTS sobre a remuneração das férias (com 1/3) gozadas, ou seja, usufruídas (art. 15 da Lei 8.036/1990).

Período concessivo

Após a aquisição do direito às férias, elas devem ser concedidas pelo empregador, respeitando o *período concessivo*, que é de 12 meses seguintes ao término do período aquisitivo.

Nesse sentido, as férias devem ser concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito (art. 134 da CLT).

A época da concessão das férias, entretanto, será a que melhor consulte os interesses do empregador (art. 136 da CLT).

Frise-se que os membros de uma família, que trabalhem no mesmo estabelecimento ou empresa, têm direito a gozar férias no mesmo período, se assim o desejarem e se disso não resultar prejuízo para o serviço (art. 136, § 1º, da CLT).

9 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.809.

O empregado estudante, menor de 18 anos, tem direito a fazer coincidir as suas férias com as férias escolares (art. 136, § 2º, da CLT).

Férias após o período concessivo

Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134 da CLT, o empregador deve pagar *em dobro* a respectiva remuneração (art. 137 da CLT).

Desse modo, os dias de férias gozados após o período legal de concessão devem ser remunerados em dobro (Súmula 81 do TST).

Esclareça-se que o art. 145 da CLT determina que o pagamento da remuneração das férias e, se for o caso, o do abono referido no art. 143 da CLT¹⁰, devem ser efetuados *até dois dias antes do início do respectivo período*.

O empregado deve dar quitação do pagamento, com indicação do início e do termo das férias (art. 145, parágrafo único, da CLT).

Entende-se que as férias só podem ser consideradas efetivamente usufruídas se devidamente remuneradas, sob pena de inviabilizar que o empregado delas desfrute de forma verdadeira. Assim, a interpretação teleológica das normas sobre a questão revela que no caso de concessão de férias, mas sem o

10 “Art. 143. É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes. § 1º O abono de férias deverá ser requerido até 15 (quinze) dias antes do término do período aquisitivo. § 2º Tratando-se de férias coletivas, a conversão a que se refere este artigo deverá ser objeto de acordo coletivo entre o empregador e o sindicato representativo da respectiva categoria profissional, independentemente de requerimento individual a concessão do abono”.

respectivo pagamento no prazo devido, a dobra das férias passa a ser devida.

Vale dizer, em se tratando de férias usufruídas na época própria, mas com o pagamento fora do prazo, a dobra é devida. Nesse sentido, é devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal (Súmula 450 do TST).

Fracionamento das férias

Conforme o art. 134, § 1º, da CLT com redação dada pela Lei 13.467/2017, desde que haja concordância do empregado, as férias podem ser usufruídas em *até três períodos*, sendo que um deles não pode ser inferior a 14 dias corridos e os demais não podem ser inferiores a cinco dias corridos, cada um.

Essa divisão do período de gozo das férias, portanto, exige a anuência do empregado.

Em termos práticos, entretanto, sabendo-se que o empregado presta serviços de forma subordinada ao empregador, nem sempre a vontade daquele tem como ser manifestada de forma autêntica e hígida, mesmo porque normalmente precisa do emprego para manter a própria subsistência e de sua família.

Anteriormente, quanto às *férias individuais*, o art. 134, § 1º, da CLT, na redação decorrente do Decreto-lei 1.535/1977, previa que somente em casos excepcionais seriam as férias concedidas em dois períodos, um dos quais não poderia ser inferior a 10 dias corridos.

Especificamente quanto às *férias coletivas*, o art. 139, § 1º, da CLT, o qual não foi modificado pela Lei 13.467/2017, dispõe que as férias podem ser gozadas em *dois períodos anuais*, desde que nenhum deles seja inferior a 10 dias corridos.

Como se pode notar, passa-se a autorizar, desde que haja anuência do empregado, o parcelamento do gozo das *férias individuais* em até três períodos.

Nesse caso, um dos períodos não pode ser inferior a 14 dias corridos e os demais não podem ser inferiores a cinco dias corridos.

Exemplificando, poderíamos passar a ter férias de 30 dias fracionadas da seguinte forma: 14 dias, oito dias e oito dias.

Não obstante, deve-se registrar que nem sempre o empregado tem direito a 30 dias de férias, como se observa do art. 130 da CLT, anteriormente analisado.

Logo, apenas quando o período de férias é de 30 ou 24 dias é que se permite o parcelamento em três períodos, pois um dos períodos não pode ser inferior a 14 dias corridos e os demais não podem ser inferiores a cinco dias corridos.

Os períodos de férias mais curtos são passíveis de crítica, pois dificilmente irão atender à finalidade social do direito em questão, que seria de possibilitar o efetivo descanso ao empregado.

O art. 8º da Convenção 132 da OIT dispõe que o *fracionamento do período de férias anuais remuneradas* pode ser autorizado pela autoridade competente ou pelo órgão apropriado de cada país. Além disso, salvo estipulação em contrário contida em acordo que vincule o empregador e a pessoa empregada, e desde que a duração do serviço dessa pessoa lhe dê direito a tal período de férias, em uma das frações do referido período deve corresponder *pelo menos a duas semanas* de trabalho ininterrupto.

O art. 134, § 2º, da CLT, o qual previa que aos menores de 18 anos e aos maiores de 50 anos de idade as férias seriam sempre concedidas de uma só vez, foi *revogado* pelo art. 5º, inciso I, f, da Lei 13.467/2017.

Início das férias

O art. 134, § 3º, acrescentado pela Lei 13.467/2017, dispõe ser vedado o início das férias no período de dois dias que *antecede* feriado ou dia de repouso semanal remunerado.

Essa previsão tem como objetivo não prejudicar o empregado quanto ao gozo das férias, evitando que estas iniciem no período de dois dias antes de feriado ou repouso semana remunerado, pois nesses dias o empregado já estaria descansando de forma remunerada.

Ainda assim, evidentemente, admite-se que o início das férias ocorra em período *posterior* ao feriado ou dia de repouso semana remunerado.

Conclusão

As férias têm natureza de direito social trabalhista, de caráter indisponível, assegurado por meio de normas de ordem pública.

O direito de férias foi objeto de relevante alteração decorrente da Lei 13.467/2017, que instituiu a *reforma trabalhista*.

As férias podem ser individuais ou coletivas.

O período aquisitivo de férias é de 12 meses de vigência do contrato de trabalho, enquanto o período concessivo é de 12 meses seguintes ao término do período aquisitivo.

Com a Lei 13.467/2017, desde que haja concordância do empregado, as férias podem ser usufruídas em até três períodos. Nesse caso, um dos períodos não pode ser inferior a 14 dias corridos e os demais não podem ser inferiores a cinco dias corridos, cada um.

Trata-se de regra aplicável às férias individuais.

Quanto às férias coletivas, não foi modificada a previsão de que elas podem ser gozadas em dois períodos anuais, desde que nenhum deles seja inferior a 10 dias corridos (o art. 139, § 1º, da CLT).

Além disso, passa a ser vedado o início das férias no período de dois dias que *antecede* feriado ou dia de repouso semanal remunerado.

Referências

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

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

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma trabalhista**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

APLICABILIDADE DA REFORMA TRABALHISTA AOS CONTRATOS CELEBRADOS ANTES DA SUA VIGÊNCIA

Joalvo Magalhães¹

Introdução

A Lei 13.467/2017, que instituiu a denominada Reforma Trabalhista, entrou em vigor no dia 11/11/2017, com o propósito de estabelecer mudanças profundas na legislação trabalhista. Mais que a mera alteração de alguns artigos da CLT, foram criados novos institutos jurídicos e revistos princípios basilares do Direito do Trabalho.

Nesse contexto, surge o debate acerca da aplicação temporal da nova lei, de modo a definir se os novos preceitos legais atingem os contratos de trabalho em curso ou se aplicam apenas aos novos pactos empregatícios surgidos após 11/11/2017. Antes de responder ao questionamento, faz-se necessário analisar o sistema jurídico brasileiro, que prevê a aplicação imediata da lei, mas preserva o princípio da irretroatividade.

Irretroatividade

É preceito básico de aplicação da lei que a lei nova revoga a lei anterior, de modo que a novel legislação passa a regular

¹ Juiz do Trabalho do TRT-BA, professor de Direito do Trabalho, pós-graduado em Direito Constitucional do Trabalho (UFBA), palestrante e autor de artigos jurídicos.

as relações jurídicas instituídas após a sua vigência, abandonando-se a normatização anterior. No entanto, apesar de ser aplicada de forma imediata, a lei nova, via de regra, não tem o condão de reger situações jurídicas firmadas antes da sua vigência, segundo o que preceitua o princípio da irretroatividade.

A irretroatividade das leis consagra um ideal maior, relacionado à segurança jurídica e à estabilização das relações sociais. Trata-se de regra adotada no Brasil desde a Constituição de 1824² e repetida em todos os demais diplomas constitucionais, com exceção da Carta de 1937³, de cunho nitidamente ditatorial e antidemocrático, que estabelecia a possibilidade de retroação dos atos normativos.

Assim, via de regra, repugna ao Direito a ideia de retroatividade as leis, posto que implicaria interferência estatal indevida em situações já consolidadas, ocasionando insegurança jurídica e contrariando sua vocação de pacificação dos conflitos sociais. Registre-se exceção apenas quanto ao Direito Penal, que admite a retroatividade para beneficiar o réu.

Graus de retroatividade

A Constituição Federal de 1988 resguarda a irretroatividade das leis, ao menos no que concerne à proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

De acordo com a doutrina, a retroatividade da lei pode ser classificada em graus: retroatividade máxima, retroatividade média e retroatividade mínima. A classificação leva em conta a

2 BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 5 mar.2018.

3 BRASIL. Constituição dos Estados Unidos Do Brasil, de 10 De Novembro De 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 5 mar.2018.

intensidade da interferência da lei nova sobre atos e fatos jurídicos ocorridos antes da sua vigência.

Retroatividade máxima

Ocorre a retroatividade máxima, também designada restitutória, quando a lei nova retroage para atingir fatos ou atos já consumados, violando frontalmente o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e até mesmo a coisa julgada.

Trata-se de situação que fere a segurança jurídica, uma vez que atinge não apenas os atos e fatos já consumados, mas também os seus efeitos que já se consolidaram e extinguiram no passado.

Um exemplo de retroatividade máxima referida pela doutrina é de uma lei francesa de 1793, na época da Revolução, em que houve equiparação entre filhos legítimos e ilegítimos. A citada norma determinou que todas as partilhas que já tivessem produzido seus efeitos seriam desconstituídas, procedendo-se à nova abertura da herança, agora incluindo os filhos ilegítimos.

Outro exemplo de retroatividade máxima seria o caso em que uma lei nova determinasse a limitação de juros bancários, estabelecendo que todos os juros já pagos sob a égide da lei antiga deveriam ser restituídos ao antigo devedor.

Como anteriormente mencionado, no Brasil apenas a Constituição de 1937 acolheu a retroatividade máxima, o que possibilitou até mesmo a edição de um Decreto-Lei regulamentando situações pretéritas e já disciplinadas através de decisão do Supremo Tribunal Federal transitada em julgado. Trata-se de solução que desrespeita situações jurídicas já consolidadas, gerando incerteza, insegurança e eternização dos conflitos, além de violar o princípio da separação dos poderes.

Retroatividade média

A lei com retroatividade média atinge não os atos ou fatos anteriores, mas sim os seus efeitos ainda não ocorridos, os denominados efeitos pendentes. É o que ocorre, por exemplo, quando uma nova lei, dispendo sobre redução de juros, aplica-se às prestações vencidas de um contrato. Por tal aplicação, os juros já vencidos mas ainda não pagos estariam sujeitos à incidência da nova lei, de modo que deveriam ser recalculados, ajustando-se ao limite agora estabelecido.

A retroatividade média igualmente é rechaçada nos países que adotam a irretroatividade das leis, por também violar a legítima expectativa das partes contratantes.

Retroatividade mínima

Também denominada retroatividade mitigada ou temperada, ocorre quando a lei nova preserva os atos e fatos anteriores, bem como os efeitos pendentes, mas incide imediatamente sobre os efeitos futuros.

Tomando como base o exemplo do contrato celebrado com a previsão de pagamento de juros, ocorreria a retroatividade mínima se a lei nova, ao limitar a cobrança de juros, não incidisse sobre os juros já pagos e aqueles pendentes de pagamento, mas sim sobre as parcelas vincendas de juros, operadas após a vigência da novel legislação.

A doutrina civilista francesa indica que, nesse caso, não há propriamente uma retroatividade da lei, sequer retroatividade mínima, mas sim a sua aplicação imediata aos efeitos ocorridos já sob sua vigência. O raciocínio desenvolvido é o de que a aplicação imediata da lei pressupõe que ela possa alcançar todos os fatos que ocorrerem posteriormente a ela.

Na seara trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho já adotou tal entendimento, conforme se vê na Súmula 441⁴, que trata do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço: “**Súmula 441** - 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.”

O TST entendeu que a lei nova, ao estabelecer o aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, em quantidade superior aos 30 dias mínimos anteriormente assegurados, seria aplicável aos contratos em vigor, mas apenas para rescisões ocorridas em período posterior à vigência da lei.

Assim, a lei nova, ao majorar o período de aviso-prévio, não seria aplicável às rescisões contratuais já operadas ou iniciadas antes do início de sua vigência.

Posicionamento do stf

Apesar da existência de defensores da possibilidade de retroatividade mínima da lei, certo é que sua aplicação tem enfrentado resistências no âmbito da doutrina e da jurisprudência.

A crítica mais contundente se fundamenta no argumento de que embora o ato seja praticado sob a vigência da lei nova, a sua causa é anterior e repousa no negócio jurídico celebrado quando a referida norma ainda não vigorava. Desprezar essa origem remota implicaria, portanto, em lesão àquela situação jurídica moldada nos termos da lei antiga.

O Supremo Tribunal Federal, nas vezes em que foi instado a se manifestar sobre o tema, negou aplicabilidade retroativa

4 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 441. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-441>. Acesso em: 5 mar.2018.

à lei, rechaçando até mesmo a retroatividade mínima. Nesse sentido, é possível citar as decisões proferidas na ADI 493, RE 1883669 e RE 211304, dentre outros.

Assim, a tese predominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal é o de inaplicabilidade da lei nova a contratos anteriores, ainda que apenas aos efeitos futuros.

No entanto, é importante salientar que o STF, nos mencionados julgados, não se debruçou sobre matéria trabalhista, mas sim sobre contratos de natureza civil e de consumo. Deste modo, apesar da importância de tais precedentes, é importante verificar sua aplicabilidade às normas oriundas da Reforma Trabalhista.

Especificidades da lei trabalhista

As leis trabalhistas possuem algumas especificidades que merecem ser estudadas quando da análise da sua aplicação no tempo. Para além da circunstância de ser a relação de trabalho formada por um contrato de trato sucessivo, característica comum a outros contratos civis e de consumo, há mais dois elementos que devem ser levados em consideração no âmbito laboral.

Primeiramente, cumpre salientar o caráter imperativo do Direito do Trabalho, formado, em sua essência, por leis de ordem pública, cuja aplicação ao contrato de trabalho se dá independente da vontade das partes contratantes. Isso porque as normas trabalhistas protegem interesses públicos e não meramente privados, circunstância que, por si só, já renderia ensejo a uma discussão mais aprofundada sobre a possibilidade de aplicação retroativa, o que será posteriormente examinado.

Por outro lado, a imperatividade das normas trabalhistas faz surgir contratos com forte carga normativa heterônoma. Assim, os contratos de trabalho, embora sejam fruto da autonomia da

vontade, lastreiam-se essencialmente em um estatuto jurídico básico composto pelas normas estatais, uma espécie de estatuto da profissão.

Nesse contexto, é imperioso questionar se há um direito adquirido à aplicação do estatuto legal vigente à época da celebração do contrato de trabalho. Defender isso seria o equivalente a defender a existência de direito adquirido a regime jurídico único, tese já afastada pelo STF?

Além disso, a CLT, quando do início de sua vigência, foi aplicada de forma imediata aos contratos em vigor celebrados antes da sua publicação. De igual modo, as mais diversas leis trabalhistas que se sucederam no Brasil ao longo do século XX e XXI foram aplicadas de forma imediata, sem que se concluísse pela ocorrência de lesão a ato jurídico perfeito, conforme se depreende da própria redação da supramencionada Súmula 441 do TST.

Nesse mesmo sentido, a Lei Complementar 150/2015, que disciplinou a relação de emprego doméstica e passou a estabelecer diversos direitos trabalhistas, foi aplicada de forma imediata, mesmo aos contratos celebrados antes da sua vigência. Não houve grande discussão doutrinária ou jurisprudencial acerca do tema.

Esse histórico de aplicação da lei trabalhista faz surgir outro interessante questionamento: se as normas trabalhistas não podem ter retroatividade, por suposta violação ao direito adquirido, é possível defender sua aplicação imediata apenas quando favoreçam o trabalhador, instituindo um patamar superior de direitos? Em outras palavras: no Direito do Trabalho, o direito adquirido é instituto que protege apenas o empregado, mas não o empregador?

Tal questionamento nos conduz ao exame de um dos elementos mais caros ao Direito do Trabalho, o Princípio da Proteção. Do referido princípio decorre a regra da condição mais benéfica, que assegura ao empregado a subsistência de

condições contratuais que lhe sejam mais favoráveis, imunizando-o contra alterações prejudiciais no âmbito da empresa.

A resposta ao questionamento anterior pressupõe o exame do princípio da condição mais benéfica: trata-se de regra aplicável somente às cláusulas contratuais ou também alcança as alterações legislativas prejudiciais ao trabalhador?

Sistemas de proteção ao direito adquirido

Antes, porém, é imperioso analisar os sistemas jurídicos que protegem o direito adquirido, que basicamente podem ser divididos em duas espécies: sistema legal e sistema constitucional.

O **sistema legal** é adotado pela maioria dos países, os quais tratam a proteção ao direito adquirido em sede de lei ordinária. Tal circunstância permite que uma lei nova preveja sua aplicação retroativa, prevalecendo, pela especialidade, sobre o dispositivo legal que veda a retroação normativa.

A razão é simples: no sistema legal, a proteção ao direito adquirido se destina ao julgador e não ao legislador. Uma lei anterior não tem o condão de vincular uma lei futura. Assim, é possível que uma lei nova tenha aplicação retroativa, desde que ela assim expressamente preveja.

No Código de Trabalho de Portugal⁵ colhe-se exemplo de dispositivo legal que determina sua aplicação a contratos anteriores, conforme se vê do art. 7º, parágrafo primeiro:

Sem prejuízo do disposto no presente artigo e nos seguintes, ficam sujeitos ao regime do Código do Trabalho aprovado pela presente lei os contratos de trabalho e os instrumentos

5 PORTUGAL. Lei n.º 7, de 12 de fevereiro de 2009. Aprova a revisão do Código do trabalho. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=10>>. Acesso em: 5 mar.2018.

de regulamentação coletiva de trabalho celebrados ou adotados antes da entrada em vigor da referida lei, salvo quanto a condições de validade e a efeitos de factos ou situação totalmente passados anteriormente àquele momento.

O legislador português foi claro ao estabelecer a aplicação da lei trabalhista nova aos contratos celebrados antes da sua vigência, ressalvando apenas situações referentes a condições de validade e a efeitos de fatos totalmente consumados, o que é compreensível. Tal disposição legal é válida, uma vez que em Portugal o sistema adotado é o legal, no qual o direito adquirido encontra proteção infraconstitucional.

Por outro lado, no **sistema constitucional** o direito adquirido está protegido na própria Constituição, representando um nítido limite não apenas ao julgador, mas também ao próprio legislador, que não poderá estabelecer disposições legais com efeito retroativo que prejudiquem o direito adquirido.

Apesar de ser minoritário ao redor do mundo, o sistema constitucional é adotado no Brasil, além de outros países americanos, a exemplo do México e dos Estados Unidos.

No ordenamento jurídico pátrio, a proteção na verdade é dúplice, pois se encontra presente no rol de direitos fundamentais da Constituição e na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Nesse sistema, o legislador está vinculado ao mandamento constitucional, de modo que eventual previsão legal de aplicação retroativa padecerá de inconstitucionalidade, caso venha a violar direitos adquiridos.

Analisando em especial a Reforma Trabalhista, tem-se que o Poder Executivo, na Medida Provisória 808/2017⁶, pretendeu conferir-lhe aplicação imediata, inclusive aos contratos anteriores: “Art. 2º O disposto na Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes.”

No entanto, o dispositivo não é suficiente para solucionar o problema da aplicação da lei no tempo, revelando-se inócuo. Isso porque a proteção ao direito adquirido tem sede constitucional, prevalecendo mesmo diante de previsão legal expressa em sentido contrário. Para que a retroatividade seja possível, antes é necessário averiguar se há, de fato, direito adquirido a ser tutelado, o que conduz novamente ao exame das especificidades da norma trabalhista.

Leis de ordem pública

É comum encontrar quem defenda a aplicação imediata da lei trabalhista, sob o argumento de se tratar de norma de ordem pública, que encerra um feixe de preceitos que resguardam interesses públicos e não meramente privados. Neste sentido, tem-se o disposto no art. 912 da CLT, que institui a aplicação imediata dos preceitos de ordem pública.

Lastreando-se no referido preceptivo legal, Raphael Miziara⁷ defende, no tocante à Reforma Trabalhista, que apenas

6 BRASIL. Medida Provisória nº 808/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 5 mar.2018.

7 MIZIARA, Raphael. **Eficácia da Lei nº 13.467/2017 no tempo**: critérios hermenêuticos que governam a relação entre leis materiais trabalhistas sucessivas no tempo. Disponível em: <<http://ostrabalhistas.com.br/criterios-hermeneuticos-que-governam-relacao-entre-leis-materiais-trabalhistas-sucessivas-no-tempo/>>. Acesso em: 5 mar.2018.

as normas de ordem pública teriam aplicação imediata. Quanto às normas dispositivas, não haveria automática aplicação aos contratos de trabalho em curso. Muitos estudiosos do Direito do Trabalho, quando defendem a aplicação imediata da lei trabalhista, baseiam-se na mesma premissa, embora alcancem conclusões diferentes.

Octavio Bueno Magano, por exemplo, defende que a lei de ordem pública sempre vai se aplicar aos contratos antigos. A norma dispositiva, por sua vez, também teria aplicação imediata, ressalvada a existência de convenção das partes em sentido contrário. Seguindo tal raciocínio, a Lei 13.467/2017 passaria a reger os contratos celebrados sob a égide da lei anterior, ressalvando às partes, todavia, a possibilidade de pactuar cláusula afastando sua incidência.

Apesar das valorosas lições mencionadas, o critério não se mostra suficiente para resolver a questão da aplicação da lei trabalhista no tempo. Isso porque a proteção ao direito adquirido também é matéria de ordem pública, pois se refere à segurança jurídica, direito fundamental cuja tutela é igualmente de interesse público.

Essa crítica é oposta por Roubier, especialmente quando se trata de ordenamento jurídico em que vige o sistema constitucional, no qual nenhuma lei, ainda que de ordem pública, tem o poder de violar o direito adquirido.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema na ADI 493, na qual restou explicitado que a proteção ao direito adquirido atinge todas as leis, sejam elas de ordem pública ou meramente dispositivas. Nenhuma delas poderia vulnerar a proteção constitucional ao direito adquirido.

Na verdade, defender que apenas as normas de ordem pública seriam aplicáveis aos contratos em vigor implicaria, por via transversa, em defender, na prática, a retroação apenas de normas mais favoráveis aos trabalhadores. Não se pode ignorar

a circunstância de que as normas protetivas são aquelas que gozam do status de norma de ordem pública, o que nos conduz novamente ao questionamento - *o direito adquirido protege apenas o empregado e não o empregador?*

Além disso, há o risco de se deparar com intransponível desafio hermenêutico, ao tentar aplicar seletivamente apenas alguns dispositivos novos, desprezando outros que regem o mesmo instituto jurídico, resultado em inegável fraude normativa.

Direito adquirido

A pedra de toque da questão posta reside na noção de direito adquirido, ou seja, definir se há, de fato, direito adquirido à aplicação da lei trabalhista revogada.

O ordenamento jurídico brasileiro considera adquirido o direito quando ele passa a integrar o patrimônio do indivíduo, uma vez preenchidos todos os requisitos previstos em lei, independente de haver sido exercido pelo seu titular. Trata-se de concepção que diferencia o direito adquirido da mera expectativa de direito, que ocorre quando o sujeito ainda não preencheu todas exigências legais para a fruição do direito, embora esteja a caminho de fazê-lo.

Há quem defenda, aparentemente com razão, que o direito adquirido abrange também as concepções de ato jurídico perfeito e de coisa julgada. Em ambos há a proteção a um direito que já se completou, já está perfeito e, por isso, é protegido pela ordem constitucional.

Roubier distingue o direito adquirido em situações objetivas (previstas na lei) e subjetivas (previstas em situações especiais, como nos contratos). Defende que a lei pode retroagir para alcançar situações objetivas, mas não situações subjetivas.

O Supremo Tribunal Federal trilha caminho parecido ao dispor que não existe direito adquirido a regime jurídico. Deste modo, nega proteção a situações objetivas, lastreadas em dispositivos legais, embora proteja situações contratualmente consolidadas.

Do ponto de vista da Reforma Trabalhista, tal solução implicaria a aplicação da lei nova aos contratos em vigor, inclusive quanto a dispositivos que restringem direitos legalmente previstos, salvo nas hipóteses em que tais direitos estejam também previstos no próprio contrato de trabalho ou em situações jurídicas assemelhadas, como é o caso dos regulamentos empresariais.

A título de exemplo, é possível citar duas alterações promovidas pela Lei 13.467/2015: a supressão do pagamento de horas *in itinere* e a vedação à incorporação das gratificações de funções de confiança.

Os trabalhadores que recebiam pagamento de horas de trajeto em razão exclusivamente do preceito legal não teriam direito adquirido à parcela, que poderá ser suprimida pela lei nova. No entanto, nos casos em que o contrato de trabalho ou regulamento empresarial também estipulavam tal benesse, sua supressão torna-se inviável, pois já consolidada a situação subjetiva.

Em relação à incorporação das gratificações de função (princípio da estabilidade financeira), é imperiosa sua manutenção para aqueles que já estavam na função há mais de dez anos quando do advento da lei nova, pois já satisfeito o requisito para a aquisição do direito. No entanto, para aqueles que ainda não contavam dez anos na função, a incorporação só será possível se estiver prevista em cláusula contratual ou regulamento de empresa.

Estatuto da profissão

Os contratos de trabalho, como examinado anteriormente, repousam sobre leis que se aplicam de forma automática, formando um estatuto da profissão. Por tal razão, assinala Roubier⁸ que as mudanças promovidas pelo legislador atingem o trabalhador não como contratante, mas sim como operário, o que justificaria a aplicação da lei nova a contratos antigos.

Embora tal concepção pareça traduzir uma visão institucionalista da relação de trabalho, na verdade não há negativa do seu caráter contratual, o qual é mitigado pela existência de inúmeras normas estatais que incidem sobre o contrato de trabalho, independente da vontade das partes.

Retomando o exemplo das horas *in itinere*, seria possível questionar se o pagamento direcionado ao trabalhador, sob a vigência da lei antiga, implicaria o surgimento de uma cláusula contratual, a assegurar a continuidade do benefício. A resposta é negativa. O empregador que pagava as horas *in itinere* o fazia não por um acordo de vontades, mas sim por imposição legislativa.

Nesse ponto, é adequada a lição de Maurício Godinho Delgado⁹, quando diferencia a aderência contratual das cláusulas contratuais e das demais normas jurídicas que constituem fontes do Direito do Trabalho. As disposições contratuais, por força do art. 468 da CLT, aderem imediatamente e de forma irrestrita aos pactos de emprego, consagrando a ideia de que os contratos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*). As nor-

8 ROUBIER. Les conflits de Lois dans le Temps. I. 1929, p.371 apud MARANHÃO, Délio. Instituições de direito do trabalho. 18. edição. São Paulo: LTr, 1999.

9 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2009.

mas jurídicas, por sua vez, são gerais e abstratas e possuem poder de revogação - a lei nova pode revogar a lei antiga, sem que haja direito adquirido de qualquer das partes na relação de emprego.

Neste contexto, respondendo a um dos questionamentos formulados, é possível afirmar que o princípio da condição mais benéfica aplica-se somente a cláusulas contratuais, tácitas ou expressas, mas não imuniza a relação de emprego contra alterações promovidas pela lei posterior desfavorável ao empregado.

O Direito do Trabalho é flutuante, as fontes materiais são constantes e desenvolvem trajetória pendular, ora em favor do empregado, ora em favor do empregador. Assim, diante de sucessivas alterações legislativas, o que permanece de perene é o contrato de trabalho e suas cláusulas, mas sem direito adquirido à aplicação de um regime jurídico específico.

Tendo por base tal concepção do contrato de trabalho, enquanto relação erigida sob base legislativa mutável, é possível defender a aplicação imediata da lei trabalhista aos contratos em curso, respeitando-se, todavia, os atos e fatos já consumados.

A doutrina trabalhista é quase unânime quanto à aplicação imediata da legislação trabalhista aos contratos anteriores, em relação aos atos e fatos posteriores, praticados sob a égide da lei nova. Neste sentido, é possível citar Sérgio Pinto Martins¹⁰,

10 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Amauri Mascaro Nascimento¹¹, Octavio Bueno Magano¹², Alice Monteiro de Barros¹³ e Maurício Godinho Delgado¹⁴.

Pelo que foi revelado nas propostas da sua Comissão de Jurisprudência, parece ser essa a conclusão a que chegará o Tribunal Superior do Trabalho, embora se proponha a ressaltar certas condições consideradas geradoras de direito adquirido, sobretudo aquelas relativas à irredutibilidade salarial, a exemplo da solução adotada para os eletricitários na Súmula 191. Tal mitigação revela-se adequada, considerando a proteção que a Constituição Federal confere ao salário e à manutenção do seu valor.

Conclusão

Diante do que foi exposto, é possível propor os seguintes critérios hermenêuticos para a aplicação da Reforma Trabalhista no tempo:

- A Lei 13.467/2017 aplica-se aos contratos celebrados antes da sua vigência, inclusive quanto a eventuais supressões de direitos trabalhistas;
- A lei não prevalece sobre direitos assegurados em cláusulas contratuais ou dispositivos constantes de regulamentos de empresa;

11 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do Trabalho**. 38.ed. São Paulo: LTr, 2013.

12 Apud PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

13 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTr, 2013.

14 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2009.

- A novel legislação não terá o condão de suprimir direitos quando isso implicar redução salarial imediata.

Tais critérios prestigiam as teses desenvolvidas na doutrina especializada trabalhista ao longo de muitos anos, com base nas especificidades das normas laborais. Além disso, representam uma solução que não privilegia qualquer das partes contratantes, pois nenhuma delas estará imune à lei nova, resguardando-se apenas o direito constitucionalmente assegurado à irredutibilidade salarial.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 5 mar.2018.

_____. **Constituição dos Estados Unidos Do Brasil, de 10 De Novembro De 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 5 mar.2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula 441. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-441>. Acesso em: 5 mar.2018.

_____. **Medida Provisória nº 808/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 5 mar.2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MIZIARA, Raphael. **Eficácia da Lei nº 13.467/2017 no tempo: critérios hermenêuticos que governam a relação entre leis materiais trabalhistas sucessivas no tempo**. Disponível em: <<http://ostrabalistas.com.br/criterios-hermeneuticos-que-governam-relacao-entre-leis-materiais-trabalhistas-sucessivas-no-tempo/>>. Acesso em: 5 mar.2018.

NASCIMENTO. Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do Trabalho**. 38. ed. São Paulo: LTr, 2013. Apud PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de direito individual do trabalho. 5.Ed. São Paulo: LTr, 2003.

PORTUGAL. **Lei n.º 7, de 12 de fevereiro de 2009**. Aprova a revisão do Código do trabalho. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/asstscite/downloads/legislacao/CT25092017.pdf#page=10>>. Acesso em: 5 mar.2018.

ROUBIER. **Les conflits de Lois dans le Temps**. I, 1929, p.371. Apud MARANHÃO, Délio. Instituições de direito do trabalho. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999.

A REFORMA TRABALHISTA E O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO

João Humberto Cesário¹

Breve itinerário legislativo do ônus da prova

O artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, na sua redação original, ditava que a prova das alegações incumbia à parte que as fizesse.

Diante da sua laconicidade, tal preceito na prática não passava de letra morta, razão pela qual ainda ao tempo do Código de Processo Civil de 1973 os juslaboralistas passaram a aplicar o artigo 333 da lei em questão no Processo do Trabalho, para compreenderem, em síntese, que ao autor incumbia a prova do fato constitutivo do seu direito, ao passo que ao réu se impunha

1 Doutorando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso. Juiz do Trabalho no TRT da 23ª Região. Autor de livros jurídicos. Coordenador Acadêmico da Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso nos biênios 2011 a 2013 e 2013 a 2015. Membro do Comitê Executivo do Fórum de Assuntos Fundiários do Conselho Nacional de Justiça de 2013 a 2014. Professor das disciplinas Teoria Geral do Processo, Direito Processual Civil, Direito Processual do Trabalho e Direito Ambiental do Trabalho. Tem atuado ultimamente como professor visitante na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e nas Escolas Judiciais dos TRTs da 3ª, 5ª, 6ª, 7ª, 9ª, 14ª, 15ª, 18ª e 23ª Regiões. Endereços eletrônicos: www.facebook.com/prof.joahumbertocesario, www.facebook.com/prof.joahumbertocesario11 e [@joahumbertocesario](https://www.instagram.com/joahumbertocesario) (instagram).

comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O tempo passou e também o artigo 333 do CPC/1973 se tornou obsoleto, principalmente em função das indagações jurídicas advindas da naturalização forense das técnicas de distribuição dinâmica do ônus da prova, razão pela qual o Código de Processo Civil de 2015 passou a tratar da matéria de modo mais minucioso, fazendo-o no seu artigo 373, para deixar claro, entre outras disposições, que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, o juiz pode atribuir o ônus da prova de modo diverso daquele estatisticamente previsto na legislação, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Finalmente, rendendo-se à superioridade técnica da disposição processual civil, a lei nº 13.467-2017 modificou a redação do artigo 818 da CLT, para de modo quase idêntico ao artigo 373 do CPC/2015, ditar que:

Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá

dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Percebe-se, de tudo o quanto foi dito até aqui, que a rigor a nova redação do artigo 818 da CLT não carrega consigo nenhuma grande novidade legislativa em relação ao ônus da prova. Mesmo assim, compreendemos que a reforma trabalhista coloca à nossa frente uma excelente oportunidade de pôr em debate uma série de questões que ainda não estão suficientemente claras sobre o assunto. É o que faremos a seguir.

Significado: ônus subjetivo e ônus objetivo

No campo jurídico, a primeira noção a se dominar no que diz respeito à palavra ônus, é a do seu significado de encargo e não propriamente de dever. Assim, do mesmo modo que o réu não tem o dever de contestar a ação em face de si proposta, devendo assumir, porém, a consequência da sua revelia, a parte não possui propriamente a obrigação de produzir provas, necessitando tolerar, entretanto, o resultado da sua omissão.

Na realidade, a questão é ainda mais complexa, já que o litigante, subjetivamente falando, deve suportar o resultado da sua displicência probatória e, objetivamente argumentando, deve se resignar com o resultado da prova de interesse do adversário que tenha inadvertidamente produzido. Pode-se concluir, portanto, que o ônus da prova detém aspectos omissivos e

comissivos, podendo ser encarado tanto pelo seu prisma subjetivo, quanto pela sua angulação objetiva.

Dito de modo mais claro, o ônus subjetivo da prova se destina aos contendores, na medida em que antecipa os fatos relevantes e controvertidos que cada um deles deverá comprovar. Por outro lado, o ônus objetivo da prova se liga à atividade do magistrado, que apreciará as provas produzidas nos autos, independentemente de qual dos litigantes a tenha fabricado.

O CPC/1973 não tratava com clareza do ônus objetivo da prova, que, assim, era objeto de análise apenas doutrinária e jurisprudencial. Tal falha foi corrigida no CPC/2015, na medida em que o artigo 371 deste último diploma estabelece, com tintas fortes, que o juiz apreciará a prova constante dos autos, *“independentemente do sujeito que a tiver promovido”* (tratando, assim, do ônus objetivo), cabendo-lhe indicar na decisão as razões da formação do seu convencimento. Quanto ao ônus subjetivo da prova, pelo menos na perspectiva estática ele está distribuído, como já visto na parte introdutória do presente estudo, nos artigos 818 da CLT e 373, I e II, do CPC/2015.

Distribuição estática do ônus da prova

Na perspectiva estática, atualmente, seja em função do disposto na CLT ou no CPC, ao autor se impõe provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu incumbe demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele primeiro.

Fato constitutivo do direito do autor, como se sabe, é aquele que, uma vez provado, a princípio garantirá a ele o êxito na demanda. Fato impeditivo do direito do autor, por sua vez, será aquela circunstância especial, em regra de origem legal, capaz de deduzir efeitos do fato constitutivo. Fato extintivo, de outra senda, é aquele que extermina um direito preexistente. Fato modificativo, finalmente, é o evento que permuta

as consequências jurídicas do fato constitutivo do direito do autor².

Imagine-se, pois, que o autor se diga ex empregado de uma empresa, postulando, em consequência, a anotação da sua CTPS. Em defesa o réu nega a condição de empregado do trabalhador, cingindo-se a asseverar que ele jamais prestara a seu favor qualquer tipo de serviço. Nessa situação hipotética o ônus da prova incumbiria ao trabalhador, na medida em que este alegara como fundamento do seu direito a condição de empregado da empresa, sendo certo que esta última se restringira a negar o fato, eximindo-se de trazer à tona qualquer outro que fosse impeditivo, extintivo ou modificativo do pretense direito obreiro.

Situação diferente seria se o trabalhador continuasse a se dizer empregado da empresa, mas o empresário, admitindo a prestação de trabalho, negasse a sua condição jurídica de empregado, argumentando, para tanto, que o obreiro teria meramente trabalhado na condição de autônomo, jamais recebendo ordens, não estando adstrito ao requisito da pessoalidade. Nesse caso o reclamado teria admitido pelo menos em parte o fato constitutivo do direito do autor, qual seja, a prestação de serviços, mas a ele teria somado outro de natureza impeditiva, consistente na execução autônoma de serviços, razão pela qual o ônus da prova a ele pertenceria.

Conceba-se, por outra vertente, que determinado empregado ajuíze ação trabalhista fundada na ocorrência de acidente de trabalho, por via da qual persiga indenização por danos materiais, morais e estéticos. Se o empregador se limitar a negar a ocorrência do infortúnio, o objeto da prova será o acontecimento em si considerado, competindo o ônus da prova ao reclamante,

2 Para aprofundamento das definições, inclusive com fato exemplificação, CESÁRIO, João Humberto. **Provas no processo do trabalho**: de acordo com o novo código de processo civil. Cuiabá: JHC, 2015, p. 110 et seq.

por ser este o fato constitutivo do seu direito. De outro tanto, se o empregador admitir a existência do evento, mas alegar que ele foi gerado por culpa exclusiva da vítima, esta - a culpa exclusiva da vítima - passará a ser o objeto da prova, razão pela qual o encargo probatório incumbirá ao reclamado que fundou sua defesa em fato impeditivo do direito almejado na primígena.

Avente-se, ademais, que certo empregado tenha ajuizado reclamação para pleitear equiparação salarial, apontando como paradigma um colega de trabalho (artigo 461, *caput*, da CLT). Nesta conjuntura, se o empregador arrimar sua defesa na alegação de que os respectivos trabalhos - do reclamante e do paradigma - não tinham o mesmo valor (§ 1º do artigo 461 da CLT), atrairá para si a carga probante, vez que terá verberado fato impeditivo do direito do autor (S. 6, VIII, do TST).

Idealize-se, por fim, que o empregado assevere na inicial que foi imotivadamente dispensado, mas não recebeu as verbas rescisórias de direito, postulando-as na sequência. Em resposta, a vindicada reconhece a dispensa, mas alega que ela se deu por justa causa (artigo 482, "a", da CLT), motivo pelo qual não faz jus às rescisórias postuladas. Em tal hipótese, a contestação, lastreada que estava em fato impeditivo do direito do autor, acabou por dirigir à reclamada o ônus da prova.

Os exemplos, por suposto, são inesgotáveis. O fundamental é que o juslaboralista apreenda meticulosamente os conceitos de fato constitutivo, impeditivo, extintivo e modificativo do direito do autor, para que caso a caso se guie com segurança sobre o tema.

Distribuição dinâmica: o princípio da aptidão para a prova e a inversão do ônus probatório no processo do trabalho

É fundamental saber que relativamente à distribuição do ônus da prova a legislação de regência a princípio traça

diretrizes estáticas para a orientação dos atores processuais. Porém, a atenuação dessas diretivas rígidas, fundada no princípio da aptidão para a prova, vem a cada dia ganhando destaque no Poder Judiciário, tendo atingido com o advento do CPC de 2015 e a CLT reformada de 2017 o seu apogeu legislativo.

Ao contrário do que se possa imaginar, o princípio da aptidão para a prova, do qual decorre a técnica de inversão do encargo probatório, não se trata de tema novo na doutrina. Transcrevemos, para comprovar o asseverado, a lição do processualista italiano Francesco Carnelutti, extraída da sua clássica obra Sistema de Direito Processual Civil:

Quando a parte se encontrar em condições de poder (materialmente) facilitar a prova, basta para assegurar a disponibilidade da mesma ao juiz, a constituição de um ônus, de tal forma que se não fornecer a prova, o juiz pode ou deve entender contrária à verdade e, da mesma forma, desestimular a afirmação da parte que não a proporcionar, e, correlativamente, entender conforme a verdade, e por isso acolhê-la, à afirmação oposta. A lesão do interesse da parte (interesse em litígio) ameaçada dessa forma atua como estímulo eficaz para a produção da prova. Além disso, a consequência se deduz assim da inatividade da parte fundamenta-se sobre a experiência, e a sentença que se adapta a ela tem maiores possibilidades de ser justa, porque se apesar do estímulo de seu interesse a parte não proporcionar a prova, isto, de acordo com a experiência, dá ensejo para entender que a prova teria sido resolvida em prejuízo seu.³

3 CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. V. II. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p.556 - 557.

Dessarte, numa perspectiva menos dogmática e mais racional, o Juiz do Trabalho podia em algumas situações emblemáticas, mesmo ao tempo do CPC/1973, atribuir o ônus da prova àquela parte que estivesse em melhores condições de produzi-la, independentemente do balizamento rígido dos vetustos artigos 818 da CLT e 333 do CPC/1973.

Àquele tempo, nem mesmo os positivistas estritos poderiam refutar a óbvia conveniência de adoção pretoriana da conduta em questão. Ocorre que o artigo 6º, VIII, do CDC, elencava (e continua elencando) como um dos direitos básicos do Consumidor a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, fosse verossímil a alegação ou quando fosse ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Naquela ocasião, a questão que importava ser enfrentada era a da aplicabilidade, ou não, da mencionada regra no âmbito do Processo do Trabalho. A resposta era trivial, já que existia quanto ao tema uma notória lacuna axiológica na processualística laboral, que podia e devia ser colmatada pela disposição consumerista.

À guisa de argumentação, ainda que o artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor não existisse ou não pudesse ser aplicado no âmbito processual trabalhista, o princípio da aptidão para a prova com o seu consectário da inversão do encargo probatório poderia ser reverenciado pelo Juiz do Trabalho por força do disposto no artigo 5º, XXXV, da CRFB, que preconiza o direito de todos terem acesso não apenas formal, mas sobretudo substancial ao Poder Judiciário. Colhemos, a propósito, as notáveis palavras de Eduardo Cambi, que embora não tenham sido escritas com os olhos pousados na realidade trabalhista, calham justas à hipótese:

O legislador brasileiro, com auxílio do juiz, tem se valido desta técnica, tal como prevê o artigo 6º, VIII, do CDC. Entretanto, essa técnica pode ser utilizada pelo juiz, desde que haja critérios para estabelecer uma discriminação justa, mesmo na ausência de uma lei que expressamente consagre a inversão do ônus da prova, por se tratar de um modo de concretização do princípio constitucional da isonomia, em sentido substancial, e de efetivação da garantia constitucional do contraditório.⁴

Trazendo a discussão para o presente, podemos dizer que todas essas conclusões ganham indisfarçável reforço legislativo quando percebemos que o CPC/2015 encampou expressamente no seu interior, mais especificamente nos §§ 1º e 2º do seu artigo 373, o postulado da distribuição dinâmica do ônus da prova. Além disso, como já visto, para não deixar margem a dúvidas, a lei nº 13.467-2017 reformou a CLT, para, no pertinente, adotar a visão civilista. Aceita, seja legal ou doutrinariamente, a incidência da inversão probatória no Processo do Trabalho, resta assentar as condições básicas do seu aproveitamento.

Iniciando a resposta para o tema proposto, o artigo 6º, VIII, do CDC esclarece que para a inversão do ônus da prova o juiz deverá, segundo as regras ordinárias de experiências, tomar a alegação da parte por verossímil ou enquadrá-la como hipossuficiente.

Na esteira de tal disposição, tanto o § 1º do artigo 373 do CPC/2015, quanto o § 1º do artigo 818 da CLT, estatuem que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo (previsto estaticamente nos artigos 373, I e

4 CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 134.

II, do CPC/2015 e 818, I e II, da CLT) ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Sobreleva realçar, por importante, que de acordo com o § 2º do artigo 373 do CPC/2015 e com o § 3º do artigo 818 da CLT, a decisão de inversão não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Assim é que da combinação sinérgica dos artigos 6º, VIII do CDC, 373, §§ 1º e 2º do CPC/2015 e 818, §§ 1º e 3º da CLT, estão fincadas as balizas para a correta adoção pretoriana da técnica processual em estudo, que serão de agora em diante estudadas em tópicos apartados para fins pedagógicos.

A alegação da parte que a princípio responde estaticamente pelo ônus de provar deverá ser verossímil ou ela deverá ser tida por hipossuficiente

De acordo com o disposto no artigo 6º, VIII, do CDC, como já visto, para que o ônus da prova seja invertido, o juiz deverá, segundo as regras ordinárias de experiências, tomar a alegação da parte por verossímil ou enquadrá-la como hipossuficiente. É de se discutir, nesse contexto, o que se deve entender por regras ordinárias de experiências, verossimilhança e hipossuficiência.

Segundo o artigo 375 do CPC/2015 o juiz aplicará, no exercício das suas funções jurisdicionais, as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial. Tal preceito não passa da tradução legal da antiga máxima de que o ordinário se presume e o extraordinário se comprova.

As regras da experiência comum povoam a cabeça do julgador, que, com o correr dos tempos, estribado na sua experiência pessoal e profissional, adquire uma percepção bastante sensível e apurada da maneira como os fatos do cotidiano trabalhista se desenrolam.

Já as regras da experiência técnica, muito embora a rigor não se insiram no universo cognitivo do julgador, geralmente formado somente em direito, podem ser apreendidas pela repetição de casos corriqueiros como aqueles relativos a insalubridade, periculosidade ou redução da capacidade laborativa do trabalhador, ressalvada, sempre, a colaboração de um perito da área, cuja atividade será imprescindível para que a causa seja adequadamente solucionada. Sintetizando, quando a matéria depender de prova técnica, o fundamental para o desate do imbróglgio será a realização de perícia, podendo as máximas da experiência técnica apreendidas pelo magistrado no exercício da sua profissão ser utilizadas concomitantemente, até mesmo para fins de inversão do ônus da prova.

De sua vez, a verossimilhança deve considerar, entre outros requisitos: a) o valor do bem jurídico ameaçado de lesão; b) a dificuldade de se provar a alegação; c) a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação⁵.

Por óbvio, a verossimilhança não deve se assentar em um juízo absoluto de verdade, até porque este é impossível de ser alcançado na sua máxima complexidade, ainda que em procedimento de cognição exauriente. Aliás, se a verossimilhança é um elemento de inversão do ônus da prova, é porque ela não se mostra plena enquanto critério de verdade. Deve provir, portanto, da confiabilidade da arguição, lastreada, no mais das

5 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 271.

vezes, nas máximas da experiência, subministradas pelo que ordinariamente acontece.

A hipossuficiência, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não se trata de um conceito propriamente econômico, sendo relativo, no contexto probatório, à fragilidade probante daquele a quem incumbiria, a princípio, dar a prova em juízo. Não podemos fechar os olhos, entretanto, para o fato de que não raro a hipossuficiência econômica afetará a capacidade comprobatória do agente, que reprimido pelas vicissitudes financeiras experimentadas ao longo da vida, nem sempre possuirá condições de carrear a juízo um acervo consistente de provas.

Percebe-se, nessa perspectiva, que a inversão do ônus da prova é uma técnica capaz de dar vida ao princípio da paridade de armas probatórias no interior do processo. Não é por outra razão, aliás, que o professor Eduardo Cambi esclarece que “a inversão do ônus da prova é uma técnica que visa proteger (...) a parte que, na relação jurídica substancial, está em posição de desigualdade, sendo a parte mais vulnerável (v.g., nas relações de trabalho subordinado)”⁶, sendo certo, porém, que ela “não se restringe aos aspectos econômicos, mas também devem ser ponderados alguns fatores, tais como acesso às informações, grau de escolaridade, poder de associação e posição social”⁷.

A prova daquele que detém estaticamente o ônus probatório deve ser de difícil produção, ao passo que a prova da parte contrária deve ser veiculação mais simples

Aqui há de se enfatizar, trazendo o debate desde logo para o campo do Processo do Trabalho, que a utilização da inversão

6 CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014, p.169.

7 CAMBI, Eduardo. *Ibid.* p.174.

do ônus da prova na processualística laboral baseia-se, no mais das vezes, na constatação de que o empregador, em virtude de deter na relação de emprego os poderes de direção e de fiscalização, possui a obrigação de previamente constituir provas do desvencilhamento das obrigações laborais a que esteja jungido.

Assim, não é raro que ocorram situações no cotidiano forense trabalhista que a prova a princípio atribuível ao empregado seja de difícil, improvável ou mesmo impossível (*probatio diabolica*), ao passo que a contraprova do empregador é de fácil realização, na medida em que ele possui em suas mãos o chamado poder empregatício, que se divide em poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório, poder disciplinar e poder de documentação. Em situações que tais, não há dúvida de que a técnica da inversão probatória deve ser utilizada pelo julgador.

Devidamente apresentadas essas imprescindíveis premissas, é chegado o momento de trazer a lume alguns exemplos jurisprudenciais de inversão do ônus da prova no Processo do Trabalho. Dois dos mais eloquentes deles estão catalogados nos incisos I e III da Súmula 338 do TST, a saber:

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir.

No primeiro caso, ainda que o réu se restrinja a negar o fato constitutivo do direito do autor, qual seja, a jornada por ele alegada na petição inicial, não se preocupando em esgrimir outro que seja impeditivo, extintivo ou modificativo do interesse obreiro, deixando de trazer para os autos, caso mantenha mais de dez empregados, os cartões de ponto alusivos à jornada praticada pelo trabalhador, o ônus da prova lhe será dirigido por inversão típica.

Consoante pontuado pouco atrás, a utilização da técnica de repartição dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho geralmente se baseia nos poderes de direção e de fiscalização que o Direito do Trabalho atribui ao empregador, situação essa que lhe impõe a obrigação a preconstituir provas, principalmente em uma situação dessa natureza, na qual o seu dever está expresso § 2º do artigo 74 da CLT. Desse modo, diante da notória aptidão do reclamado para a produção da prova, o encargo probatório ser-lhe-á direcionado, prevalecendo, caso dele não se desincumba, a jornada articulada na primígena (desde que ela, naturalmente, seja verossímil, consoante exige o artigo 6º, VIII, do CDC).

Já na segunda hipótese, a jurisprudência parte da premissa de que um cartão de ponto contendo anotação invariável de jornada não se mostra digno de credibilidade, vez que as máximas da experiência, ministradas pelo que ordinariamente acontece, eloquentemente indicam que tais anotações sejam fraudulentas, apenas se prestando a sobrepor formas à realidade, em manifesta afronta a um dos mais reverenciados princípios de Direito Material do Trabalho.

Imagine-se, por outro lado, o caso de um trabalhador que depois de trabalhar anos a fio em uma mina de extração de amianto, se veja acometido por neoplasia maligna no pulmão. Em uma situação como essa, não há como se pensar de modo diferente, a não ser para se compreender, inclusive com fulcro

no artigo 21-A da Lei 8.213-9, que existe um nexu técnico epidemiológico, constatável por simples simbiose estatística, entre o trabalho realizado e o agravo experimentado.

Em assim sendo, uma eventual alegação contida na petição inicial de que o câncer foi desenvolvido por causa da atividade desenvolvida na mina de amianto, por ser absolutamente verossímil, conduz à inexorável inversão do ônus da prova, competindo ao empregador, que explora um setor econômico de risco inescandível, o qual inclusive já devastou cidades inteiras na Europa⁸, o ônus de provar, por exemplo, que o trabalhador era um consumidor inveterado de tabaco ou, por via de prova pericial, um tanto mais sofisticada é bem verdade, que havia predisposição genética do empregado para o desenvolvimento da enfermidade. Nesse sentido, embora tratando de outra doença, a jurisprudência da Seção de Dissídios Individuais 1 do Tribunal Superior do Trabalho, que mesmo longa merece reprodução integral devido a sua riqueza de detalhes:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELOS DANOS MORAIS DECORRENTES DE DOENÇA OCUPACIONAL PROFISSIONAL DIAGNOSTICADA COMO LER/DORT DE QUE FOI VÍTIMA A EMPREGADA QUANDO DESENVOLVIA A ATIVIDADE DE DIGITADORA – CULPA PRESUMIDA – INDENIZAÇÃO. As doenças ocupacionais são as enfermidades ocasionadas pela execução do trabalho, “seja pela atividade em si, seja pelas condições ambientais”. No Brasil, o legislador equiparou, para fins de proteção ao trabalho, a doença ocupacional ao acidente do trabalho. Nos termos

8 Indicamos a leitura de ROSSI, Giampiero. **A lã da salamandra**: a verdadeira história da catástrofe do amianto em Casale Monferrato. São Paulo: Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2010.

do artigo 20 da Lei nº 8.213/91, as doenças ocupacionais, são subdivididas em doenças profissionais e doenças do trabalho. Da leitura do referido diploma legal, extrai-se que as doenças profissionais são enfermidades próprias de algumas atividades, peculiares a determinadas profissões, e são reconhecidas como tais pela Previdência Social. Decorrem do risco da atividade, ou seja, da própria função exercida pelo empregado. As doenças do trabalho, por sua vez, são aquelas que podem ser adquiridas ou desencadeadas pelas condições ocupacionais inadequadas em que o trabalho é realizado, expondo o trabalhador a agentes nocivos. Tais doenças não são próprias de determinadas atividades profissionais, mas são consideradas como acidentes do trabalho em virtude da equiparação feita pela lei. Na hipótese dos autos, é incontroverso que a autora, que exercia a atividade de digitadora, foi acometida por doença ocupacional do grupo LER/DORT. A partir dos conceitos legais estabelecidos no artigo 20 da Lei nº 8.213/91, a doutrina vem atrelando a LER/DORT ao conceito de doença profissional quando afirma que essas doenças são “afecções, perturbações funcionais, lesões agudas ou crônicas de quem podem se vitimar os trabalhadores, por força da atividade, de um trabalho ou profissão”. No caso vertente, portanto, o que se está examinando é a responsabilidade do empregador em hipótese em que o empregado apresenta lesões crônicas em decorrência de doença classificada como LER/DORT, resultante do exercício da atividade profissional. É certo que a obrigação de indenizar os danos morais e/ou materiais causados por doenças do trabalho surge para o empregador quando presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais

sejam: o dano causado ao empregado, o ato culposo ou doloso praticado pelo empregador e o nexo causal da ocorrência com o trabalho. Desse modo, a indenização devida pelo empregador em casos de doença profissional pressupõe sempre a sua conduta dolosa ou culposa por violação de dever imposto por lei ou descumprimento de um dever genérico ou um dever jurídico ou obrigação socialmente exigível e esperada, fundando-se a responsabilidade no artigo 927 do Código Civil. Todavia, no caso dos autos, não foi delineado o quadro fático preciso, quanto à ocorrência ou não de efetiva prática ilícita causadora do dano, atendo-se o Tribunal Regional a considerar a possibilidade de reconhecer-se a responsabilidade objetiva. Em contrapartida, entendo ser possível presumir-se a culpa do empregador no presente caso, eis que o quadro fático autoriza o entendimento de que existe uma presunção de culpa do empregador, advinda do fato de que o exercício da função desempenhada pelo empregado originou a doença profissional, já que evidenciada a exposição do empregado a serviços repetitivos e contínuos quando do desempenho de suas funções (digitação de documentos). De acordo com a teoria da presunção de culpa, inverte-se o ônus da prova em favor da vítima, presumindo-se a culpa do empregador no evento danoso, salvo prova em sentido contrário. No caso, desse ônus o reclamado não se desincumbiu, porquanto não produziu qualquer prova que demonstrasse que ele proporcionou ao empregado condições seguras de trabalho, já que ele tem como obrigação cumprir as normas relativas à saúde do trabalhador, bem como fiscalizar se o desempenho de suas funções estão, na prática, obedecendo a essas orientações. Assim, restando caracterizados o dano, o nexo de

causalidade e a culpa do empregador, permanece o dever de reparação moral. Recurso de embargos conhecido e desprovido.⁹

Pense-se, outrossim, na hipótese em que um empregado portador de doença grave, geradora de estigma ou preconceito, como, *v.g.*, a AIDS, seja dispensado injustificadamente do trabalho e pleiteie a reintegração no emprego. Nesse caso, de acordo com a Súmula 443 do TST, a dispensa presume-se discriminatória. Logo, por ser manifestamente verossímil, o empregado não está obrigado a comprovar o fato constitutivo capaz de justificar o seu retorno ao trabalho, impondo-se, de tal arte, a inversão do ônus da prova, a fim de que o empregador elida a presunção relativa existente no caso, demonstrando, por exemplo, que a dispensa não foi arbitrária, tendo na realidade se fundado em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (aplicação analógica do artigo 165 da CLT).

Reflita-se, finalmente, sobre uma situação mais que corriqueira na Justiça do Trabalho, na qual se discute se o empregado necessita de vale-transporte para se deslocar da residência até o local de realização do trabalho. Compreendia-se, ao tempo da OJ 215 da SDI-1 do TST, que era do empregado, por ser fato constitutivo do seu direito, o ônus de comprovar a satisfação dos requisitos indispensáveis à obtenção do benefício em questão.

Nada obstante, o fato é que a SBDI I do TST cancelou o aludido verbete na data de 25.04.2011, demonstrando, com tal comportamento, que incide à espécie a técnica da inversão do ônus da prova. Ocorre que como já vimos, o ordinário se presume e o extraordinário se comprova. Não há dúvidas, à luz do antedito apotegma, que principalmente nos grandes centros

9 TST - E-RR 80500-83.2007.5.04.0030, Ac. SDI-1 - Rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho - Red. Min. Renato de Lacerda Paiva - Publicado em 17/05/2013.

urbanos, a regra geral é que o empregado necessita do vale-transporte, sendo exceção a sua desnecessidade. Nesse diapasão, é absolutamente normal que a prova deva ser dada pelo empregador, que por via de tecnologias simples e acessíveis como o *google maps*, pode demonstrar com facilidade, por exemplo, que o empregado morava tão perto do emprego, que poderia ir andando até o trabalho. Nesse sentido, a súmula nº 460 não mais deixa margem para dúvidas, ao enunciar expressamente que é do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício.

Inúmeros outros exemplos poderiam ser apresentados. O fundamental nessa matéria, entretanto, é que o juslaboralista tenha em mente que a técnica de inversão do ônus da prova almeja transportar o processo do campo da igualdade formal para o da isonomia substancial, protegendo no plano prático, em honra dos princípios do contraditório e da paridade de armas probatórias, o interesse daquele que teria especial dificuldade em provar o seu direito.

Da inversão não pode resultar uma prova impossível ou excessivamente difícil para a parte (*probatio diabolica*)

Como já vimos, para que haja a inversão do ônus da prova, são necessários os seguintes requisitos: a) a alegação da parte que responde estaticamente pelo ônus de provar deverá ser verossímil ou ela deverá ser tida por hipossuficiente; b) a prova daquele que detém estaticamente o ônus probatório deve ser de difícil produção, enquanto que a prova da parte contrária deve ser veiculação mais simples.

Por corolário desta última regra, resta claro que até mesmo em virtude do princípio da paridade de armas probatórias, da inversão não poderá resultar um ônus diabólico para aquele

a quem se atribuir dinamicamente o encargo de provar. É justamente por isso que o § 2º do artigo 373 do CPC/2015 bem como o § 3º do artigo 818 da CLT, ambos laborando no terreno de manifesta obviedade, se preocuparam em estatuir que a decisão de inversão do ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Imagine-se a seguinte hipótese, mais que corriqueira na Justiça do Trabalho, na qual o autor alega a percepção de salário não contabilizado, postulando, em decorrência, os seus reflexos em horas extras, aviso prévio, 13º salários, férias + 1/3 e FGTS + 40%. Nesse caso, o Juiz do Trabalho se vê diante de uma situação paradoxal, já que ainda que a alegação da inicial seja verossímil (tendo em conta, por exemplo, os salários praticados no mercado) e que a prova do autor seja extremamente difícil (já que aqueles que pagam salário marginal não deixam rastros contábeis, bancários ou testemunhais da prática), ele não poderá pura e simplesmente inverter o ônus da prova, já que se ele assim o fizesse, dirigiria uma prova diabólica ao réu, consistente no encargo de provar fato negativo (o não pagamento de salário 'por fora').

Nesse caso, o ônus da prova continuará sendo do autor, que por força da distribuição estática prevista nos artigos 373, I, do CPC/2015 e 818, I, da CLT, deverá comprovar o fato constitutivo do seu direito, qual seja, a percepção de salário não contabilizado. Vale adiantar, contudo, que o uma situação como essa abrirá margem para a incidência da técnica de redução do módulo da prova no Processo do Trabalho brasileiro, cujos pormenores estão apresentados no nosso livro *Provas no processo do trabalho: de acordo com o novo código de processo civil*¹⁰.

10 CESÁRIO, João Humberto. *Op. cit.* p. 150 *et seq.*

Momento processual da repartição do ônus da prova

É chegada a ocasião, uma vez explicadas as regras de distribuição estática e dinâmica do ônus da prova, de estudarmos um tema de altíssima indagação no direito processual, que diz respeito ao momento em que o juiz deve distribuir o encargo probatório; se durante a instrução ou no momento do julgamento.

Não há como negar que a distribuição do ônus da prova possui dúplice escopo. Ao mesmo tempo em que é uma regra de instrução, sendo, pois, um indicativo aos litigantes quanto às provas que devam produzir, é também um sistema de julgamento, servindo como ferramenta para que o magistrado decida, principalmente naqueles contextos em que não houve prova convincente. Mas a grande questão a ser agora respondida, como já enfatizado, é a do momento processual em que o juiz deverá se pronunciar sobre o tema.

O CPC/1973 não obrigava o julgador a orientar previamente os litigantes quanto às provas que pesavam sobre os seus ombros. Tanto é assim, que o artigo 451 do CPC/1973 se limitava a dizer que, ao iniciar a instrução, o magistrado, ouvidas as partes, deveria apenas fixar os pontos controvertidos sobre os quais a prova incidiria. Tal diretiva, naturalmente, se devia ao fato de que o CPC/1973 somente trabalhava com a perspectiva da distribuição estática do ônus da prova, sendo de se esperar que a parte assistida por advogado soubesse da prova que por imposição legal estava obrigada a dar.

Mesmo àquele tempo, a questão no nosso ponto de vista já era um tanto mais complexa¹¹, merecendo assim tratamento

11 CESÁRIO, João Humberto. **Provas e recursos no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p.50-51.

cuidadoso, vez que não é de hoje que a distribuição dinâmica vem se sobrepondo à repartição estática do encargo probatório. Já pensávamos desde então, que principalmente quando o juiz tomasse a iniciativa de inverter o ônus da prova, deveria alertar as partes no ato da audiência, inclusive fundamentando, ainda que de modo conciso, o seu ponto de vista (artigo 93, IX, da CRFB), de modo a prestigiar o mais amplo direito de defesa dos contendores.

Tal perspectiva, para o nosso júbilo, foi expressamente consagrada pelo CPC/2015, que preconiza no seu artigo 373, § 1º, parte final, que quando o juiz atribuir a prova de modo diverso do legalmente previsto, deverá fazê-lo por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, fazendo-o, naturalmente, pela via da advertência prévia, evitando, assim, surpresas que somente se revelariam por ocasião da sentença¹².

Seguindo a diretriz civilista, a parte inicial do § 2º do artigo 818 da CLT, inserido no corpo do aludido diploma legal por força da lei nº 13.467-2017, revela-se capaz de espancar qualquer dúvida sobre o tema no Processo do Trabalho, já que a sua inteligência preconiza que a decisão de inversão deverá ser proferida antes da abertura da instrução.

Tal diretiva, contudo, será capaz de em alguma medida retardar a prestação jurisdicional trabalhista, vez que a parte final do prefalado § 2º do artigo 818 da CLT ressalva que, a requerimento do interessado, eventual inversão probatória implicará o adiamento da audiência, a fim de que o novo destinatário da prova, sem surpresas ou sobressaltos, se desvencilhe do encargo que passou a pesar sobre os seus ombros,

12 Note-se, aliás, na dicção civilista até mesmo quando o juiz não inverte o ônus da prova, ele deve distribuí-lo previamente, na decisão de saneamento, consoante determina o artigo 357, III, do CPC/2015.

podendo, com efeito, provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

Diante das peculiaridades do problema detectado no parágrafo anterior, que em última análise coloca em rota de colisão os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo sem dilações excessivas, dele trataremos a seguir em tópico apartado.

A produção de provas no caso de inversão do encargo probatório e o adiamento da audiência: possibilidade de harmonização dos princípios do contraditório e da razoável duração do processo

Como já indicado no tópico precedente, o § 2º do artigo 818 da CLT estabelece que a inversão do ônus da prova, ocorrida dinamicamente antes da abertura da instrução, possibilitará que o interessado requeira o adiamento da audiência.

Tal disposição, obviamente, possui arrimo na vedação da surpresa, que é um princípio previsto genericamente no artigo 10 do CPC/2015 como norma fundamental do processo. Dito de outro modo, o aludido preceito almeja evitar que um litigante fique privado do contraditório e da ampla defesa, naquelas circunstâncias em que não tenha trazido uma prova para audiência, acreditando, de boa-fé, que estaticamente o encargo probatório pertencia à parte contrária.

Em que pese a correta intenção da regra enfocada, não é difícil imaginar que ela poderá ser usada como um poderoso mecanismo de procrastinação da prestação jurisdicional. Cumpre ao magistrado, com efeito, buscar uma solução de conformação do procedimento, que sem desprestigiar a vedação da surpresa, seja capaz de garantir, harmonicamente, o contraditório, a ampla defesa e a razoável duração do processo.

Pelo menos duas soluções, na nossa visão, serão capazes de viabilizar o alcance do objetivo colimado.

Na primeira delas, por exemplo, principalmente nas ações de rito ordinário, onde comumente ocorre a fragmentação da audiência (ainda que ao arrepio da literalidade do artigo 849 da CLT), poderá o magistrado, em achando viável, inspirado no artigo 357, II e III, do CPC/2015, proferir após a réplica do autor uma breve decisão de saneamento e organização do processo, na qual, entre outras coisas, delimitará as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos, definindo, ademais, a distribuição do ônus da prova. Assim, uma vez intimadas as partes com a necessária antecedência da mencionada decisão, não poderiam elas requerer, senão desnudando a má-fé objetiva com que agiriam, a redesignação da sessão instrutória, sob a alegação de que teriam sido apanhadas de surpresa.

Por outro lado, caso o juiz venha a compreender que a prolação de um despacho saneador seja hábil a aumentar para além do razoável o serviço interno da sua secretaria, poderá adotar uma outra solução de contorno, como, por exemplo, a de cientificar as partes, já na expedição da notificação para a audiência, aquelas circunstâncias que importam a inversão do ônus da prova, como, por exemplo, as de há muito catalogadas na súmula 338 do Tribunal Superior do Trabalho. Tal estratégia, simples e eficiente, sem dúvida seria capaz de harmonizar os princípios do contraditório e do devido processo sem dilações indevidas.

Sínteses conclusivas

Uma vez apresentado um trabalho, é sempre saudável veicularmos em tópicos algumas sínteses conclusivas:

A redação original do artigo 818 da CLT, por ser extremamente lacônica, não disciplinava a contento o ônus da prova no Processo do Trabalho. Assim, ao tempo do CPC/1973 era aplicado à processualística laboral o artigo 333 do mencionado código. Atualmente, diante da sua melhor construção, o artigo 373 do CP/2015 tem sido usado na jurisdição trabalhista. Atenta a tal fato, a legislação reformadora atribuiu nova redação ao artigo 818 da CLT, que, na sua essência, incorporou a disciplina normativa do artigo 373 do CPC/2015; O ônus subjetivo da prova se destina aos litigantes, antecipando os fatos relevantes e controvertidos que cada um deles deverá comprovar. Por outro lado, o ônus objetivo da prova se liga à atividade do magistrado, que apreciará as provas produzidas nos autos, independentemente de qual dos litigantes a tenha fabricado;

Na perspectiva estática, o autor deve provar o fato constitutivo do seu direito, ao passo que o réu deve provar o fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor;

Atualmente, tanto o § 1º do artigo 373 do CPC/2015, quanto o § 1º do artigo 818 da CLT (na redação reformada), estatuem que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo (previsto estaticamente nos artigos 373, I e II, do CPC/2015 e 818, I e II, da CLT) ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir dinamicamente o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada;

A decisão de inversão deverá ser proferida antes da abertura da instrução, sendo certo,

porém, que o § 2º do artigo 818 da CLT ressalva que, a requerimento do interessado, eventual inversão probatória implicará o adiamento da audiência, a fim de que o novo destinatário da prova, sem surpresas ou sobressaltos, se desvencilhe do encargo que passou a pesar sobre os seus ombros;

Em que pese a correta intenção da regra enfocada, não é difícil imaginar que ela poderá ser usada como um mecanismo de procrastinação da prestação jurisdicional, cumprindo ao magistrado, com efeito, buscar uma solução de conformação do procedimento, que sem desprestigiar a vedação da surpresa, seja capaz de garantir, harmonicamente, o contraditório, a ampla defesa e a razoável duração do processo.

Tais soluções adviriam, por exemplo, da prolação de um despacho saneador prévio, que, entre outras coisas, deliberaria sobre a distribuição do ônus da prova, de modo que as partes, uma vez intimadas, viriam para audiência sabendo, de antemão, sobre quais fatos deveriam provar. Caso o juiz entenda tal procedimento como contraproducente do ponto de vista da organização dos serviços da sua secretaria, poderia, alternativamente, cientificar as partes, já na expedição da notificação para a audiência, sobre aquelas circunstâncias que imporiam a inversão do ônus da prova.

Referências

CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório**. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil. V. II.** Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

CESÁRIO, João Humberto. **Provas e recursos no processo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Provas no processo do trabalho:** de acordo com o novo código de processo civil. *Cuiabá:* JHC, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROSSI, Giampiero. **A lã da salamandra:** a verdadeira história da catástrofe do amianto em Casale Monferrato. São Paulo: Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2010.

NOVOS PARÂMETROS PARA A PRESCRIÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho¹

Introdução

Quem leu a clássica obra *Os Miseráveis*, do escritor francês Victor Hugo, certamente não tem dificuldades para entender a importância do instituto da prescrição para o Direito. Houvesse sido reconhecida a extinção da pretensão punitiva do Estado, Jean Valjan não precisaria fugir do Inspetor Javert e poderia continuar a viver como o homem ressocializado, pai de família caridoso, bom empregador e bom prefeito que era quando eles se reencontraram muitos anos depois de se conhecerem nas Galés da época.

Assim como para o direito penal, a prescrição tem inegável importância para o Direito do Trabalho. Inexistisse ela, o empregador poderia ser demandado décadas depois por irregularidades que cometeu e já não comete mais, pondo em risco empregos presentes para a quitação de débitos passados.

¹ Mestre e doutor em Direito do Trabalho pela USP. Pós-doutor em Direito pela Université de Nantes. Professor da Fundação Getúlio Vargas EAESP-FGV e da Escola Superior de Advocacia da OAB SP. Titular da Cadeira n. 21 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Conselheiro do Conselho Superior de Relações de Trabalho (CORT) da FIESP, do Conselho de Emprego e Relações de Trabalho da FECOMERCIO SP e do Conselho de Relações Trabalhista (CRT) da Associação Comercial do Paraná (ACP). Sócio fundador do escritório Boucinhas Sociedade de Advogados.

Muito embora sempre se possa discutir qual é o prazo prescricional razoável - dois, cinco ou até mais anos -, não há como discutir o relevante papel que o instituto tem na pacificação de conflitos sociais e para a almejada e cada vez mais discutida segurança jurídica.

Em sua redação originária, dispunha o art. 11 da Consolidação das Leis do Trabalho que “Não havendo disposição especial em contrário nesta Consolidação, prescreve em dois anos o direito de pleitear a reparação de qualquer ato infringente de dispositivo nela contido.” O prazo exíguo em questão tinha a sua razão de ser. Vigorava a época a estabilidade decenal que permitia que os empregados por ela contemplados ingressassem com ação ainda durante a vigência do vínculo empregatício.

Com o fim da estabilidade decenal, paulatinamente a partir do advento da Lei 5.107/66 e, em definitivo, a partir da Constituição Federal de 1988, aludido prazo prescricional mostrou-se demasiadamente curto.

Não é de se estranhar, portanto, que o legislador constituinte o tenha ampliado em outubro de 1988 estabelecendo dois prazos. O de dois anos para ingresso com a demanda trabalhista ou para a manifestação de algum ato que demonstre intenção de futuramente litigar, como em alguns casos específicos de ação cautelar de protesto, e o de cinco anos para reivindicar créditos contados retroativamente, segundo entendimento que se tornou dominante, do ajuizamento da ação e não do último dia de prestação de serviços.

As discussões acerca do termo a quo da contagem retroativa do prazo de prescrição quinquenal restaram pacificadas. O mesmo não podia ser dito acerca das discussões acerca da possibilidade de prescrição intercorrente no processo do trabalho. A existência de duas súmulas conflitantes, uma do STF (327) e outra do TST (114), evidenciavam a divergência interpretativa

e desafiavam os operadores do direito do trabalho a encontrar uma forma de conciliá-las.

O relator da reforma trabalhista de 2017 optou por conferir uma solução legal a essa questão, adotando expressamente o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal. Não se limitou, contudo, a essa questão. Aproveitou o ensejo para trazer alguma luz acerca das discussões em relação a prescrição total e parcial e restringiu as hipóteses de interrupção da prescrição. O escopo deste escrito é analisar, dogmaticamente, as mudanças implementadas no texto legal cuja vigência iniciou-se em novembro de 2017. Para atingir esse desiderato, arvorar-se-á dos mais relevantes escritos sobre o tema.

Prescrição total e prescrição parcial

O legislador reformista introduziu no texto legal dois conceitos que há muito eram discutidos em sede de doutrina e jurisprudência, o de prescrição total e parcial. Antes do advento da Lei 13.467, as definições em questão eram extraídas da Súmula 294 do Tribunal Superior do Trabalho, que assim dispõe:

Prescrição. Alteração contratual. Trabalhador urbano. Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrentes de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.

O texto legal cuidou da questão de forma bastante similar ao estatuir que “Tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei”

A única diferença perceptível é singela, mas bastante significativa. Doravante estarão sujeitas à prescrição total não apenas as pretensões decorrentes de alteração do pactuado, que não esteja simultaneamente previstas em lei, mas também as pretensões decorrentes do descumprimento do pactuado.

Interrupção da prescrição

Na falta de preceitos regendo as causas suspensivas e interruptivas da prescrição no processo do trabalho, Marly A. Cardone, orientava, no final dos anos 70, a aplicação subsidiária dos preceitos do Código Civil de 1916, a saber os artigos 169 e 172 a 176.²

Mudou-se o Código, mas não a necessidade de sua aplicação subsidiária para esclarecer temas atinentes a interrupção da prescrição. Até o advento das modificações implementadas pela Lei 13.467 admitia-se uma única interrupção da prescrição pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, protesto judicial ou qualquer ato inequívoco, judicial ou extrajudicial, que retirasse o trabalhador de sua inércia em relação a postulação de seus direitos.

A reforma trabalhista, contudo, restringiu a interrupção da prescrição a uma única das hipóteses mencionadas acima: “§ 3º A interrupção da prescrição somente ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, mesmo que em juízo incompetente, ainda que venha a ser extinta sem resolução do mérito, produzindo efeitos apenas em relação aos pedidos idênticos.” (NR)

Quanto a este ponto há que se concordar com Homero Batista Mateus da Silva, que crê que “o protesto venha a sofrer

2 CARDONE, Marly A. Prescrição (Direito do Trabalho) II. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva: 1977, p. 233.

sério abalo como mecanismo interruptivo da prescrição, pelo argumento de que a legislação trabalhista podia escolher o mecanismo próprio para o corte no prazo”.³

Igualmente correto é o autor ao ponderar que a interrupção ocorrerá tanto pelo ajuizamento de reclamações trabalhistas individuais ou plúrimas, ou de ações civis públicas pelo sindicato ou pelo Ministério Público do Trabalho.⁴

É forçoso reconhecer ainda que o preceito em questão não altera a única hipóteses de causa impeditiva da prescrição no direito do trabalho, a menoridade. Permanecem, portanto, válidos artigos 440 da CLT e parágrafo único do 10 da Lei 5.889/73.

Como bem recorda Marly A. Cardone, há doutrina ressaltando a impossibilidade de transcurso de qualquer prazo prescricional em relação a atos nulos e jurisprudência considerando imprescritíveis os pedidos de anotação da Carteira de Trabalho.

Prescrição intercorrente

A primeira controvérsia suscitada pelo instituto ora estudado diz respeito a sua própria denominação. Para Homero Mateus Batista da Silva, não obstante os costumes tenham consagrado a expressão prescrição intercorrente, “o nome correto seria prescrição intracorrente ou, mais precisamente, prescrição da pretensão executiva”.⁵

Embora o antigo texto da CLT não utilizasse a expressão “prescrição intercorrente”, ela estava consagrada no artigo 884,

3 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: RT, 2017, p.30,

4 Ibid, p.31.

5 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: RT, 2017, p.32,

§1º, segundo o qual a matéria de defesa do executado em eventuais embargos à execução deveria se limitar ao cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida.

A despeito da clareza do texto legal, o Tribunal Superior do Trabalho, manteve desde 03 de novembro de 1980, o entendimento de que “É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente.” Os precedentes que levaram a edição da aludida súmula foram prolatados entre 1970 e 1976⁶. O texto do artigo antes mencionado data da redação original da CLT, na primeira metade dos anos 40. O entendimento da Súmula 114 passou por diversas revisões ao longo dos anos, tendo sido mantido em todas elas. Não resta dúvida de que as diversas e distintas composições do Tribunal Superior do Trabalho das últimas décadas jamais compactuaram com a ideia de prescrição intercorrente. Dois fatores certamente contribuíram para isso. A consagração do *juspostulandi* e o impulso judicial de ofício que sempre caracterizou a execução trabalhista.

A mesma unidade não se percebia na doutrina. Osiris Rocha, por exemplo, afirmava, ao tempo da redação dos precedentes que resultaram na Súmula 114, que se é certo de que o impulso judicial de ofício caracteriza o processo trabalhista

6 ROAR 306/1976, Ac. TP 2249/1976 - Min. Lomba Ferraz. DJ 06.04.1977 - Decisão unânime. ERR 1831/1974, Ac. TP 1028/1976 - Min. Orlando Coutinho DJ 07.10.1976 - Decisão unânime. ROAR 348/1974, Ac. TP 708/1976 - Rel. "ad hoc" Min. Coqueijo Costa DJ 09.07.1976 - Decisão por maioria. ERR 719/1972, Ac. TP 896/1973 - Min. Thélío da Costa Monteiro DJ 13.08.1973 - Decisão por maioria. RR 5242/1975, Ac. 1ªT 981/1976 - Rel. "ad hoc" Min. Lima Teixeira DJ 19.10.1976 - Decisão por maioria. RR 4362/1975, Ac. 2ªT 584/1976 - Min. Renato Machado DJ 06.07.1976 - Decisão unânime. RR 1818/1971, Ac. 3ªT 1263/1971 - Min. Newton Lamounier DJ 23.12.1971 - Decisão por maioria. RR 1667/1971, Ac. 3ªT 1128/1971 - Min. Leão Velloso Ebert DJ 29.11.1971 - Decisão unânime. RR 4648/1970, Ac. 3ªT 407/1971 - Min. Renato Machado DJ 06.10.1971 - Decisão por maioria.

de conhecimento, “O mesmo, porém, não se verifica na fase de execução (o art. 878 estabelece que a execução poderá ser promovida ou pelo interessado ou de ofício). E, de todo modo, nos casos específicos de paralisação do processo por culpa da parte, é claro que contra ela deve e pode ser contado o prazo prescricional próprio”.⁷

Também favoráveis a prescrição intercorrente no processo do trabalho eram Délio Maranhão⁸, Carmino Longo⁹, Mozart Victor Russomano¹⁰, Luís José de Mesquita¹¹, Wagner D. Giglio¹², Christovão Piragibe Tostes Malta¹³, Ivan Dias Rodrigues Alves¹⁴.

-
- 7 ROCHA, Osiris. Prescrição (Direito do Trabalho) - III. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva: 1977, p. 234.
 - 8 Instituições de direito do trabalho. 7ª edição. Rio de Janeiro, v. 2, p. 950, D-4 e Direito do Trabalho, 5ª ed. , Rio de Janeiro, 1977, p. 410, *apud* CATHARINO, José Martins Prescrição (Direito do trabalho) I. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva: 1977, p. 222.
 - 9 Prescrição Intercorrente, Trabalho e Seguro Social, 33:65-73 *apud* CATHARINO, José Martins Prescrição (Direito do trabalho) I. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva: 1977, p. 222;
 - 10 Comentários à CLT, Rio de Janeiro, 1952, v. 1, p.81 e s., *apud* CATHARINO, José Martins Prescrição (Direito do trabalho) I. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva: 1977, p. 222
 - 11 Comentários às Súmulas do STF em matéria trabalhista, São Paulo, s.d. p. 174-7 *apud* CATHARINO, José Martins Prescrição (Direito do trabalho) I. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva: 1977, p.222.
 - 12 Direito processual do trabalho, 4. ed. São Paulo, 1977, p.393-395 *apud* CATHARINO, José Martins Prescrição (Direito do trabalho) I. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.222.
 - 13 Prática de processo trabalhista, 6. ed. Rio de Janeiro, 1974, p.283-285 *apud* CATHARINO, José Martins Prescrição (Direito do trabalho) I. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.222.
 - 14 Comentários à CLT, Rio de Janeiro, 1974, p. 56-8. *apud* CATHARINO, José Martins Prescrição (Direito do trabalho) I. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva: 1977, p.222.

Contrários a prescrição intercorrente no processo do trabalho sempre foram os célebres Arnaldo Sussekind¹⁵, Barata da Silva e Breno Sanvicente¹⁶ e Carlos Coqueijo Costa¹⁷

O legislador reformista introduziu no texto o artigo 11-A, para que não paire mais dúvida alguma “Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos”. Teve ainda o cuidado de evidenciar o termo inicial do aludido prazo prescricional ao afirmar, no § 1º do mesmo artigo que “ A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.” Nada mais acertado. Como bem observou José Martins Catharino “Se a incúria não é imputável a litigante, não há como se falar em prescrição. E só pode ser imputável se à litigante couber praticar ato para movimentar o processo e ele não o realizar”¹⁸.

Nessa linha, Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão, e Platon Teixeira de Azevedo Neto, ponderaram que,

Não será qualquer determinação que poderá conduzir a execução à extinção sem satisfação do crédito pela via da prescrição intercorrente, mas apenas as ordens para providências a

15 Comentários à CLT e à legislação complementar, Rio de Janeiro, 1960, v.1, p. 250-1, A-7. apud CATHARINO, José Martins Prescrição (Direito do trabalho) I. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.222.

16 Introdução ao Direito do Trabalho, Porto Alegre, s. d., p.449, n.4. apud CATHARINO, José Martins Prescrição (Direito do trabalho) I. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.222.

17 A prescrição trabalhista, LTr, 40: 1143-5, set. 1976. apud CATHARINO, José Martins Prescrição (Direito do trabalho) I. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 222,

18 CATHARINO, José Martins Prescrição (Direito do trabalho) I. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977, p.222.

cargo exclusivo do credor, injustificadamente não atendidas. Ora, por certo, o alcance de bens para satisfação do crédito.¹⁹

No mesmo sentido, Homero Batista Mateus da Silva, assevera que “a única forma de se conciliar a ideia da prescrição intercorrente com o processo do trabalho é disparar o prazo quando a incumbência foi exclusiva da parte”.²⁰

Dito isto, relaciona uma série de situações que não devem gerar prescrição intercorrente, *in verbis*:

O cálculo de liquidação, que pode ser desenvolvido pelo próprio devedor ou pelo magistrado; nada obstante a alteração da redação do art. 878 da CLT – restringindo o impulso de ofício pelo magistrado – segue intacto o fato de que conta pode ser elaborada por qualquer pessoa;

A indicação de bens à penhora, que pode ser obtida através do uso dos convênios legais, da expedição de ofícios, de indicação de terceiros – como o tomador ou o corresponsável de qualquer natureza – e, ainda, pelo próprio devedor, que é, na verdade, obrigado indicar bens, ao contrário do que se costuma pensar (art.s 805, parágrafo único, e 847, §2º, do CPC 2015)

O cumprimento de despachos genéricos, que poderiam servir para qualquer etapa ou classe processual, como “requeira o quê de direito” ou “diga ao autor”; o fato de esses despachos

19 SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017, p.41.

20 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: RT, 2017, p. 33.

serem utilizados de maneira indiscriminada, talvez apenas para melhorar as estatísticas da Vara Trabalhista, não autoriza a punição da parte com a prescrição intercorrente pelo descumprimento daquilo que nem ao menos tinha clareza.²¹

Antonio Umberto, Ney Maranhão, Fabiano Coelho e Platon Neto, por sua vez, evidenciam também que a simples inexistência de bens do devedor não pode dar causa eficiente para o pronunciamento da prescrição intercorrente. Justificam suas conclusões afirmando que para isso ser possível a legislação reformada precisaria ter sido expressa, como o foi a Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/1980) e o Código de Processo Civil (art. 921, III e §§1º, 4º e 5º).²² A conclusão é polêmica e certamente ensejará muitas discussões. É possível que magistrados que não adotem a obra dos referidos autores como referência pronunciem a prescrição intercorrente a partir de uma aplicação subsidiária das normas expressamente mencionadas.

O legislador teve, por fim, o cuidado de evidenciar que a prescrição em questão poderá ser requerida por qualquer das partes ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição. Acolheu assim a tese há muito assentada na jurisprudência de que a prescrição de ofício do Código de Processo Civil é aplicável na esfera trabalhista, inclusive quanto à prescrição intercorrente. Contrariou, contudo, o pensamento vigente que, com base no Código Civil, afirmava que a prescrição somente poderia ser discutida em instância ordinária. Resta claro que

21 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: RT, 2017, p. 33.

22 SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017, p. 41.

doravante o tema poder ser enfrentado pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Supremo Tribunal Federal quando o recurso for conhecido e estiver em discussão questão trabalhista.

É provável que o novo texto legal sepulte o entendimento jurisprudencial de que a prescrição de ofício no processo do trabalho é incompatível com o princípio da proteção.²³ Irrepreensíveis a este respeito as ponderações feitas por Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão, e Platon Teixeira de Azevedo Neto:

A jurisprudência predominante repele a prescrição de ofício por entende-la incompatível com o princípio da proteção. Todavia, tal posicionamento tinha escora na regra de contenção da parte final do antigo parágrafo único do art. 8º da CLT, doravante implícito, que impedia a aplicação subsidiária de normas de direito comum desafinada com as regras e princípios processuais trabalhistas. Doravante, com a nova regra do art. 11-A da CLT, alusiva à prescrição intercorrente, esse posicionamento não será mais aplicável porque não se cuida mais da cogitação de integração de lacuna,

23 Recurso de embargos – Regência pela Lei n. 11.496/2007 – Prescrição – Decretação de ofício – Inaplicabilidade do art. 219, §5º, do CPC na esfera trabalhista. A prescrição é instituto de direito material, cuja aplicação na esfera trabalhista está condicionada às condições estabelecidas no art. 8º e parágrafo único da CLT. A disposição contida no art. 219, §5º, do CPC, ao determinar a decretação de ofício da prescrição, não se compatibiliza com os princípios que regem o Direito do Trabalho, notadamente o da proteção, que busca reequilibrar a disparidade de forças entre reclamante e reclamada. Precedentes desta subseção. Recurso de embargos conhecido e desprovido. (TST, SDI-1, E-RR n. 10900-71.2008.5.04.0019, Min. Luis Philipe Vieira de Mello Filho, j. 13-2-2014, DEJT 21-2-2014)

mas de incidência de norma processual trabalhista própria.²⁴

Diante do exposto, espera-se ter sido possível demonstrar que as novas regras atinentes à prescrição intercorrente são frutos de escolhas políticas que certamente agradarão alguns e desagradarão outros. Não são, contudo, absurdas, nem tampouco eivadas de inconstitucionalidade ou qualquer outro vício grave.

Considerações finais

As controvérsias eventualmente introduzidas pela reforma trabalhista em relação ao tema da prescrição são bem menores do que as que já emergiram e ainda emergirão em relação a outros temas.

No tocante ao tema aqui enfrentado, o legislador optou, em alguns casos, por ressuscitar entendimentos jurisprudenciais que haviam sido superados. Noutros, consagrou entendimentos até então minoritário nas cortes trabalhistas.

Esta postura certamente agradará alguns e desagradará outros tantos. Faz parte do jogo democrático enfrentar alguns revezes. A melhor solução para os que se apresentam descontentes deverá ser dada em outubro de 2018, nas eleições gerais. Muito melhor do que esforços hermenêuticos para invalidar uma norma aprovada pelo parlamento é preenche-lo com parlamentares mais próximos ao teor das normas que se deseja.

24 SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da lei n.13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017, p.41-42.

Referências

CATHARINO, José Martins. Prescrição (Direito do trabalho) I. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

CARDONE, Marly A. Prescrição (Direito do Trabalho) II. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

ROCHA, Osiris. Prescrição (Direito do Trabalho) - III. In FRANÇA, R. Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva: 1977.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: RT, 2017.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017.

(IN)APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NOVAS REGRAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NO PROCESSO TRABALHISTA

José Affonso Dallegrave Neto¹

A Reforma Trabalhista virou Lei

Para o desencanto da maioria dos operadores jurídicos, o Projeto de Lei da Reforma Trabalhista foi aprovado em tempo recorde e virou norma legal. Trata-se da Lei 13.467, publicada no Diário Oficial da União em 14 de julho de 2017, com *vacatio legis* de 120 dias.

Nela há muitas novidades na seara do direito material e algumas no direito processual. A maioria delas constitui verdadeiro retrocesso no campo dos direitos fundamentais, máxime o direito de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV). Mencionem-se aqui duas regras processuais que se sobressaem: a contagem do prazo não mais em dias corridos, mas em dias úteis, *ex vi do art. 775 da CLT*; e os honorários de sucumbência recíproca, previstos no novo art. 791-A, § 3º, da CLT.

Diante dessas inovações, cabe indagar se a lei processual passa a vigorar de forma imediata ou retroativa. Com outras

¹ Advogado, Mestre e Doutor em Direito pela UFPR; Pós-doutorando pela Universidade de Lisboa (FDUNL); Membro da JUTRA e da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

palavras: a nova lei alcança os processos em curso ou somente aqueles cujas ações tenham sido ajuizadas após a sua vigência, em novembro de 2017?

Ora, é cediço que a norma processual tem efeito prospectivo e imediato, valendo lembrar do brocardo “*lex prospicit, non respicit*”². Contudo, impende sublinhar que as regras de direito intertemporal contêm exceções importantes. São chamadas de regras de sobredireito (ou superdireito) aquelas que não criam situações jurídicas imediatas, mas regulam sua aplicação no tempo, no espaço e na interlocução das fontes do direito.

A aplicação da regra geral e suas exceções visa equacionar dois cânones fundamentais da ordem jurídica, “a lei do progresso e o conceito de estabilidade das relações humanas”³. De um lado o efeito prospectivo da nova lei processual, de outro a segurança jurídica das relações.

Para Tércio Ferraz a doutrina da irretroatividade serve ao valor *segurança jurídica*, “o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo momento, ser juridicamente questionado, sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos”. Essa doutrina, prossegue Ferraz, “cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social”⁴.

Para Gomes Canotilho, a segurança jurídica se desenvolve em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. O primeiro alude às decisões dos poderes públicos: “uma vez realizadas não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”. Quanto à

2 A lei é prospectiva, não é retrospectiva.

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.132-133.

4 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1991, p.229.

previsibilidade, Canotilho alude à “exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos”⁵.

A primeira exceção ao princípio da aplicação imediata da norma processual encontra-se no próprio texto constitucional, qual seja o seu art. 5º, XXXVI, ao dispor que a lei nova “não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Em igual sentido é o art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “**Art. 6º:** A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º: Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.”

Trata-se, pois, de garantir a segurança jurídica a fim de evitar surpresas prejudiciais às partes, ou mesmo proteger as situações jurídicas já encetadas sob o pálio da lei velha. Não se ignore que dentro do conceito de segurança jurídica temos a segurança legal e judicial. A propósito, Luiz Fux bem observa:

Em essência, o problema da eficácia da lei no tempo é de solução uniforme, porquanto toda e qualquer lei, respeitado o seu prazo de *vacatio legis*, tem aplicação imediata e geral, respeitados os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Muito embora a última categoria pareça ser a única de direito processual, a realidade é que todo e qualquer novel diploma de processo e de procedimento deve respeitar o ato jurídico-processual perfeito e os direitos processuais adquiridos e integrados no patrimônio dos sujeitos do processo. Assim, v.g., se uma lei nova estabelece forma inovadora de contestação, deve

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.264.

respeitar a peça apresentada sob a forma prevista na lei pretérita⁶.

Tempus regit actum

Na mesma toada exsurge a segunda exceção que dispõe sobre o sistema de isolamento dos atos processuais. Com efeito, a lei nova não retroage em relação aos atos já consumados, aplicando-se apenas aos atos futuros do processo. Nesse sentido é a regra do art. 1046 do CPC/15:

Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei 7.869, de 11 de janeiro de 1973.

§ 1º As disposições da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.

Observe-se que o CPC/15 fez questão de declarar que as disposições revogadas do CPC/73, atinentes ao rito sumário e especiais, continuam em vigor para as ações não sentenciadas até a data do novo CPC/15. Em igual sentido são as regras da CLT:

6 FUX, Luiz. O novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica normativa. Conjur. Opinião publicada em 22.03.16. Fonte: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/ministro-luiz-fux-cpc-seguranca-juridica-normativa>>.

⁶Art. 840, § 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.

Art. 912 - Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação.

Art. 915 - Não serão prejudicados os recursos interpostos com apoio em dispositivos alterados ou cujo prazo para interposição esteja em curso à data da vigência desta Consolidação.

Aqui cabe invocar a máxima latina: *tempus regit actum*. Esse brocardo apareceu no direito pátrio por força do direito lusitano, nomeadamente o Livro IV das Ordenações Filipinas, que se estendia ao Brasil Colônia, vigendo até o advento do CC/1916. Como sugere o próprio nome, *o tempo rege o ato*. Vale dizer, aplica-se a lei em vigor ao tempo em que o ato processual foi realizado.

Observa-se que as normas antes transcritas reforçam a regra geral de aplicação imediata da lei nova, salvaguardando a segurança jurídica em relação às situações iniciadas, mas ainda não consumadas.

A celeuma recai sobre a ultratividade da lei antiga quando incidente sobre ato processual tido como mero consectário de outro ato anterior. Os efeitos da lei velha se postergam nessa hipótese, sobretudo quando ausente disposição transitória (caso da Lei 13.467/17).

Não se ignore que a relação jurídica processual é dinâmica, implicando uma marcha progressiva que colima a prestação jurisdicional do Estado. Assim, ainda que a realização do ato isolado seja de fácil identificação, os efeitos por ele visados muitas vezes estendem-se no tempo, consolidando-se apenas com a consecução de outros atos ou faculdades processuais imbricadas. Aqui se encontra o desafio para o aplicador da lei nova.

A lei processual nova não pode surpreender de forma prejudicial

Para solver essa controvérsia, importa invocar uma terceira exceção à regra geral da aplicação imediata. Trata-se do princípio do não prejuízo aos litigantes pela lei processual nova. Com efeito, a novel legislação somente se aplica às situações em curso, quando para beneficiar as partes, a exemplo da nova contagem em dias úteis prevista no mencionado art. 775 da CLT.

Ao contrário, quando a lei nova sobrevier para acoimar, punir ou restringir direitos processuais a sua aplicação não poderá afetar situações jurídicas em aberto. Nesse sentido é a dicção da própria CLT ao ressaltar que o encurtamento do prazo prescricional só poderá se iniciar a partir de sua vigência; ou seja, com efeitos *ex-nunc*: “Art. 916 - Os prazos de prescrição fixados pela presente Consolidação começarão a correr da data da vigência desta, quando menores do que os previstos pela legislação anterior.”

Em igual direção já sinalizou o Supremo Tribunal Federal em vetusto aresto: “No caso em que a lei nova reduz o prazo exigido para a prescrição, a lei nova não se pode aplicar ao prazo em curso sem se tornar retroativa. Daí, resulta que o *prazo novo, que ele estabelece, correrá somente a contar de sua entrada em vigor*” (STF, 1ª Turma, RE 51.706, Rel. Min. Luis Gallotti, julgado em 4.4.1963).

Observa-se que a preocupação do STF não se restringe a elidir o prejuízo advindo do encurtamento da prescrição, mas de qualquer prejuízo que venha surpreender o jurisdicionado,

conforme se depreende do ajustamento pontual realizado quando do julgamento⁷ do Conflito de Competência n. 7.204:

O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, *em prol da segurança jurídica*, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto.

E aqui vale a lembrança das chamadas normas processuais heterotópicas. São aquelas inseridas geralmente em diplomas processuais penais, mas que apresentam conteúdo híbrido, fixando normas incidentes na relação processual, porém com conteúdo material, cujos efeitos se espraiam para além do processo. Não se ignore, a propósito, a atenta observação de Eduardo Couture, de que a natureza processual de uma lei “não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio”⁸.

A identificação dessas novas regras processuais híbridas ou heterotópicas é decisiva para determinar seus efeitos, *ex-tunc* ou *ex-nunc*, em relação aos processos em curso. Na esfera penal essa matéria é serena pela aplicação do art. 2º do Código de Processo Penal⁹. Em igual sentido o STF decidiu que, tratando-

7 O julgamento ocorreu em 29 de junho de 2005.

8 COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das Leis Processuais**. 4. ed. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.36. Mais sobre o tema ver: AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 3.ed.Ed. Método, 2011, p.65.

9 Art. 2º. - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais

se “de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º. do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, *as normas de direito penal (leia-se: material) que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal*”¹⁰. Vale dizer: as regras do jogo deverão ser conhecidas desde o início do processo, podendo ser alteradas apenas para beneficiar as partes, jamais para restringir garantias ou criar novos ônus processuais, máxime aqueles que repercutem para além do mundo dos autos. Carlos Maximiliano, acerca do caráter misto destas novas regras, alerta para a correta aplicação do direito intertemporal:

O preceito sobre observância imediata refere-se a normas processuais no sentido próprio; não abrange casos de diplomas que, embora tenham feição formal, apresentam, entretanto, prevalentes os caracteres do Direito Penal Substantivo; nesta hipótese, predominam os postulados do Direito Transitório Material¹¹.

A introdução dos honorários advocatícios de sucumbência recíproca no processo do trabalho se enquadra nessa ordem de regras híbridas e, portanto, devem ser aplicadas apenas aos processos que tiveram início sob a vigência da nova lei 13.467/17. Observa-se que o STJ analisou idêntica matéria, quando da introdução desse instituto pelo CPC/15:

da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

10 STF – ADI 1.719-9 – rel. Joaquim Barbosa – DJU 28.08.2007, p. 01.

11 MAXIMILIANO, Carlos. **Direito Intertemporal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 314.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA. LEI NOVA. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. (...) 7. Os honorários advocatícios repercutem na esfera substantiva dos advogados, constituindo direito de natureza alimentar. 8. O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, AS NORMAS SOBRE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NÃO SÃO ALCANÇADAS PELA LEI NOVA. 9. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015. 10. Quando o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, for publicado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas as regras do antigo diploma processual até a ocorrência do trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a a partir do dia 18.3.2016, as normas do novo CPC regularão a situação concreta. 11. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de esta Corte Superior reformar o acórdão recorrido após a vigência do novo CPC, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior(STJ, 4ª Turma, Recurso Especial Nº 1.465.535 - SP (2011/0293641-3, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Publicação DJ Eletrônico: 07/10/2016).

Em suma, a surpresa e o prejuízo são valores vedados na aplicação da lei nova em relação aos feitos pendentes, conforme

assinalou Luiz Fux¹². Esse norte hermenêutico vale também para a questão dos *honorários de sucumbência recíproca*, previstos no art. 791-A, § 3º, da CLT, da recém-chegada Lei 13.467/17.

O caráter específico e complexo da sucumbência recíproca

Até o surgimento da indigitada Reforma Trabalhista, ao reclamante não recaía qualquer condenação de verba honorária de sucumbência recíproca. Nos casos de insucesso em seus pleitos, ainda que de todos os pedidos formulados na ação trabalhista, o reclamante não respondia por honorários advocatícios da parte *ex-adversa*. Com outras palavras: a Lei 13.467/17 introduziu novo paradigma para este tema. E assim o fez dentro de um sistema complexo e coordenado, que se inicia com a exigência de indicar o valor dos pedidos na petição inicial, conforme a nova regra do art. 840, § 1º, da CLT.

Logo, importa que se compreenda que a condenação dos honorários de sucumbência constitui consectário ou reflexo da rejeição dos pedidos valorados na petição inicial. Há três novidades relacionadas entre si: pedidos líquidos; valor da causa; e honorários de sucumbência recíproca. Assim, pelo novo sistema a Reclamatória deverá conter pedidos com valores mensurados, que somados revelam o valor da causa, os quais servirão de base de cálculo dos honorários de sucumbência a serem fixados em sentença.

12 FUX, Luiz. **O novo Código de Processo Civil e a segurança jurídica normativa.** Conjur. Opinião publicada em 22/03/16. Fonte: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/ministro-luiz-fux-cpc-seguranca-juridica-normativa>>

¹³Art. 840, § 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.

Com efeito, se no momento do ajuizamento da ação aplicava-se a regra antiga, a qual prescindia de quantificação dos pedidos e exigia valor da causa apenas para fixar o rito, não poderá a sentença, ainda que publicada ao tempo da lei nova, surpreender as partes com a novidade dos honorários de sucumbência recíproca. Qualquer tentativa de forçar essa aplicação retroativa às ações ajuizadas sob a égide da lei velha será ilícita, por flagrante ofensa ao regramento de direito intertemporal e aos valores por ela tutelados (segurança jurídica, vedação da aplicação retroativa da lei nova *in pejus*). Nesse sentido colhem-se as atentas observações de Medina, Wambier e Alvim:

Muito embora acentuem os processualistas enfaticamente que a lei processual se aplica imediatamente, assim mesmo devemos entender o princípio com determinadas limitações, a saber: aos atos processuais, praticados na vigência de lei anterior, desde que devam produzir efeitos no futuro e ocorra mudança de lei, é a lei anterior que deverá ser aplicada, porque ela continua legitimamente a reger aqueles efeitos ulteriores¹³.

Em igual direção Maia Nunes e Pupe Nóbrega enunciam que a postergação dos efeitos da lei velha (ultratatividade) funciona como proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à norma processual punitiva, não alcançando os atos realizados antes da entrada em vigor da nova lei. O mesmo

13 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Segurança jurídica e irretroatividade da norma processual. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, p.328. Fonte: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/80>>.

silogismo vale para o ato processual praticado como consecutório de ato processual anterior, sob a vigência da lei velha¹⁴.

Nesta esteira, pode-se asseverar que o julgador só poderá aplicar os honorários advocatícios de sucumbência recíproca para as ações ajuizadas após a vigência da Lei 13.467/17. Do contrário, haverá flagrante ofensa à segurança jurídica e ao princípio que veda surpreender de forma prejudicial os litigantes que iniciaram a relação processual sob a égide da lei velha. Ressalte-se que a ordem jurídica não permite a retroatividade lesiva da lei nova, *ex vi do* art. 5º, XXVI, da Constituição Federal.

Novas leis atingem processos em curso. Mas, dentro do processo, também há um passado, um presente, um futuro. O passado há de ser preservado, sob pena de inaceitável irretroatividade. O presente é que será disciplinado. Assim, vê-se que incide, também, no processo o princípio do *tempus regit actum*: a lei que incide é a que está (ou estava) em vigor à época em que o ato processual é (ou foi) praticado. Esta é a lei que rege o ato em si e seus efeitos, ainda que estes se prolonguem no tempo¹⁵.

Conclusão

14 NUNES, Jorge Amaury Maia; NÓBREGA, Guilherme Pube. Direito intertemporal e lei processual no tempo: *anotações sobre o (ainda) novo Código que desponta no alvorecer de sua aguardada vigência*. **Revista Migalhas**, publicado em 27 de julho de 2017. Fonte: <www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI235786,81042-Direito+intertemporal+e+l+ei+processual+no+tempo+anotacoes+sobre+o>.

15 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Segurança jurídica e irretroatividade da norma processual. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, p.336. Fonte: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/80>>.

Em tom de arremate, pode-se afirmar que, via de regra, a lei processual nova se aplica de imediato às ações em andamento. Contudo, os novos dispositivos jamais poderão surpreender e prejudicar as partes, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Com efeito, haverá regras processuais novas que se aplicarão desde logo aos processos em curso, a exemplo da contagem em dias úteis, introduzida pelo art. 775 da CLT, a partir da Lei 13.467/17. Outras regras heterotópicas, como os honorários de sucumbência recíproca, previstos no art. 791-A, § 3º, da CLT, somente incidirão sobre as ações ajuizadas a partir da vigência da nova lei, vez que se reportam aos atos processuais complexos, com efeitos diferidos e além da órbita processual.

Não se pode aplicar honorários de sucumbência em ações trabalhistas iniciadas sob o pálio da lei velha, a qual regulava de forma diversa os requisitos da petição inicial e do valor da causa, sobretudo quando (a lei velha) nada determinava acerca dos encargos de sucumbência às partes.

O cabimento de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho é novidade que afeta atos processuais complexos e desdobrados, iniciando-se pela quantificação dos pedidos da inicial, fixação de rito, contestação e sentença. Logo, os honorários de sucumbência somente se aplicam aos processos cujas ações iniciaram sob a égide do regramento novo.

Em igual sentido Garcia Medina, Wambier e Teresa Arruda Alvim advertem, com acerto, que é insuportável a idéia de que as partes possam ser legitimamente “surpreendidas” com lei nova incidente em processo pendente:

Se ao abrigo de uma lei – que vem a ser revogada – ocorreram todos os fatos normativamente previstos para a incidência dessa lei, é ela que deve incidir até que ocorra no mundo empírico o último reflexo ou efeito

do ato inicial. Revogada essa lei, tem-se que regeção, no futuro, os fatos acontecidos no passado, e para os quais essa lei revogada previa uma consequência¹⁶⁷.

Com isso, os aludidos doutrinadores pretendem esclarecer que a lei que disciplina o ato “é aquela que estava em vigor à época em que este tenha sido praticado, e, mesmo que seja revogada em seguida, será esta lei e não a posterior que disciplinará os efeitos do ato anteriormente praticado”. Isso porque, quando se concebe um ato processual, “deve-se ter presente não o ato em sentido estrito, mas as condições para que ele seja praticado e os efeitos que dele derivam”(Ibid, Ibdem). Pensamos de forma igual.

Referências

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 3. ed. Ed. Método, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COUTURE, Eduardo J. **Interpretação das leis processuais**. 4.ed. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1991, p.229.

16 MEDINA, José Miguel Garcia;WAMBIER, Luiz Rodrigues;WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Segurança jurídica e irretroatividade da norma processual. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, p.335. Fonte: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/80>>.

FUX, Luiz. **O novo código de processo civil e a segurança jurídica normativa**. Conjur. Opinião publicada em 22.03.16. Fonte: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-22/ministro-luiz-fux-cpc-seguranca-juridica-normativa>>.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p.314.

MEDINA, José Miguel Garcia;WAMBIER, Luiz Rodrigues;WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Segurança jurídica e irretroatividade da norma processual.**Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, p.336. Fonte: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/80>>.

NUNES, Jorge Amaury Maia;NÓBREGA, Guilherme Pube. Direito intertemporal e lei processual no tempo: anotações sobre o (ainda) novo Código que desponta no alvorecer de sua aguardada vigência. **Revista Migalhas**, publicado em 27 de julho de 2017. Fonte: <www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI235786,81042-Direito+intertemporal+e+lei+processual+no+tempo+anotacoes+sobre+o>.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980

A REFORMA TRABALHISTA E O DIREITO INTERTEMPORAL: QUESTÕES DE DIREITO PROCESSUAL

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva¹

Nota introdutória

Promulgada e publicada a *Lei n. 13.467/2017*, questão tormentosa que se coloca é a relacionada à data correta da vigência desta lei, que envolve aspectos de direito material e processual nas inúmeras regras advindas da denominada *Reforma Trabalhista*. Não basta perquirir sobre contagem do prazo de *vacatio legis*, para se ter em conta a data em que termina o prazo de vacância de 120 dias estabelecido no art. 6º da lei em comento e a data em que se inicia a efetiva vigência da novel lei de regência que altera (e/ou acrescenta) 104 dispositivos da Consolidação. Há inúmeras situações jurídicas que reclamam interpretação particular; a título meramente exemplificativo, o regramento sobre justiça gratuita, honorários de perito, honorários de sucumbência – no *campo processual* –,

¹ José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva é Juiz Titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP); Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), na Espanha – Título revalidado pela Universidade de São Paulo (USP); Mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela UNESP; Membro do Conselho Técnico da Revista do TRT da 15ª Região (Subcomissão de Doutrina Internacional); Professor da Escola Judicial do TRT-15 e Professor Contratado do Departamento de Direito Privado da USP de Ribeirão Preto.

bem como a normativa a respeito de horas de itinerário, de banco de horas, sobre o criticado contrato intermitente – no campo do *direito material do trabalho*.

De partida, convém recordar a noção básica do instituto objeto de análise, em seguida definir a data “geral” de vigência da nova lei, para, em seguida, sem qualquer pretensão de esgotamento da extensa temática, proceder-se à abordagem dos aspectos mais cruciais do direito transitório quanto a alguns institutos atingidos, no campo do direito processual.

Vigência da lei n. 13.467/2017

Como pontuei alhures, na Teoria Geral do Direito há que se distinguir entre os planos de validade, vigência e eficácia da lei.

*A validade diz respeito ao aspecto formal da lei, ou, ainda, ao seu aspecto material. Como já se disse, na perspectiva da formalidade, há de se observar rigorosamente o processo legislativo, sob pena de *inconstitucionalidade formal*, caso em que a lei não será considerada válida. Também é possível analisar a validade na perspectiva material. Toda vez que a lei ignora uma norma ou um princípio constitucional, fala-se em *inconstitucionalidade material*. O plano de validade, portanto, diz respeito a essa esfera, ao processo legislativo e à constitucionalidade material da lei.*

(...) Quanto à *vigência*, ela exige que se verifique um outro critério: a *publicação da norma*. Destarte, o plano de vigência diz respeito à obrigatoriedade da lei, após sua publicação. Para que a lei obrigue é necessário que ela esteja em vigor e, assim, possa produzir efeitos. Normalmente, há uma coincidência entre

a obrigatoriedade (vigência) e a eficácia, já na data de publicação ou vencido o prazo de *vacatio legis* para que a lei entre em vigor. Assim, *em regra*, a lei vigente produz seus efeitos. Entretanto, há exceções, como ocorre com as leis orçamentárias, que são publicadas e entram em vigor, mas produzem seus efeitos apenas no ano vindouro (...).

Assim sendo, *nem sempre há coincidência entre a vigência e aeficácia*. Essa sutil distinção se torna bastante clara quando se estudam as *classificações das normas constitucionais, quanto à sua eficácia*, sobretudo no direito constitucional, falando-se em normas de *eficácia plena, limitada e contida ou restringível*. (...) Em suma, *eficácia formal diz respeito à aplicabilidade da lei* (SILVA, 2011, p.45-46).’

A respeito da contagem do prazo de vacância e entrada em vigor da nova lei – vigência da lei –, assim explanei na obra citada:

De acordo com o art. 1º da *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*, Decreto n. 4.657/1942, “Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”. No entanto, sabe-se que “Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade da lei brasileira, quando admitida, se inicia três meses depois de oficialmente publicada” (§ 1º).

Ocorre que a *Lei Complementar n. 95/1998*, ao estabelecer normas para a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis no país, modificou essa diretriz. Com efeito, o art. 8º desta fonte normativa disciplina que a vigência da lei promulgada deve ser indicada

“de forma expressa”, sendo que o prazo de *vacatio legis* assinado deve ser razoável, para que, da lei, seus destinatários tenham “amplo conhecimento”. Entrementes, permitiu-se que as leis de pequena repercussão possam entrar em vigor “na data de sua publicação”. Neste particular, muito interessante o § 1º do referido dispositivo, incluído pela Lei Complementar n. 107/2001, o qual estabelece forma de contagem do prazo de *vacatio legis*, merecendo ser transcrito: “A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral (SILVA, 2011, p.49).

Sendo assim, a data correta da vigência da Lei n. 13.467 é o dia *11 de novembro de 2017*, considerando-se que a lei foi publicada no Diário Oficial em 14 de julho, com prazo de *vacatio legis* de 120 dias. Incluindo-se o dia da publicação e o do vencimento do prazo, os 120 dias se esgotaram em 10 de novembro, entrando a lei em vigor no dia seguinte, 11 de novembro, um sábado. Não importa se não há expediente forense nesse dia, porquanto não se trata de prazo processual, mas de vacância para a melhor compreensão do sentido e do alcance da novel legislação. De igual modo, *não há falar em prorrogação* da vigência para o primeiro dia útil seguinte, que seria 13 de novembro. Enfim, para a contagem de prazo de vacância *não se leva em conta distinção* entre normas de direito material e processual, de maneira que toda a extensa normativa (104 artigos alterados e/ou acrescidos à CLT) terá início de vigência (formal) na mesma data, insista-se, 11 de novembro.

Contudo, diante das *peculiaridades* do direito processual do trabalho, há de se perquirir inúmeras situações jurídicas, para não se cometer o desatino de violar o *princípio da*

irretroatividade das leis, uma garantia constitucional albergada no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Bem se vê, portanto, que a questão da *aplicabilidade no tempo* da chamada Reforma Trabalhista não é tão simples quanto pareça.

Direito intertemporal e o direito processual do trabalho

No campo do *processo do trabalho*, de se apontar as seguintes questões que merecem uma atenção especial, no que toca ao direito intertemporal, dentre outras: a) contagem de prazos em dias úteis; b) concessão de justiça gratuita; c) honorários periciais; d) honorários de sucumbência; e) exceção de incompetência territorial; f) atribuição do ônus da prova; g) novos requisitos da petição inicial; h) incidente de descon sideração da personalidade jurídica; i) homologação de acordo extrajudicial; j) mitigação do princípio inquisitivo. Proceder-se-á, em seguida, apenas à análise dos aspectos mais importantes desses institutos, no que importa ao direito intertemporal.

Antes, porém, a nota introdutória no sentido de que, em regra, quanto à aplicabilidade da lei processual no tempo, o sistema jurídico brasileiro adota a *teoria do isolamento dos atos processuais*, de modo que se respeitam os atos jurídicos processuais já praticados segundo a lei antiga – os atos jurídicos perfeitos –, aplicando-se a lei nova, a partir de sua vigência, aos atos processuais ainda não praticados. Todavia, a solução dos problemas de direito intertemporal ou transitório não é tão simples assim. Pode haver direito adquirido da parte a que o ato siga um ritual já previamente estabelecido, não se podendo olvidar, principalmente, das *situações jurídicas consolidadas*, tal como preconiza o art. 14 do novo Código de Processo Civil.

Daí porque a *fase recursal* normalmente é regida pela lei vigente ao tempo da publicação (entrega) da decisão objeto de recurso.

Nery observa que há *duas situações* a serem observadas: 1^a) quanto ao *cabimento* e à *admissibilidade* do recurso se aplica a lei vigente à época da prolação da decisão, explicando que a data da decisão de primeiro grau é a da entrega em cartório (e não a da publicação no diário oficial), enquanto o marco temporal em segundo grau é a data da sessão de julgamento; 2^a) quanto ao *procedimento* aplicável, o recurso é regido pela lei vigente na data da efetiva interposição do recurso (NERY, 2015, p.228-229).

Na sequência, a análise dos temas propostos.

Contagem de prazos em dias úteis

De todos sabido que o art. 219 do novo Código de Processo Civil trouxe ao sistema jurídico processual brasileiro uma nova dinâmica em relação à contagem de prazos processuais, que passaram a ser contados em dias úteis e não mais em dias corridos. Trata-se de antiga reivindicação dos advogados, atendida pelo legislador que reformou o processo civil.

Contudo, no âmbito do processo do trabalho não houve muita receptividade à novel sistemática, batendo-se os juslaboralistas pela antiga regra do art. 775 da Consolidação das Leis do Trabalho, segundo a qual, no processo do trabalho, os prazos seriam contados com a exclusão do dia do início e a inclusão do dia do vencimento, sendo, entretanto, “contínuos e irrelevantes”. Essa continuidade foi interpretada de forma majoritária no sentido de aproveitamento de todos os dias da semana na contagem dos prazos, sem exclusão dos dias em que

normalmente não há expediente forense (sábados, domingos e feriados). Com efeito, o próprio TST, quando da edição da *Instrução Normativa n. 39/2016*, houve por bem apontar que a regra do art. 219 do CPC/2015 era incompatível com o processo do trabalho, escudando-se, certamente, na regra posta do art. 775 da CLT (art. 2º, III, da IN 39).

Vem agora a Reforma Trabalhista e muda completamente o destino dessa prática jurisdicional, determinando que também no processo do trabalho os prazos sejam contados *em dias úteis*, na nova redação conferida ao art. 775 da CLT. Não vejo nenhum problema quanto à mudança, que apenas implementa *uniformidade ao sistema processual*, facilitando a vida dos advogados que militam na esfera comum e na Justiça do Trabalho, porque não mais terão de adotar dois raciocínios distintos quanto ao instituto, correndo o risco de cometer equívocos que poderiam conduzir a sérios prejuízos aos jurisdicionados. E, em verdade, não há comprometimento da celeridade simplesmente porque os prazos são contados em dias úteis. As partes, bem ou mal, cumprem os prazos que lhe são designados – especialmente os peremptórios –, o que normalmente não ocorre com os servidores e juízes. Não por vontade destes, mas por uma sobrecarga desumana de trabalho diante da pletora de processos às suas mãos.

Pois bem, como será a *aplicação do direito transitório* quanto a essa contagem? Penso que, em regra, o que vai determinar se a contagem se dará em dias úteis ou corridos, a partir de novembro de 2017, será a *data da notificação*, que tem o propósito de dar ciência à parte da oportunidade ou dever processual de praticar um determinado ato processual. Assim, importa a data da notificação para que se resolva a questão. Pergunta-se: a data da expedição ou do recebimento da notificação? O correto é considerar-se a data em que a parte efetivamente toma ciência do despacho ou decisão, o que se dá, por óbvio, na

data em que ela *recebe a correspondência* que lhe foi dirigida pela Vara do Trabalho, recordando-se que, em conformidade com a Súmula n. 16 do TST, presume-se recebida a notificação postal, na Justiça do Trabalho, 48 horas depois de postada nos Correios pela secretaria. Destarte, se a notificação for postada até a quarta-feira (dia 8/11), a contagem dos prazos ainda será em dias corridos, pois se presume o recebimento no dia 10, sexta-feira. De outra mirada, se a postagem ocorrer *na quinta-feira* (dia 9/11), o término das 48 horas já se dará no dia 11/11 (sábado), quando já estará em vigor a Lei n. 13.467, caso em que a *contagem do prazo* já terá que observar a diretriz dos *dias úteis*.

Havendo publicação do despacho ou decisão no diário oficial, aplica-se a regra do art. 224, § 2º, do novo Código de Processo Civil, considerando-se como “data de publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico”. De modo que as publicações efetuadas no diário oficial eletrônico até o dia 9/11 ainda não desafiam contagem em dias úteis, considerando-se que o dia 10/11 é uma sexta-feira, dia útil. Do contrário, se a publicação ocorrer *no dia 10*, o primeiro dia útil na sequência será o dia 13/11, segunda-feira, aplicando-se, nessa hipótese, a *contagem de prazos em dias úteis*. Vale lembrar que não importa para essa questão de direito intertemporal contagem do prazo e data de início dessa contagem, mas tão somente a *data da ciência do prazo*, que se dá no recebimento da notificação ou da informação do juízo.

Concessão de justiça gratuita

De se ter em mente que o legislador reformista fez diversas modificações no regime de custas e despesas processuais do processo do trabalho, algumas flagrantemente *inconstitucionais*,

como se apontará na sequência. Nesse tópico, analisarei apenas três situações: 1^a) a imposição de um limite máximo para as custas processuais (art. 789, *caput*, da CLT); 2^a) a exigência de comprovação de insuficiência de recursos para a concessão do benefício da justiça gratuita (art. 789, § 4º); e 3^a) a exigência do recolhimento das custas do processo anterior em que ocorreu o arquivamento, para a propositura de nova demanda (art. 844, §§ 2º e 3º).

No tocante à fixação de limite máximo para as custas processuais, no importe correspondente a “quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”, o que daria, atualmente, o valor de R\$ 22.125,24 (R\$ 5.531,31 x 4), trata-se de regra extremamente benéfica aos empregadores – os que normalmente são condenados nas decisões judiciais proferidas pela Justiça do Trabalho –, porque doravante terão um *teto de custas* a serem recolhidas, ainda que o valor arbitrado à sua condenação seja superior a R\$ 1.106,262,00, em valores de 2017. Não é raro encontrar sentenças com valor condenatório superior a esse, como sói acontecer em sede de ação civil pública, em ações coletivas (substituição processual) ou em ações plúrimas. De se perquirir, inclusive, se tal sistemática não fere o princípio da igualdade, tendo em vista que o pequeno empreendedor, que normalmente recebe condenações em valores mais baixos, terá que recolher o *valor integral* de suas custas, ao passo que as grandes empresas – as que em regra são alvo de demandas coletivas –, ainda que condenadas em valores vultosos, saberão que o valor de suas custas estará limitado por força de lei.

Dito isso, a se entender como válida a norma, inclusive por se tratar de regra benéfica – não importa a quem –, *aplica-se imediatamente aos processos em curso*, tendo como marco temporal a *data da decisão judicial*. Se esta for proferida a partir

de 11/11/2017, aplica-se o limite imposto pelo art. 789 da Consolidação das Leis do Trabalho, em sua nova redação.

Quanto à segunda questão, penso que nada deve mudar no dia a dia forense da Justiça do Trabalho, ainda que o legislador reformista tenha exigido a comprovação de insuficiência de recursos para a obtenção do benefício da justiça gratuita, a fim de que a parte não tenha de recolher as custas do processo e demais despesas processuais. Isso porque a redação do § 4º do art. 789 é praticamente cópia literal do quanto disposto no *inciso LXXIV do art. 5º* da Constituição da República Federativa do Brasil, segundo o qual o Estado *deverá* prestar “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Cediço que, apesar da literalidade do texto constitucional, a jurisprudência se cristalizou no sentido de contentar-se com a *mera declaração* de situação de pobreza pela parte, até porque desde antes da nova ordem constitucional a própria legislação já dispensava a comprovação documental a esse respeito. Élisson Miessa recorda que a Lei n. 1.050/60 exigia atestado da autoridade policial ou do Prefeito para essa comprovação, a Lei n. 5.584/70 também exigia atestado do Ministério do Trabalho (ou da autoridade policial) na Justiça especializada, mas já a Lei n. 7.510, de 1986, havia dispensado qualquer documento comprobatório, contentando-se com a *simples afirmação da parte*, presumindo-se sua boa-fé. (MIESSA, 2016, p. 1007-1008)

Ademais, o novo Código de Processo Civil caminhou na mesma direção, possibilitando a concessão do benefício da justiça gratuita à *pessoa natural* com a simples declaração desta, a teor do § 3º de seu art. 99, que merece ser transcrito: “Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural”. Permanece hígida, portanto, a jurisprudência que tanto nos domínios do processo civil quanto na seara trabalhista, interpretando a expressão

“comprovação” da norma constitucional, *presume a situação de insuficiência de recursos em relação à pessoa natural* que a declara, exigindo a comprovação por documento ou outro meio de prova idôneo apenas em relação à pessoa jurídica. Nesse sentido, a Súmula n. 481 do STJ e a OJ 304 da SDI-I do TST. Agora, a se exigir comprovação da situação de pobreza ao trabalhador, tal novidade somente pode ser cobrada nas ações ajuizadas a *partir de 11/11/2017*, porque até a véspera a regra do § 4º do art. 790 da CLT não é obrigatória.

Enfim, no que se relaciona à absurdamente *inconstitucional* exigência de recolhimento das custas de processo anterior, extinto sem resolução do mérito com correspondente arquivamento dos autos, para a propositura de nova demanda (art. 844, §§ 2º e 3º), tenho que agride frontalmente a garantia constitucional de acesso à justiça consubstanciada no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, como já apontado pelo nobre Procurador-Geral da República no bojo da ADI n. 5766 (STF, 2017, *on line*) – na qual ataca também a inconstitucionalidade dos §§ 4º dos arts. 790-B e 791-A –, porque o benefício da justiça gratuita significa prestação jurisdicional “integral e gratuita” a todos que tenham direito a essa isenção. Não se trata de favor legal, mas de direito fundamental (art. 5º, LXXIV). Não obstante, a se entender válida a norma, ela somente se aplicará aos arquivamentos (decisões extintivas) ocorridos a *partir de 11/11/2017*, para se evitar a inadmissível retroatividade da lei *in pejus*.

Honorários periciais

A situação é um tanto pior quando se examina a esdrúxula possibilidade de “compensação” de créditos obtidos pelo trabalhador, ainda que em outro processo, para o pagamento dos honorários periciais, quando ele for sucumbente na pretensão objeto da perícia, relacionada a adicionais de insalubridade,

periculosidade, indenizações de acidente do trabalho etc., passem, *ainda que beneficiário da justiça gratuita*. Não bastasse a flagrante violação dos direitos fundamentais garantidos pelo art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, da CF/88 – acesso à justiça e gratuidade judiciária –, o § 4º do art. 790-B da “nova” CLT agride o direito humano às *condições materiais mínimas de existência*, pois consagrada mundialmente a *garantia ao mínimo existencial*, na teoria geral dos direitos humanos, como bem pondera a PGR na ADI 5766, ainda que no tocante ao § 4º do art. 791-A, tratando da “compensação” para satisfação dos honorários de sucumbência.

Nesse passo, o legislador reformista cometeu uma despropositada subversão do instituto da gratuidade judiciária, lembrando-se que a Lei Maior assegura a todos que não tenham condições de custear as despesas do processo um direito fundamental à assistência jurídica que seja, ao mesmo tempo, *gratuita e integral*. Conquanto a norma do inciso LXXIV do art. 5º da CF/88 seja clara como a luz do dia, convém explicitar que a *assistência judiciária gratuita* – mais ampla que a simples justiça gratuita, atinente a custas e despesas processuais em sentido estrito, tal como ainda prevê o § 3º do art. 790 da CLT – abrange todas as despesas de natureza processual, inclusive honorários de perito e de sucumbência – exatamente como prevê o inciso VI do § 1º do art. 99 do CPC/2015 –, por isso, *integral*, e de forma absolutamente *gratuita*. Desculpem-me a redundância: sem qualquer custo. De não se olvidar de que o art. 99, § 1º, do novo Código de Processo Civil trouxe ao sistema jurídico um extenso rol de despesas que devem estar “cobertas” pela *assistência jurídica integral*, inclusive de depósito recursal (inciso VIII) e de emolumentos devidos a notários ou registradores (inciso IX). Daí porque não se compreende a sanha do legislador reformista da CLT em atribuir essa despesa ao sucumbente na pretensão objeto da perícia, quando beneficiário da justiça

gratuita, porque nesse caso é a União (ou outro ente público) que deve suportar tais despesas, como já ocorre no processo do trabalho (Resolução n. 66/2010 do TST) e também no processo comum (art. 95, § 3º, do CPC).

A justificativa pode ser a de que há muita aventura jurídica ou até mesmo litigância de má-fé por parte dos trabalhadores, postulando adicionais de insalubridade e de periculosidade, ou mesmo indenizações decorrentes de doença ocupacional, sem o mínimo de seriedade ou responsabilidade. Ora, para essas situações o sistema jurídico já prevê severa consequência processual: a *condenação por litigância de má-fé* (arts. 79 a 81 do CPC). Ademais, a “nova” CLT traz essa diretriz como regramento expresso, sendo que a partir de 11/11/2017 os juízes e tribunais do trabalho poderão aplicar todas as *quatro penalidades* previstas no novel art. 793-C da CLT (multa, indenização de prejuízos, honorários advocatícios e despesas processuais).

Contudo, a se entender válida a “compensação” imposta pela lei, retirando-se crédito do trabalhador para o pagamento dos honorários periciais, penso que isso somente poderá ser possível nas ações ajuizadas *a partir de 11/11/2017*. Explicarei essa preferência doutrinária no próximo item, dada a identidade de argumentos em relação à “compensação” para pagamento de honorários de sucumbência.

Honorários de sucumbência

Nessa temática a Reforma Trabalhista promove uma *revolução* na Justiça do Trabalho, com uma mudança de 180 graus. De todos sabido que o Tribunal Superior do Trabalho sempre manteve jurisprudência arredia à possibilidade de haver condenação em honorários de sucumbência na Justiça especializada, como bem demonstram as Súmulas n. 219 e 329 daquele Tribunal. De se recordar que a Súmula 219, em sua primeira

versão, é anterior à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mas o entendimento ali manifestado foi mantido sob a égide do novo regime constitucional, como se observa da análise da Súmula 329. Assim, ainda que o art. 133 da CF/88 tenha estatuído a *imprescindibilidade* da participação do advogado para se assegurar a plenitude dos direitos formais e materiais, com fulcro no velho *ius postulandi* que sempre foi uma das marcas registradas da Justiça do Trabalho, consubstanciado no art. 791 da CLT, a Corte Superior Trabalhista *nunca admitiu* a possibilidade de avanço nessa matéria, mantendo firme orientação de não cabimento de honorários de sucumbência no segmento especializado da Justiça, ainda que levado a admitir sua incidência em hipóteses excepcionais, com bem retrata a atual redação da Súmula n. 219.

Pode-se afirmar, portanto, que a água tanto bateu, que *furou a pétrea jurisprudência restritiva* do TST quanto aos honorários de sucumbência. O art. 791-A e §§ da “nova” CLT será um *divisor de águas* no processo do trabalho. Doravante, os trabalhadores e seus advogados terão de sopesar com muito cuidado os riscos da demanda, tendo em vista que, ainda que alguns direitos se tornem quase evidentes – por exemplo, diante do não pagamento de salários e verbas rescisórias quando incontroversa a relação de emprego –, outros dependem de prova convincente sobre sua existência. E quanto mais controvertida for a situação fática que pode ou não dar ensejo ao reconhecimento do direito material alegado, *maior o risco de sucumbência* na demanda, lembrando-se que haverá *sucumbência recíproca* quando o trabalhador não obtiver sucesso quanto a alguns dos direitos reivindicados (§ 3º deste artigo).

Por certo que se trata de *antiga reivindicação* dos advogados trabalhistas, a qual encontrava eco na doutrina, ainda que minoritária.

De se render aqui homenagem a Jorge Luiz Souto Maior, o jurista que sempre defendeu a possibilidade de condenação em honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, desde 1998. Ainda no século passado este grande jurista afirmava que a ausência de sucumbência no processo do trabalho “acaba por constituir, em verdade, uma verdadeira barreira ao acesso à ordem jurídica justa”. E sustentava que os dispositivos processuais aplicáveis no âmbito trabalhista (especialmente do CPC e da Lei n. 1.060/50) já forneciam plena possibilidade “de se adotar a sucumbência no processo do trabalho, como forma de concretização do movimento do acesso à justiça nesta especializada” (MAIOR, 1998, p.134-142, grifos do autor).

Bem-vinda, pois, a novidade, não fosse a málsinada regra inserida no § 4º deste dispositivo, a permitir a “compensação” dos honorários de sucumbência do advogado do empregador com o crédito recebido pelo trabalhador, “ainda que em outro processo” e *mesmo que consiga o benefício da justiça gratuita*. Um despropósito! O legislador reformista copiou literalmente a regra do § 3º do art. 85 do novo Código de Processo Civil, a qual disciplina sobre a suspensão da exigibilidade do crédito resultante dos honorários de sucumbência até que o advogado credor possa demonstrar que o beneficiário da justiça gratuita adquiriu condições materiais de suportar tal despesa, pelo prazo de dois anos após o trânsito em julgado da decisão condenatória – no processo civil, no prazo de cinco anos –, *prazo geral da prescrição trabalhista*. Decorridos esses dois anos sem essa demonstração, dá-se o fenômeno da *prescrição intercorrente*, extinguindo-se as obrigações do beneficiário.

Até aí nenhuma novidade, porquanto essa já era a diretriz desde a edição da Lei n. 1.060/50 (art. 12). O problema fica por

conta da matreira intromissão de uma regra de “compensação” logo no início do citado § 4º, permitindo-se que os créditos obtidos pelo trabalhador no julgamento da demanda, “ainda que em outro processo”, possam ser “compensados” para o pagamento do advogado da parte contrária. E se os créditos obtidos forem de natureza nitidamente salarial, como saldo de salário e verbas rescisórias? E se essas verbas nem sequer tiverem sido objeto de controvérsia? Imaginem a situação do trabalhador que se viu forçado a contratar advogado para demandar seu ex-empregador a fim de receber aquelas sagradas verbas, diante de seu latente estado de necessidade, e resolve postular indenização por dano moral por conta dessa situação de penúria, mas o juiz entende que não há dano moral no caso. Exemplo: a) trabalhador ganha a demanda de R\$ 5.000,00 de saldo de salário e verbas rescisórias; b) mas sucumbe em relação à indenização de dano moral, sendo condenado a pagar 15% de R\$ 50.000,00 = R\$ 7.500,00; c) ele não receberá os incontroversos R\$ 5.000,00, e ainda ficará devendo R\$ 2.500,00 de honorários de sucumbência. Situação tão esdrúxula que não pode ser aceita pela jurisprudência trabalhista.

No entanto, se vingar a tese da plena possibilidade de “compensação” do crédito do trabalhador com os honorários de sucumbência do advogado do empregador, há de se ter em conta que até a vigência da nova lei os trabalhadores não tinham qualquer preocupação quanto a eventual sucumbência – e menos ainda com a possibilidade de “compensação” –, porque a insistente jurisprudência trabalhista era no sentido de não haver condenação em honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, em casos gerais de demandas típicas das relações de emprego (Súmula 219, I e IV, do TST). Como poderia agora ser surpreendido com uma nova lei que lhe imponha esse pesado fardo?! Seria uma *surpresa inaceitável*. Daí que a doutrina e a jurisprudência hão de encontrar um caminho de *equidade* para

essa drástica situação. De modo que a condenação em honorários de sucumbência no processo do trabalho não pode ser imposta nos processos em curso, ou, pelo menos, nos processos que já se encontram em grau avançado de percurso.

A partir de *qual momento* se poderia cogitar dessa aplicação? Essa intrincada questão de *direito intertemporal* ou de direito transitório encontra *duas teorias* de maior aceitação:

1ª) *teoria da sucumbência* de Chiovenda – com efeito, o *marco temporal* para a aplicação do regramento relativo aos honorários de sucumbência é a *data da prolação da sentença* – segundo essa teoria –, tendo em vista tratar-se a imposição de tais honorários de uma punição ao demandante que litiga sem razão, sem ter o direito material postulado (*princípio da sucumbência*), sendo a sentença de *natureza constitutiva* do direito aos honorários de sucumbência; tendo a parte sucumbido em sua pretensão, deve arcar com os honorários do advogado da parte contrária; de outra mirada, se a sentença já tinha sido prolatada ao tempo da lei anterior, é a disciplina desta que deve ser aplicada até o final do processo, ainda que a lei posterior venha reduzir ou aumentar o campo de atuação em torno da questão; foi o que ocorreu com o novo Código de Processo Civil, que ampliou as situações em que devidos honorários de sucumbência no processo civil (art. 85, §§ 1º e 11), e impôs uma tabela (faixas) de percentuais de honorários de sucumbência em relação à Fazenda Pública (§ 3º do citado art. 85);

Nesse sentido decidiu o STJ em relação ao novo Código de Processo Civil, no julgamento do REsp n. 1.465.535/SP, em 21 de junho de 2016, por sua 4ª Turma. Após identificar que se tratava de um instituto de direito processual-material, a 4ª Turma, no citado recurso, “elegeu a sentença como marco processual a separar a incidência do Código antigo da do Código novo” (NÓBREGA, 2016, *on line*).

2^a) *teoria da causalidade* – o *marco temporal* para a aplicação do novo regramento a respeito de honorários de sucumbência é a *data do ajuizamento da ação*, não importando se já houve decisão de fundo no processo. Ora, se a condenação em honorários de sucumbência decorre da ideia de punição ao demandante que não sopesou adequadamente os riscos do processo, devendo, por isso, ao sucumbir em sua pretensão, arcar com todas as despesas do processo, inclusive honorários de sucumbência, deve ser aplicada a *lei do tempo da demanda*, porque é nesse momento que o demandante *sopesa os riscos do processo*, tomando em conta todas as despesas que terá de suportar caso não saia vencedor, como custas, emolumentos, honorários de perito e, *principalmente*, honorários de sucumbência. De tal modo que ele não pode ser surpreendido posteriormente, recebendo “castigo” superior ao que divisara quando da propositura da demanda.

Por isso, a doutrina tem sustentado que, a despeito de o STJ ter definido que o marco temporal para a questão é a data da prolação da sentença – porque é nesta que o crédito aos honorários de sucumbência é constituído, motivo pelo qual seria possível utilizar o novo regramento do CPC/2015 para as condenações em sentenças *ainda não proferidas* em 18 de março de 2016, data do início da vigência do novo Código de Processo Civil –, em nome do *princípio da causalidade*, o marco temporal deve ser a *data do ajuizamento da demanda*. Com efeito, se o demandante é punido ao pagamento de honorários de sucumbência porque deu causa ao processo – como autor, réu ou terceiro interveniente, em ação ou reconvenção –, ele não pode ser surpreendido com regramento que piora sua situação jurídica, não imaginada quando do sopesamento dos riscos de se demandar em juízo.

Guilherme Pupe da Nóbrega cita lição de Yussef Said Cahali, que em 1978 procurou

demonstrar a *insuficiência da teoria da sucumbência*, em seu livro *Honorários advocatícios* (Revista dos Tribunais), afirmando que “a raiz da responsabilidade está na relação causal entre o dano e a atividade de uma pessoa. Esta relação causal é denunciada segundo alguns indícios, o primeiro dos quais é a sucumbência; não há, aqui, nenhuma antítese entre o princípio da causalidade e a regra da sucumbência como fundamento da responsabilidade pelas despesas do processo: se o sucumbente as deve suportar, isto acontece porque a sucumbência demonstra que o processo teve nele a sua causa” (NÓBREGA, 2016, *on line*).

No *processo do trabalho* essa teoria é ainda mais necessária, porque neste nem sequer havia condenação em honorários de sucumbência nas lides derivadas das relações de emprego. Seria um *atentado* surpreender o trabalhador com a possibilidade de “compensação” de seus créditos para o pagamento dos honorários de sucumbência do advogado do empregador, em caso de sucumbência recíproca, que é a regra generalíssima na Justiça do Trabalho. Ainda que ele tenha um enorme sucesso e consiga sair vencedor em todas as suas pretensões, o que é raríssimo, em verdade ele não tinha a menor expectativa de que seu advogado pudesse receber honorários de sucumbência porque o instituto, repita-se, era *inaplicável* no processo do trabalho (Súmula n. 219 do TST).

Nesse sentido, Fabrício Lima Silva, com amparo, inclusive, na *teoria dos jogos*: “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”. Ou seja, é preciso conhecer as regras do jogo antes do início da partida. Continua o referido autor:

“As condutas dos atores processuais, assim como nos jogos, são tomadas conforme as regras pré-estabelecidas para o jogo.

Portanto, é imprescindível que (a) 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.

Não seria razoável que o trabalhador ou a empresa, que tivessem ajuizado o processo ou apresentado defesa, enquanto vigente a legislação que não estabelecia a obrigatoriedade de pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no âmbito da Justiça do Trabalho, fossem surpreendidos com a condenação ao pagamento da referida parcela em benefício da parte contrária, com a aplicação do novo art. 791-A, da CLT. Tal conduta implicaria em afronta ao disposto no art. 10, CPC/15, com a configuração de decisão surpresa e violação aos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal” (SILVA, 2017, *on line*).

Enfim, por todos esses fundamentos, ao que se soma a necessária proteção ao chamado *mínimo existencial*, penso que a condenação em honorários de sucumbência no processo do trabalho somente será possível nas *ações aforadas a partir de 11/11/2017*. Do contrário, insistindo-se pura e simplesmente no princípio da sucumbência, o juiz do trabalho estará atendo contra o *princípio da causalidade*, o princípio da vedação da decisão surpresa (art. 10 do CPC/2015), a garantia inerente

ao mínimo existencial e, em último grau, contra o *princípio da dignidade humana*.

Nos termos da ADI 5766, créditos trabalhistas auferidos em demandas propostas por trabalhadores pobres assumem caráter de mínimo existencial, compatível com o princípio constitucional da dignidade humana (artigo 1º, inciso III, da CF/88). “Essas verbas trabalhistas, marcadas pelo caráter alimentar, não diferem das prestações estatais de direitos sociais voltadas à garantia de condições materiais mínimas de vida à população pobre, a que o STF confere natureza de mínimo existencial”, destaca o ex-Procurador-geral da República Rodrigo Janot (STF, 2017, *on line*).

Exceção de incompetência territorial

A nova diretriz do art. 800 e §§ da CLT será a de permitir a *oposição* de exceção de incompetência territorial *antes da audiência inicial* ou *una*, em moldes parecidos com a sistemática do processo civil. A partir da vigência da Lei n. 13.467, uma vez citado, o reclamado poderá, no *prazo de cinco dias*, apresentar exceção de incompetência em razão do território no juízo que indicar como competente (*caput* e § 3º do art. 800). Também no processo civil o réu pode apresentar seu questionamento à competência do juízo onde demandado, mas terá de *necessariamente* já ofertar sua defesa, pois lá, de uma vez por todas, não há mais exceção, em peça apartada. Nos moldes do art. 340 e §§ do novo Código de Processo Civil, c/c o art. 337, II, daquele Código, o réu terá de arguir a incompetência territorial em *preliminar da contestação*, que será apresentada no foro do seu domicílio.

Perdeu, pois, o processo do trabalho a oportunidade de acabar com o fetiche do recebimento de defesa somente após a

primeira tentativa conciliatória (arts. 846 e 847 da CLT), porque nesse caso o mal menor seria *já receber toda a matéria defensiva* do reclamado – contestação e alegação de incompetência, com os documentos que por vezes se mostram imprescindíveis à boa conciliação, para se evitar renúncia a direito ou se possibilitar a verificação de pagamentos já efetuados –, não havendo nenhum impeditivo sério à conciliação pelo simples fato de haver a juntada da defesa antes dessa tentativa. E o reclamado não se sentiria estimulado a opor exceção procrastinatória, pois já teria de, *concomitantemente*, apresentar toda sua insurgência às pretensões do reclamante. Ainda mais porque o legislador nem definiu qual será o juízo que o reclamado (excipiente) poderá indicar como competente, o que também pode levar a atitudes de má-fé. Penso que, no mínimo, o reclamado deverá apontar *um dos juízos referidos no art. 651 e §§ da CLT*, sobretudo o do lugar da prestação de serviços ou o do foro da celebração do contrato.

Questão interessante é a de se saber se esse prazo de cinco dias a contar da notificação citatória é *peremptório* ou não. A se entender que sim, preclusa a oportunidade (preclusão temporal) ou já manejada a exceção (preclusão consumativa), *não cabe renovar a medida* como preliminar da contestação. Por certo que até mesmo os empregadores poderão ser surpreendidos com a novidade que veio para lhes beneficiar. Imagine-se o reclamado recebendo uma notificação para comparecer em audiência designada para um ano após a entrega da correspondência pelos Correios. Sem conhecimento jurídico, a maior parte dos empregadores deixará para constituir advogado em data próxima à da audiência. Por isso, não hesito em afirmar que esse novo regramento, inclusive permitindo a realização de audiência de instrução da exceção por carta precatória a ser expedida para o juízo declinado pelo excipiente, aplica-se somente para as *notificações entregues a partir de 11/11/2017*,

recordando-se aqui o quanto já ponderei sobre contagem de prazos na véspera desse dia (48 horas da Súmula 16 do TST).

Atribuição do ônus da prova

Uma boa novidade aportada pela tal Reforma Trabalhista é a de, finalmente, disciplinar melhor sobre o instituto do *ônus da prova* no processo do trabalho, alterando radicalmente a diretriz do art. 818 da CLT, adotando-se o regramento objetivo de Chiovenda, que leva em conta os sujeitos da demanda, os fatos controvertidos e, principalmente, o *interesse* daqueles *no convencimento do juiz* quanto à pertinência de suas afirmações.

Contudo, mais importante do que a simples *distribuição (estática)* do ônus da prova – art. 333 do CPC/73; art. 373 do NCPC –, a partir do interesse jurídico do reclamante ou do reclamado (atuais incisos I e II do art. 818), é a possibilidade de o juiz do trabalho, por força de lei – pois já o fazia com base em princípios, sobretudo o da aptidão da prova –, poder “atribuir o ônus da prova de modo diverso” – *teoria da distribuição ou atribuição dinâmica do ônus da prova*, tão difundida no sistema jurídico argentino, sistema precursor (SILVA, 2014, p.399-403) –, em *duas hipóteses*: 1^a) quando houver *previsão legal* – recordando-se do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90 –; 2^a) quando se constatar uma *complexidade fática* – regra que atua em *duas direções*: a) nas situações em que a parte que detém o ônus subjetivo tem uma excessiva dificuldade em cumprir seu encargo probatório (*ônus da prova excessivo*); b) em situações aparentemente invertidas, nas quais a parte contrária tem maior facilidade de produzir a prova do fato por ela afirmado (*maior aptidão para a prova*).

Ocorre que essa ótima novidade do § 1º do art. 818 pode ser ofuscada pela *regra de procedimento* criada no § 2º do mesmo dispositivo, regra tão ousada que não encontra paralelo

nem mesmo no novo Código de Processo Civil, que conta apenas com as regras da atribuição dinâmica e da vedação da desincumbência (§§ 1º e 2º do art. 373, correspondentes às dos §§ 1º e 3º deste art. 818). Ora, até mesmo no processo civil ainda predomina a teoria de que o ônus da prova, em seu aspecto objetivo, trata-se de *regra de julgamento*, inclusive porque se o juiz encontrar o fato provado (princípio da aquisição da prova) não terá de se preocupar quanto ao ônus (da prova) *subjetivo*, para saber quem detinha tal encargo e dele não se desincumbiu (o ônus da prova *objetivo* atua somente em casos de prova “dividida” e de ausência ou insuficiência de provas(-SILVA, 2014, p. 386-389).

Ademais, os advogados poderão ficar de tal modo preocupados com a definição do ônus da prova – ou por malícia – que poderão causar graves tumultos em audiência, requerendo que o juiz defina o ônus da prova em relação a todos os fatos controvertidos do processo. Pior ainda se a parte insistir no adiamento da audiência para poder se desincumbir de seu ônus da prova, argumentando que foi surpreendida com a definição do juiz, nos termos do § 2º do art. 818. Daí porque minha convicção é a de que esse novo regramento quanto ao ônus da prova somente se aplica nas *audiências unas ou de instrução realizadas a partir de 11/11/2017*, não havendo espaço para questionamento em sede de recurso com relação às audiências realizadas até 10/11/2017.

Novos requisitos da petição inicial

Outra mudança levada a efeito pela Reforma é a pertinente aos requisitos da petição inicial. Pelo menos nos processos de rito ordinário havia uma maior simplicidade no processo do trabalho, contentando-se o legislador de outrora com uma petição inicial enxuta, basicamente com o endereçamento ao juízo competente, a qualificação das partes, uma breve exposição

da causa de pedir e a formulação do pedido. Doravante, esse pedido deverá ser *qualificado*, tendo de se apresentar *certo* quanto à sua existência, *determinado* quanto à sua extensão e ainda *indicar o valor correspondente*, o que seria sinônimo de pedido líquido. Como é sabido, não dá para se exigir pedido líquido no processo do trabalho, até porque muitas verbas dependem de averiguação em conformidade com a documentação a ser exibida pelo empregador ou de apuração em perícia. Contudo, tal como já fizera em relação aos processos de rito sumaríssimo – art. 852-B, I, da CLT, acrescido pela Lei n. 9.957/2000 –, o legislador vem a exigir que os pedidos da petição inicial trabalhista sejam formulados com um pouco mais de seriedade, com a indicação do *quantum* que o trabalhador pretende receber.

Não vamos discutir aqui se esse valor indicado limita o pedido – princípio da congruência ou a vedação do julgamento *ultra petita* –, mas o certo é que a nova regra do § 1º do art. 840 da CLT, especialmente pela ameaça do § 3º deste dispositivo – extinção do processo sem resolução do mérito em relação aos pedidos que não tenham atendido as exigências do § 1º –, torna o processo do trabalho *mais formal* e exige mais cuidado do advogado do reclamante.

A questão é: *a partir de quando* se exigem esses requisitos mais formais? Certamente nas demandas ajuizadas *a partir de 11/11/2017*, porque até a véspera a regra em vigor não exige esse rigor. De modo que não poderá o juiz do trabalho, em novembro de 2017, extinguir processo – ou determinar emenda da petição inicial, a se entender cabível – por falta de determinação e liquidez dos pedidos, se o processo foi inaugurado antes de 11/11/2017.

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Uma das novidades que causarão maior impacto no processo do trabalho é a da intromissão em seu campo de atuação do *formalístico* instituto do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Como é sabido, o novo Código de Processo Civil criou esse incidente, disciplinando-o de forma bem rigorosa nos arts. 133 a 137.

Veja-se o *procedimento* deste incidente, conforme os arts. 133 a 137 do novo Código de Processo Civil:

1º) exigência de um *pedido expresso* da parte ou do Ministério Público (art. 133, *caput*), que dá ensejo, em verdade, a uma ação incidental, tanto que deverá haver comunicação imediata de sua instauração ao distribuidor, “para as anotações devidas” (§ 1º do art. 134);

2º) o incidente provoca a *suspensão do processo*, salvo se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial (§§ 2º e 3º do art. 134);

3º) na sequência, dá-se a *citação* do sócio ou da pessoa jurídica – desta na desconsideração inversa –, os quais poderão apresentar *defesa*, tanto que o prazo fixado em seu favor é de 15 dias, o mesmo prazo de contestação (arts. 135 e 335);

4º) se houver requerimento de provas, será designada *audiência de instrução* (arts. 135 e 136);

5º) apenas após todo esse longo expediente é que o juiz ou o relator poderá proferir a *decisão interlocutória* sobre o incidente (art. 136 e parágrafo único);

6º) desta decisão cabe *agravo de instrumento* (art. 1.015, IV) ou *agravo interno* (parágrafo único do art. 136).

7º) embora o art. 137 não o exija, na prática, o juiz será levado a determinar o arresto ou a penhora de bens do sócio ou da pessoa jurídica somente *após o trânsito em julgado* daquela decisão (SILVA et al., 2016, p.193).

Conquanto desde o início eu tenha sustentado as incompatibilidades de tal incidente com os princípios e a sistemática do processo do trabalho (SILVA et al., 2016, p. 192-194), o Tribunal Superior do Trabalho admitiu sua incidência, com anteparos, num regramento normativo bem extenso (art. 6º da Instrução Normativa n. 39/2016). Ali ficara assentado que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica se aplicaria ao processo do trabalho, mas com disciplina distinta quanto à *matéria recursal* – não cabimento de recurso na fase de cognição, agravo de petição na fase de execução e agravo interno no âmbito dos tribunais – e a possibilidade de concessão de *medida de urgência de natureza cautelar* durante o período de suspensão do processo para o processamento e decisão do incidente. De forma sagaz, o legislador reformista aproveitou a concessão do TST e copiou aquele regramento para a CLT (art. 855-A e §§).

A partir de quando se aplica a exigência de instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, com seu formalismo que certamente comprometerá a efetividade da prestação jurisdicional? Não hesito em afirmar que apenas nas hipóteses de desconconsideração *cuja decisão vá ser tomada a partir de 11/11/2017*, porque até o dia 10 não se exige esse procedimento. Destarte, os tribunais *não poderão* rever decisões tomadas antes da vigência da lei, simplesmente porque até então o juiz não tinha de observar o rito do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica instituído na CLT, a menos que se dê caráter normativo à Instrução n. 39/2016.

Homologação de acordo extrajudicial

A *mesma diretriz* se aplica ao processo de homologação de acordo extrajudicial, outra novidade questionável inserida na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei n. 13.467, nos arts. 855-B a 855-E. Ora, não há falar em tal processo antes de 11/11/2017. A Justiça do Trabalho *não tinha, até a referida data*, competência para homologar acordo extrajudicial, tanto que o legislador precisou alterar o art. 652, para ali acrescentar a alínea “f” – olvidando-se de que este artigo não continha mais a alínea “e” desde 1944, porque o Decreto-lei n. 6.353, de 20-3-44, já havia suprimido esta alínea ao dar nova redação à alínea “d” do art. 652 –, atribuindo às Varas do Trabalho competência para *decidir* sobre a homologação de acordo extrajudicial, em matéria de competência da Justiça do Trabalho.

Assim, se referido processo foi apresentado antes do dia 11/11, deverá ser extinto de plano, porque *apenas a partir desta data* é que as partes podem levar acordos celebrados “sem processo” à apreciação do juiz do trabalho.

Mitigação do princípio inquisitivo

Enfim, uma mudança que se tornará perversa para a celeridade e efetividade do processo do trabalho, pois irá comprometer seriamente a atuação de ofício do juiz. Ao reformar o art. 878 da CLT para permitir a atuação de ofício apenas nos processos em que houver uso do *ius postulandi*, o legislador ceifou um dos *princípios ontológicos* do processo do trabalho, o *princípio inquisitivo*.

A respeito da importância deste princípio no processo do trabalho, veja-se o quanto afirmei alhures:

Quanto à iniciativa da parte para a propositura da demanda não há dúvida alguma,

aplicando-se, nessa matéria, o princípio *dispositivo*. Também no que concerne ao exercício dos direitos, faculdades e ônus processuais relacionados à defesa, recursos, impugnações variadas, não pode haver dúvida. Agora, no que se refere à iniciativa na *produção das provas*, o processo do trabalho possui regras essenciais que bem revelam a *predominância do princípio inquisitivo* no seu âmbito, tanto que podemos afirmar ser este um princípio *específico* do processo laboral, dada sua concepção e modo de aplicação nos processos que correm na Justiça do Trabalho.

Vale dizer: o princípio inquisitivo se aplica mesmo é no processo do trabalho, no qual os arts. 765 e 852-D da CLT dão ao juiz *ampla liberdade* na direção do processo, bem como para velar pelo andamento rápido das causas, razão pela qual pode determinar “*qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas*” (art. 765). No procedimento sumaríssimo – ainda aplicável no processo do trabalho, de acordo com o art. 852-A e seguintes da CLT –, pode o juiz do trabalho inclusive *limitar ou excluir* as provas que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias (art. 852-D). Veja-se, a propósito, a regra elucidativa do art. 4º da Lei n. 5.584/1970: “*Nos dissídios de alçada exclusiva das Varas e naqueles em que os empregados ou empregadores reclamarem pessoalmente, o processo poderá ser impulsionado de ofício pelo Juiz*”.

Como reforço de argumento, podemos recordar que a grande maioria dos direitos materiais trabalhistas é de caráter *indisponível*, daí porque o princípio da indisponibilidade, conquanto relacionado ao direito material

do trabalho, ecoa no campo do processo, armando o juiz do trabalho de instrumentos pelos quais pode praticar inúmeros atos de ofício, em busca da verdade “real”. Para tanto, não deve esperar pela iniciativa da parte trabalhadora no tocante às diligências probatórias, podendo determinar, de ofício, *quaisquer providências* que se façam necessárias. A título meramente exemplificativo, a determinação de realização de perícias, a despeito da falta de requerimento da parte, para a apuração de insalubridade, periculosidade, incapacidade derivada de acidente ou doença do trabalho; a ordem para juntada de documentos, como recibos de pagamento, cartões de ponto, contratos de prestação de serviços e um largo etcétera. E se a verdade se encontrar do lado do trabalhador, poderá, na execução ou cumprimento da sentença, agir de ofício para a plena satisfação dos direitos materiais reconhecidos, nos moldes do art. 878 da CLT e outros dispositivos correlatos (SILVA et al., 2016, p.19).

De qualquer sorte, seria possível inovar aqui e trazer entendimento diverso do que tem sido preconizado pela doutrina, que entende pela aplicação imediata dessa nova regra a partir de 11/11/2017. Com efeito, o art. 14 do novo Código de Processo Civil, aplicável ao processo do trabalho por força do art. 769 da CLT e do art. 15 do próprio CPC, disciplina o respeito aos atos jurídicos perfeitos processuais e também às *situações jurídicas processuais consolidadas*. Embora não haja espaço para maiores digressões sobre esse rico tema aqui, convém pontuar que a teoria do isolamento dos atos processuais, regra para a aplicação da norma processual nova aos processos em curso, não atua de forma absoluta. Pelo contrário, há muito a doutrina, com ressonância na jurisprudência, tem se preocupado com situações

jurídicas nas quais a aplicação da lei nova pode surpreender de tal modo as partes – ou uma delas – que há de se criar solução distinta para se manter a *equidade* dentro do processo. Daí a teoria de que, na *fase recursal*, aplica-se o *regramento do tempo da publicação (entrega) da decisão* objeto de recurso ou *da data da interposição do recurso* (em relação ao rito a ser seguido), o qual irá disciplinar todo o procedimento daquele recurso cabível e/ou interposto (NERY, 2015, p.228-229).

Em igual medida, a *fase de execução* – ou de cumprimento de sentença – se trata de uma fase com tantas especificidades que seria melhor a aplicação das diretrizes – sobretudo dos princípios – em vigor quando da *instauração da fase*. Por óbvio que, se as novas regras da execução são mais benéficas ao credor, em prol da efetividade da satisfação de seu crédito, devem ser aplicadas de imediato. De outra mirada, se elas pioram a situação do credor, seria possível advogar a tese de que não se aplicariam à execução já iniciada.

Nery é ainda mais radical quanto a essa questão, sustentando aplicar-se, na execução, “a lei vigente à época da prolação da sentença”, ainda que a forma, os meios e as vias de execução possam ser regulados pela lei vigente na época da própria execução. E explica: “As regras legais que ampliam ou restringem o conjunto de objetos sobre os quais a execução recai (v.g., a penhorabilidade ou impenhorabilidade de determinado bem) são as vigentes à época da sentença porque se tratam de normas que têm natureza de direito material e são processuais somente na aparência”. Assim defende com base em lições de Gabba, Carlos Maximiliano e Luigi Matirolo. E arremata: “Neste último caso, a lei nova não pode retroagir, isto é, não pode atingir situações processuais já consolidadas (*direito adquirido*)”.

processual e ato jurídico processual perfeito: CF 5º XXXVI” (NERY, 2015, p.230).

Pois bem, ao suprimir o poder inquisitivo do juiz do trabalho na execução cujo credor conta com assistência de advogado, a nova diretriz do art. 878 *atinge uma situação jurídica consolidada do credor trabalhista*, que podia contar com a atuação enérgica e de ofício do juiz, para o mais pronto recebimento de seu crédito. Portanto, penso que o juiz do trabalho *poderá continuar a agir de ofício nas execuções instauradas até 10/11/2017* – ou nos processos cuja sentença for prolatada até esta data, seguindo-se a lição de Nelson Nery.

Enfim, a se pensar que o art. 765 da CLT – não alterado pela Reforma Trabalhista – confere ao juiz os mesmos poderes, seria possível sustentar que o juiz do trabalho poderá continuar atuando de ofício mesmo depois da vigência da Lei n. 13.467, cujo início se dará em 11/11/2017. A se esperar a reação da jurisprudência trabalhista a esse respeito, na torcida de que a *interpretação mais favorável ao trabalhador prevaleça*.

Considerações finais

De tudo quanto exposto até esta parte, de se concluir que, em regra, a normativa da Reforma Trabalhista se aplica aos processos em curso, *a partir de 11/11/2017*, sobretudo na fase de conhecimento, em primeiro grau de jurisdição.

Contudo, há de se preservar os direitos adquiridos e as situações jurídicas consolidadas quando da entrada em vigor da Lei n. 13.467. Por isso, proponho que a doutrina e a jurisprudência criem *barreiras de contenção* em busca da preservação dos princípios ontológicos do processo do trabalho, da seguinte forma:

- 1) a contagem de prazo *em dias úteis* somente se dará no caso de postagem da notificação *a partir do dia 9/11*,

pois o término das 48 horas (Súmula 16 do TST) ocorrerá no dia 11/11, data do início da vigência da Lei n. 13.467/2017;

- 2) *não se deve exigir* comprovação documental da insuficiência de recursos para a aquisição do direito fundamental ao benefício da justiça gratuita, por parte da pessoa natural, pois é assim que a jurisprudência vem interpretando a mesma locução do inciso LXXIV do art. 5º da CF/88; e, a se considerar constitucional a exigência de recolhimento de custas para a nova demanda, que isso se dê apenas em relação aos *arquivamentos ocorridos a partir de 11/11/2017*;
- 3) conquanto absolutamente inconstitucional a possibilidade de “compensação” do crédito do trabalhador para o pagamento dos honorários do perito, quando aquele sucumbir na pretensão objeto da perícia, a se entender de modo contrário, essa malsinada “compensação” somente poderia ser admissível nas *ações ajuizadas a partir de 11/11/2017*;
- 4) a mesma sorte de inconstitucionalidade tem a regra que possibilita a “compensação” do crédito do trabalhador para o pagamento de honorários de sucumbência; por isso, a se admitir essa possibilidade, que a regra seja aplicada somente nas *ações propostas a partir de 11/11/2017*, prestigiando-se o *princípio da causalidade*, o princípio da vedação da decisão surpresa (art. 10 do CPC/2015), a garantia inerente ao mínimo existencial e, em última medida, o *princípio da dignidade humana*;
- 5) também o novo regramento da exceção de incompetência territorial, inclusive por implicar em suspensão do processo por tempo considerável, principalmente quando necessária a expedição de carta precatória

para instrução da exceção, somente será aplicável nos casos de *notificação citatória entregue a partir de 11/11/2017*;

- 6) em igual medida, o novo procedimento da atribuição (dinâmica) do ônus da prova, com a possibilidade de adiamento da audiência para não gerar situação de descumprimento, será exigível apenas *nas audiências unas ou de instrução realizadas a partir de 11/11/2017*;
- 7) não é distinta a solução quanto à exigibilidade dos novos requisitos da petição inicial trabalhista, porque nas demandas propostas até 10/10/2017 *não se pode extinguir* nenhum processo por falta dessa formalidade, tampouco será possível a determinação de emenda da petição inicial posteriormente a essa data, nos processos já iniciados antes da vigência da nova lei;
- 8) o procedimento burocrático e procrastinatório do incidente de desconsideração da personalidade jurídica também *não poderá ser exigido nas decisões tomadas antes do dia 11/11/2017*, de modo que não poderão os tribunais rever as decisões tomadas antes dessa data, por inobservância de um procedimento que não era obrigatório;
- 9) embora pareça óbvio, convém afirmar que *até 10/10/2017 não cabe* propositura de processo de homologação de acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho, devendo ele ser extinto se o advogado não aguardar o dia 11/11;
- 10) nas *execuções iniciadas até o dia 10/10/2017*, o juiz do trabalho poderá continuar *a atuar de ofício*, ainda que o reclamante se encontre assistido por advogado, não se aplicando a lamentável retirada do princípio inquisitivo do art. 878 da CLT nessas execuções.

Enfim, é esperar para ver como a jurisprudência trabalhista vai se comportar quanto a essas delicadas questões, na expectativa de que a interpretação mais consentânea com a *natureza jurídica dos institutos* e os *princípios* da celeridade e da efetividade prevaleçam, recordando-se que a única razão de ser do Direito é a de propiciar o devido respeito à *dignidade da pessoa humana*, ainda que com uma dose de segurança jurídica.

Referências

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça e procedimento oral**. São Paulo: LTr, 1998.

MIESSA, Élisson. **Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST**: comentadas e organizadas por assunto. 7. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **O STJ decidiu**: a sentença é o marco-temporal processual para identificação das normas a regular os honorários. E aí? Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI241493,31047-O+STJ+decidiu+a+sentenca+e+o+marco+temporal+processual+para>>. Acesso em: 23 set. 2017.

SILVA, Fabrício Lima. **Aspectos processuais da Reforma Trabalhista**. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/aspectos-processuais-da-reforma-trabalhista-20072017>>. Acesso em: 23 set. 2017.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Magistratura e temas fundamentais do direito**. São Paulo: LTr, 2011.

_____. O ônus da prova e sua inversão no processo do trabalho – análise crítica das teorias estática e dinâmica. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **Estudos aprofundados da magistratura do trabalho**. V. II. Salvador: *JusPodivm*, 2014.

_____. et al. **Comentários ao Novo CPC e sua aplicação ao processo do trabalho**. Vol 1: parte geral: arts. 1º ao 317: atualizado conforme a Lei n. 13.256/2016. São Paulo: LTr, 2016.

STF. **PGR questiona dispositivos da reforma trabalhista que afetam gratuidade da justiça**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353910>>. Acesso em: 23 set. 2017.

IMPACTOS PRÁTICOS DA REFORMA TRABALHISTA NA CONTESTAÇÃO

Josley Soares¹

A contestação trabalhista e as três alterações promovidas pela reforma

A contestação é a principal forma de defesa do réu e também a principal forma de ataque à pretensão do autor. É conhecida também como peça de bloqueio.

Em regra, contempla defesas processuais (preliminares, artigo 337 do NCPC) e defesa de mérito. A defesa de mérito compreende a defesa direta (ataque ao fato constitutivo) e defesa indireta de mérito (alegação pelo réu de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor).

Poderá ser apresentada na modalidade escrita, como tradicional e preponderantemente acontece, mas também na forma verbal, no prazo de 20 minutos, em audiência, como deflui do artigo 847.

Por que existe aludida forma verbal, reduzida a termo pelo secretário de audiência, na ata, consagrou-se também o costume de se permitir ao réu que requeira retificações ou complementos da defesa já apresentada, muito embora a parte contrária sofra com isso e sempre levante seus protestos sob o argumento da preclusão.

¹ Juiz do Trabalho do TRT/SP. Professor de Direito e Processo do Trabalho do CERS, Curso Ênfase e Jusprime. Autor, palestrante.

Nem mesmo a chegada do Processo Judicial Eletrônico (PJe) na Justiça do Trabalho foi capaz de modificar a possibilidade de entrega de defesa oral na audiência trabalhista e a reforma trabalhista também nesse ponto nada trouxe de novo.

O tratamento conferido à contestação pela CLT é acentuatadamente lacunoso, e assim, termina sendo necessário contar com as regras do NCPC.

A reforma trabalhista, por sua vez, mesmo mantendo o terreno lacunoso da matéria, promoveu três alterações pontuais para a contestação, quais sejam: a) momento de recebimento; b) impedimento para a desistência da ação quando já postada defesa no PJe sem a concordância do réu; c) recebimento obrigatório mesmo quando ausente o réu em audiência, mas presente seu advogado;

Enumera-se abaixo, os principais contextos destas 3 novidades trazidas com a reforma, Lei 13.467/2017.

Momento de recebimento da contestação

No processo do trabalho, tradicionalmente, não se aplicam as regras específicas de recebimento da contestação previstas no campo do processo civil, exatamente por que, nos termos do artigo 847, caput, da CLT, no âmbito trabalhista, a defesa será entregue na audiência, após o fracasso da tentativa conciliatória. Não há lacuna, portanto.

É certo que a redação do artigo refere-se, concretamente, à defesa de papel, física, escrita.

Faltava a lei estabelecer se esse era o momento oficial de recebimento também da defesa apresentada em autos que tramitam pelo PJe (Processo Judicial Eletrônico).

O novo parágrafo único do artigo 847 da CLT, trazido com a reforma, Lei 13.467/2017, prevê expressamente o recebimento

da defesa do PJe, que poderá ser apresentada de forma escrita por referido sistema “até a audiência”.

Repare que a lei 13.467/2017 não disse “até o fracasso da conciliação” como está dito no caput do artigo 847 da CLT.

A lei 13.467/2017 preferiu dizer: A parte poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência.

Agora, as duas formas estão previstas, ou seja, tanto a defesa entregue em autos que tramitam na forma física/papel (após o fracasso da conciliação) quanto a defesa entregue em processo que tramita na forma eletrônica (até a “audiência”).

É preciso recordar que, com o advento do processo judicial eletrônico (PJe) houve considerável mudança na vida prática e cotidiano forense, considerando que as lacunas e ambições da lei 11.419/2006 quanto a nova sistemática de tramitação eletrônica terminaram por terceirizar a regulação da matéria, na prática, mesmo sem autorização expressa da lei ou da CF, para órgãos como CNJ e CSJT.

No afã, contudo, de tratar sobre o trâmite processual eletrônico, terminam estes órgãos, possivelmente, por fingir que a CLT, Lei 11.419/2006 e até mesmo a CF (art. 22, I) não existem.

Isso por que, diversas portarias, resoluções, e outras medidas foram baixadas de 2006 aos dias atuais para dispor sobre a tramitação eletrônica de autos e nesse afã, referidas normas internas terminaram por invadir a normatização do processo do trabalho, sem qualquer permissão constitucional (art. 22, I, CF).

Foi assim que, seguindo o costume já estabelecido e em substituição à Resolução 136/2014, o CSTJ resolveu editar, no final de março de 2017, a Resolução 185.

Referida norma, antecipou-se ao legislador e, no artigo 22, dispõe que o protocolo da defesa do PJe (contestação, reconvenção ou exceção) poderá ser feito até o fracasso da primeira proposta conciliatória infrutífera em audiência.

Pontue-se aqui que, esta é uma sistemática correta, que assemelha o mesmo momento tanto para a defesa eletrônica do parágrafo único quanto para a defesa física do caput, como já visto acima. Mas a resolução em comento não tem permissão para criar normas processuais e momentos processuais para recebimento da defesa.

E partindo dessa premissa, talvez, o legislador reformista (Lei 13.467/17) fez questão de dizer quem é que manda.

E, já em julho/2017, posteriormente, pois, à Resolução 185 (de março/17) estabeleceu que a defesa do PJe, será postada até a audiência, não tendo dito, especificamente, em que momento da audiência.

Pela lei 13/467/17, art. 847 § único, contudo, ao dizer que a defesa do PJe será postada “até a audiência” não há delimitação precisa quanto a ser “até o início” ou “durante a audiência” entendimento que certamente poderão ser levantados.

Logo, a Resolução 185 do CSJT termina apresentando esse marco delineador, para fixar que a defesa poderá ser entregue até o fracasso da proposta conciliatória, forma mais específica, portanto, que aquela conferida pela lei reformista no parágrafo único, e que se iguala à regra do caput do artigo 847 da CLT, frise-se.

Não se questione que embora a Resolução em comento seja mais específica, prevalecerá, contudo, o comando da lei, art. 847 § único inserido pela lei 13.467/17.

Aliás, com a nova disposição constante do parágrafo único do artigo 847, resolve-se parte dos problemas que se tem em mesa de audiência, pois normas internas, resoluções e instruções normativas não poderão mais, pelo menos é isso que se espera, dispor de forma contrária à lei para estabelecer outro momento de recebimento da defesa.

Esse talvez tenha sido um recado da reforma trabalhista também para as varas do trabalho de que se tem notícias que

por vezes exigem das partes a postagem da defesa 1h antes da audiência, 24h antes da audiência, ou 72h horas e por aí vai...

Não se pode perder de vistas, contudo, que o mesmo artigo 22 § 1º da Resolução 185 do CSJT permite que o magistrado “oriente”, já no mandado de citação, que a empresa reclamada apresente sua defesa 48h antes da audiência.

A norma usa, claramente, o termo “orientar” o que significa, pois, que não haverá penalidade nem castigo para a empresa que descumprir tal orientação.

Em suma, o momento da entrada da defesa, seja aquela que se apresenta em autos físicos, seja aquela que será apresentada em sistema que tramita pelo PJe, possui delimitação específica no artigo 847 da CLT, podendo ter feito superar normas internas como a Resolução 185/2017 do CSJT que dispõe de forma diversa.

Impedimento para a desistência da ação quando já postada defesa no PJE, sem concordância do réu

O segundo destaque que se faz da reforma trabalhista para a contestação é a nova disposição constante do artigo 841 § 1º, no sentido de que uma vez apresentada a contestação, ainda que eletronicamente, não poderá mais haver por parte do autor a desistência, curiosa forma processual a que se pode chamar de defesa recebida parcialmente ou mesmo de defesa fantasma (corpo presente, alma ausente).

Isso por que, embora a apresentação da defesa represente obstáculo para a desistência da ação (como disposto na reforma) não terá ela ainda sido recebida oficialmente no processo.

Tradicionalmente, e nos termos do artigo 847 da CLT, o recebimento oficial da defesa no processo ocorre apenas na audiência, como tratado no item anterior.

Assim, uma defesa apenas postada (no sistema PJe) não evita o arquivamento do processo (art. 844 da CLT) em caso de ausência do autor na audiência e nem tampouco vem sendo considerada para fins de impedir emenda e aditamento da petição inicial.

Parte-se da premissa de que muito embora a defesa seja postada pelo advogado do réu antes da audiência, como forma de operacionalização da sistemática do PJe, ela apenas considera-se processualmente recebida quando da audiência, na forma do artigo 847 acima visto.

Portanto, não se pode chegar à outra conclusão senão a de que teremos, pois, uma defesa recebida parcialmente e apenas para uma única finalidade (evitar a desistência) ou mesmo uma defesa fantasma dentro do processo do trabalho já que, embora não recebida oficialmente (pois apenas postada), já gera efeito em relação a pelo menos a um aspecto: a impossibilidade de desistência da ação por parte do autor, salvo consentimento do réu.

A possível justificativa para essa nova sistemática está na reprimenda ao autor desleal que, aproveitando do acesso à defesa do réu que lhe confere o sistema PJe, quando o réu decide postar a defesa antes da audiência (na tarde anterior ou na mesma manhã do dia da audiência) e na prática, normalmente, assim se procede, referido autor termina por desistir da ação quando conclui pela documentação e tese defensiva que não terá sucesso na demanda, se e quando aventureira.

A ideia do legislador é evitar o gasto e desgaste do empregador que movimenta custo e tempo para elaboração de defesa. Portanto, doravante, apenas com a concordância do réu, poderá o autor desistir da ação quando já tiver havido defesa postada.

Em sendo este o real motivo, deveria o legislador ter aproveitado para tratar da perigosa questão de atribuição do sigilo, já que, tendo havido atribuição de sigilo à defesa, não haveria

necessidade de se impedir a desistência da ação senão com anuência do reclamado, já que no fim das contas, o autor não teve mesmo acesso à defesa.

Uma briga de foice conhecida da comunidade forense é justamente a famigerada ferramenta de se atribuir “sigilo” às petições postadas no processo judicial eletrônico, especialmente à contestação.

Já se disse ser o sigilo da contestação uma segurança para a empresa reclamada que comparecerá à audiência trabalhista (onde haverá o recebimento oficial de sua peça) mesmo já tendo postado a contestação na manhã anterior ou mesmo dias antes.

Já se compreendeu a atribuição de “sigilo” à defesa como a melhor forma de se compatibilizar a necessidade de postagem anterior desta peça com a regra que dispõe ser o seu recebimento oficial apenas na hora da audiência, frise-se.

Com o sigilo retirado pelo juiz apenas em audiência, evita-se que o autor tenha acesso à tese defensiva desnecessariamente, como por exemplo, na hipótese de arquivamento do processo por não comparecimento do autor, no caso de acordo, ou em caso de adiamento da audiência por ausência de testemunha, artigo 825 da CLT.

Talvez por influência do CSJT que inseriu na Resolução 185 (vigência desde março de 2017, portanto, anterior à reforma) empecilhos à atribuição de sigilo à defesa, tenha havido omissão na norma reformista em relação a essa circunstância.

Por oportuno, veja-se que referida resolução estabeleceu, também, que fica proibido o protocolo com sigilo, exceto se for de forma justificada e relacionando-se a atribuição de sigilo com as hipóteses de segredo de justiça, artigo 189 NCPC.

Com isso, alguns juízes (embora raros) já fingem que a defesa apresentada sob sigilo não existe nos autos e consideram a empresa revel e confessa, muito por inspiração do mesmo artigo 22, § 3º que determina que o magistrado deverá excluir

as petições e documentos indevidamente postados no PJe sob sigilo, ou seja, sem à margem das hipóteses do artigo 189 do NCPC.

De todo modo, ainda que se possa compreender que a reforma não tratou da hipótese de desistência sem anuência do réu, quando não tiver havido atribuição de sigilo, justamente por que referida ferramenta tornou-se restrita demais aos olhos da Resolução 185 do CSJT, o fato é que a ferramenta do sigilo poderia sim ser o grande corte da questão.

Logo, prudente compreender que se a defesa foi postada com sigilo e portanto, não se conferiu acesso ao autor quanto às teses e documentos, não há que se pensar em condicionar a desistência do autor à anuência do réu.

Recebimento obrigatório mesmo quando ausente o réu mas presente seu advogado: inversão de papéis

Se o autor não comparece à audiência, em regra, terá o seu processo arquivado, embora consequências pecuniárias desse arquivamento tenham sido implementadas com a reforma.

Por outro lado, se o réu não comparece à audiência em que deveria comparecer obrigatoriamente, será castigado com a revelia, que no processo do trabalho consiste em ausência de comparecimento, e sofrerá os efeitos daí advindos, especialmente, a confissão quanto à matéria de fato.

O parágrafo 5º do artigo 844 trouxe para a lei um grande drama.

Determina que a defesa e documentos sejam recebidos ainda que ausente a reclamada, estando presente o advogado.

Pela redação da norma, parece claro que não haverá recebimento obrigatório de defesa e documentos quando nem mesmo o advogado estiver presente em audiência, como naqueles casos em que já foram postados sem sigilo antes da audiência.

A determinação de recebimento da defesa e documentos ainda que ausente o reclamado parece prestigiar o princípio do contraditório e da vedação do enriquecimento sem causa, considerando que muitas vezes o juiz terminava por condenar a reclamada revel e confesso ao pagamento de diversos títulos comprovadamente pagos e comprovados na defesa não recebida.

Por outro lado, parece eliminar totalmente o princípio do comparecimento obrigatório à audiência e não se preocupar com os desdobramentos processuais daí decorrentes.

Mas a pergunta que fica é: em sendo recebida a defesa, pode o advogado produzir provas? Pode o advogado presente ouvir o autor? Pode o advogado presente fazer perguntas para as testemunhas do autor? Pode também ouvir suas próprias testemunhas eventualmente presentes?

Ora, havendo recebimento da defesa do réu ausente, com advogado presente, necessariamente dever-se-á possibilitar a esse advogado que instrua os fatos narrados na peça contestatória com direito de oitiva do reclamante, direito de fazer perguntas para as testemunhas do reclamante e ainda, direito de oitiva das testemunha eventualmente trazidas pelo advogado da empresa reclamada ausente.

Não parece razoável receber a defesa e documentos e não se possibilitar a instrução dos fatos narrados na mesma defesa, especialmente quando aludidos fatos e/ou documentos forem impugnados pelo autor no momento oportuno (manifestação/réplica).

O caso fica ainda mais nebuloso se pensarmos que essa contestação pode ter uma reconvenção em um de seus tópicos.

A Súmula 122 do TST, no entanto, segue em direção contrário e recomenda a aplicação de revelia e confissão nesse caso, de onde se extrai que, o advogado presente não poderia entregar defesa, nem produzir prova oral.

Referida súmula está, pois, com os dias contados, por dispor de forma completamente diversa.

Isso por que, segundo a interpretação da aludida Súmula 122, o réu que não comparece será revel, e portanto, assume, assim, as consequências daí advindas. Entende-se que não se pode receber a defesa do réu pois ele somente pode contar com as provas eventualmente já produzidas no processo para tentar mitigar o estrago, como deflui da Súmula 74, II, do TST.

Não há direito à provas posteriores, e receber a defesa seria, em tese, acolher os documentos com ela trazidos e deferir provas posteriores à confissão.

No âmbito do TRT/SP esta questão é polêmica, pois existe a tese prevalecente nº 1 do TRT/SP impondo o recebimento da defesa e documentos, pautada no interesse do réu em se defender quando envia advogado, o que lhe impede ser tratado como revel.

É certo que se pode extrair da tese prevalecente possível confusão, dada a vênua, com os conceitos de revelia, pois prevalece que revelia é ausência de comparecimento em audiência e não, desinteresse do réu em se defender.

A primeira instância enfrenta sozinha a confusão pois não se sabe qual o limite da atuação do advogado da reclamada, presente em audiência, quando ausente a própria reclamada ou seu preposto.

Dizer que é para receber a defesa e documentos, não resolve. Talvez se permitisse apenas uma juntada de documentos. Mas não a defesa!

Muitos terminam recebendo a defesa e documentos e aplicando a Súmula 74, II, do TST, a partir daí, ou seja, vedando a produção de provas posteriores para fins de mitigação da confissão fática gerada com a ausência da reclamada, mas talvez esse não deva ser o critério mais acertado, pois se houve recebimento de defesa, houve permissão para entrada no processo

de uma tese patronal, um pedido de tutela jurisdicional de improcedência que precisa ter resposta, mas só após uma justa dilação probatória é que essa resposta poderá ser dada.

Há quem, atualmente e antes da chegada da reforma, já entenda pela impossibilidade de recebimento da defesa, com base na súmula 122 do TST, e conseqüentemente, também pela impossibilidade de produção de provas posteriores, súmula 74 do TST.

Nesse sentido, apenas as provas já constante dos autos poderão ser usadas para mitigação da confissão. Ao juiz, não se veda, inclusive pelo princípio da verdade real, a produção de provas posteriores. Essa vedação refere-se apenas às partes.

Esse parece ser o pensamento mais coerente muito embora pareça injusto num primeiro momento pois pode violar o princípio do enriquecimento sem causa e deferir ao autor verbas eventualmente já pagas.

Pondere-se, por fim, que a Súmula 74 do TST, reformada em 2016 para se adequar ao novo CPC parece partir de premissa equivocada quando refere ao artigo 442 e 443 como sendo fundamentos para a vedação de provas posteriores em caso de confissão ficta.

Isso por que, aludidas normas não dizem isso, assim como também não dizia o artigo 400, I, do CPC/73. Parece razoável entender que a confissão referida em referidos dispositivos legais como impeditivo de oitiva de testemunha é confissão real, extraída, portanto, expressamente, e não à confissão ficta.

Porém, esse não é o pensamento que prevalece. A Súmula 74, II, do TST, veda sim dilação probatória em caso de confissão ficta por ausência da parte reclamada à audiência.

A nova regra do § 5º do artigo 844 parece infirmar a fortaleza da Súmula 74, II, do TST, pois se disse para deixar receber a defesa, e não apenas os documentos, então está sugerindo que

se confira ao advogado presente, a possibilidade de produzir provas dos fatos alegados na defesa recebida.

Por oportuno, vale citar que a reforma inverte os papéis.

Isso por que, anteriormente, partindo da premissa de que o princípio da proteção tinha resquícios no processo, conferia-se tratamento menos doloroso ao autor ausente determinando-se apenas o arquivamento do seu processo, conferindo-se, assim, nova oportunidade para ingresso com outra ação, dentro do prazo prescricional.

Somente se houvesse indeferimento da justiça gratuita, o que era raro, até então, é que o autor amargaria um pouco o dessabor do arquivamento, já que deveria recolher referida despesa, e esse recolhimento não era condição para novo ingresso, conforme entendimento dominante da jurisprudência vigente.

Atualmente, nos termos do artigo 844 § 2º, o autor ausente arca com custas processuais, ainda que beneficiário da justiça gratuita e recolhimento este que é condição para o próximo ajuizamento.

Já a reclamada ausente, amargava penalidade mais severa, antes da reforma, haja vista que seria revel e sofreria o efeito maior daí decorrente, ou seja, a confissão quanto à matéria de fato, de forma relativa.

Com a reforma, a reclamada passou a ter um tratamento melhor diante da ausência, pois, não obstante ser revel e confessa, terá sua defesa e documentos recebidos.

Houve inequívoca inversão de papéis, já que o tratamento melhor, com a reforma, será conferido ao réu e não ao autor, como outrora.

Vamos acompanhar.

Referências

MIESSA, Elisson. **Processo do trabalho**. Juspodivm, 2018.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho.**
13.ed. LTr.

MELEK, Marlos Augusto. **Trabalhista oque mudou.** 2. ed. Estudo
Imediato.

A REFORMA TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DA HISTÓRIA DA CLT

Leonardo Tibo Barbosa Lima¹

Introdução

As festas de final de ano têm um importante papel na consciência coletiva. É tempo de reunir a família, amigos e colegas de trabalho, para celebrar o Natal e o Ano Novo. Especialmente no Ano Novo, é comum que as pessoas realizem uma espécie de balanço do ano que passou, revendo os erros e os acertos, e tracem planos para o ano que se inicia, com projetos voltados a realizar sonhos.

A Lei nº 13.467/17, tendo entrado em vigor no apagar das luzes de 2017 (11/11/2017), fez tantas alterações para o futuro, que gerou na comunidade jurídica trabalhista essa sensação de réveillon. Não se pode perder de vista que a Lei nº 13.467/17 realizou uma espécie de “reforma” na CLT, mas esta continua vigente, com sua história e seus princípios.

Terá realmente sido ela a maior alteração da história da CLT?

Para compreender os planos que nova lei traça para o futuro, é preciso fazer um resgate do passado, do que já foi

1 Doutor em Direito Privado e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Especialista em Direito Público pela UGF/RJ. Juiz do Trabalho substituto do TRT da 3ª Região.

vivido e experimentado pelas classes trabalhadora e patronal, ao longo da história de 74 anos de vigência da CLT no Brasil.

O conteúdo da pesquisa está distribuído em dois capítulos, um destinado à compreensão da história da CLT (Capítulo 2º.), outro ao exame da reforma trabalhista de 2017 (Capítulo 3º.), fazendo uso de aspectos históricos para construir uma crítica de viés político-democrático e jurídico-sistemático.

Considerando a abordagem histórica do trabalho, é válido dizer que os fatos foram apurados até 15/01/2018, data de finalização do presente texto.

Por fim, urge esclarecer que as considerações apresentadas não se destinam a manifestar opinião contrária ou a favor da reforma, mas apenas resultam de uma rigorosa crítica jurídica, na exata medida do que exigem a Constituição de 1988 e a história do País.

Breve história da CLT

Legislação trabalhista antecedente

Até 1888, a escravidão era legal no Brasil e só foi formalmente extinta pela Lei Áurea, naquele ano.² Mas a liberdade se transformou em abandono para os escravos. Vigia à época a política liberal, de maneira que nenhuma ação afirmativa, de inclusão e superação do “*status quo*”, foi implementada

2 A chegada do capitalismo expôs o Brasil à pressão internacional pelo fim da escravidão, como medida de combate à concorrência desleal entre os mercados. Em 1871, foi dado o primeiro passo efetivo para o fim da escravidão, com a Lei nº 2.040 (Lei do Ventre Livre), que considerava libertos os filhos de mulher escrava nascidos a partir da sua vigência. Depois foi a vez da Lei nº 3.270/1885 (Lei do sexagenário ou Saraiva-Cotegipe) libertar os escravos com mais de 60 anos de idade. Finalmente, em 1888, a escravidão foi formalmente extinta pela Lei Imperial n.º 3.353 (Lei Áurea).

para transformar os escravos em trabalhadores. Eles também sofriam com a concorrência da mão-de-obra estrangeira,³ cuja vinda ao Brasil era estimulada pelo Governo, que pretendia também “branquear” a população. (MAIOR, 2017, p. 74). Por isso, não era incomum que muitos ex-escravos permanecessem nas fazendas, numa espécie de escravidão voluntária. Outros foram para as cidades, passando a viver à margem, ignorados enquanto cidadãos, e discriminados, como seres humanos de raça supostamente inferior.

Mas a situação dos trabalhadores estrangeiros também não era boa. A maior parte deles foi contratada pelo sistema de locação de serviços e, depois, por meio de contratos de parceria, os quais nada mais eram que contratos de servidão, com cláusulas abusivas, que endividavam o trabalhador e o acabavam reduzindo, juntamente com sua família, à condição análoga à de escravo.⁴ Em 1879, foi editado o Decreto nº 2.827, com imposição de limites às duas formas de contratação citadas.

3 “Os imigrantes representavam, em 1893, 68% dos trabalhadores ocupados na cidade de São Paulo, contra 49,5% em 1920.” (BARBOSA, 2008, p. 93).

4 “Em um primeiro momento, a substituição do trabalho escravo para o trabalho livre no campo se deu com a instituição do sistema de ‘contrato de locação de serviços’. O proprietário das terras se responsabilizava pelos custos do transporte do imigrante (e sua família) para o Brasil, depois toda a família do imigrante trabalhava para o proprietário da terra até que pagasse a dívida constituída. O problema é que a dívida aumentava mais do que o ganho, institucionalizando aquilo que se convencionou chamar de ‘escravidão por dívida’. Em um segundo momento, o Estado, por pressão internacional, sobretudo dos países dos quais se originavam os imigrantes, passou a custear as despesas da imigração. Com isto, houve uma transformação na relação de trabalho no meio rural. Passou-se ao sistema de ‘parceria’, que não foi suficiente, no entanto, para eliminar as péssimas condições de trabalho no campo, bem como para melhorar os poucos ganhos do trabalhador, sobretudo porque nesse sistema, normalmente, cabe ao proprietário, e somente a ele, o controle dos gastos e ganhos da produção. Na ‘parceria’, fazia-se com que o trabalhador (e sua família) muitas vezes trabalhasse gratuitamente, ficando o ganho condicionado à colheita. Enquanto isso, para que sobrevivessem,

Entre a Proclamação da República (1889) e a década de 1930, vigia a política liberal, não intervencionista, de maneira que a legislação trabalhista foi quase insignificante e a situação dos demais trabalhadores era, em sua maior parte, similar à de escravo, com jornadas exaustivas, condições degradantes e salários baixos e pautados na mais ampla discriminação de gênero, idade, raça e origem.⁵

Não houve, portanto, adoção de política nacional para o trabalho nesse período. Até a Reforma Constitucional de 1926, vale lembrar, a competência para legislar sobre trabalho era estadual (BIAVASCHI, 2007, p.183). Não obstante, no meio rural, o trabalho não-escravo vinha sendo regulado como locação de serviços (Decreto nº 2.827/1879) e o trabalho dos escravos recém libertos costumava ser regido por Códigos de Posturas Municipais (p.179). Já a locação de serviços dos demais trabalhadores era regida pelo Código Comercial (Lei nº 556/1850).

Da Proclamação da República (1889) ao final da década de 1920, merecem destaque as seguintes normas trabalhistas: Decreto nº 1.313/1891 (limitação de jornada para crianças e adolescentes); Decreto Legislativo nº 979/1903 (sindicalização de trabalhadores da agricultura e indústrias rurais); Decreto Legislativo nº 1.637/1907 (permitiu a atuação dos sindicatos, com autonomia e liberdade); Decreto nº 6.562/1907 (inspeção de teatros de casas de diversões no Distrito Federal); Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071/16, ainda tratando o trabalho como objeto de contrato de locação, instituiu o aviso prévio); Lei nº 3.742/1919 (sobre acidentes do trabalho); Decreto nº 3.550/1918 (criou o Departamento Nacional do Trabalho); Lei

os trabalhadores eram obrigados a constituir dívidas junto aos entrepostos comerciais, normalmente dos próprios proprietários das terras" (MAIOR, 2017, p.74-75).

5 Aluísio de Azevedo (1997) retratou muito bem as condições de vida dos trabalhadores na obra *O Cortiço*, de 1890.

nº 4.682/1923 (Lei Eloy Chaves, sobre Caixas de Aposentadoria dos Ferroviários, com estabilidade decenal); Decreto nº 16.027/1923 (criou o Conselho Nacional do Trabalho); Lei nº 4.982/1925 (garantiu férias de 15 dias a empregados urbanos); Decreto nº 17.943-A/1927 (Código de Menores, que proibiu o trabalho de menores de 12 anos). (BIAVASCHI, 2007, p.179;MAIOR, 2017, p.172).

Em matéria processual, vigiam no Brasil as Ordenações Filipinas (1603), as quais foram substituídas pelo Regulamento nº 737, de 1850, que era aplicado às causas trabalhistas, na Justiça comum. Também merece nota a criação do Patronato Agrícola (Lei nº 1.299-A/1911), em São Paulo, que mais tarde se transformou no Tribunal Rural, primeiro órgão jurisdicional especializado na matéria trabalhista.

Década de 1930

A década de 1930 marca um novo momento para o Direito do Trabalho brasileiro. O 14º Presidente da República então eleito, Júlio Prestes, não chegou a tomar posse, em razão do golpe da Revolução de 30, que, após ligeiro período de regência por Junta Provisória, levou ao poder Getúlio Vargas, que governou o País de 03/11/1930 a 29/10/1945.

Durante a “Era Vargas”, a pressão em torno da chamada “questão social” - que já vinha sendo objeto de reflexões, notadamente por Rui Barbosa - intensificou-se. O Estado Liberal deu lugar ao Estado Social, ideologicamente direcionado para solucionar a desigualdade social, agravada em todo o mundo pela crise de 1929.⁶ Embora acusada de populista, a política de

6 Para enfrentar a crise, o governo Norte Americano de Franklin Delano Roosevelt (1933-1945) adotou a política do “New Deal”, influenciada pela teoria do economista britânico John Maynard Keynes, que criticava a auto-regulação do mercado como capaz de gerar igualdade social e recomendava

Vargas resultou em um período de intensa produção legislativa na área social.

Até o advento da CLT, a legislação trabalhista avançou em três fases (BIAVASCHI, 2007, p.205-220;CEZAR, 2012, p.16), sendo a *primeira* de 1930, com a criação do Ministério do Trabalho, a 1934, com a promulgação da Constituição de 1934, período em que o Congresso Nacional esteve dissolvido e a função legislativa foi exercida pelo Poder Executivo, por meio de *decretos*, que tinham natureza de lei.

Os decretos mais relevantes foram os seguintes: Decreto nº 19.433/30 (Ministério do Trabalho); Decreto nº 19.482/30 (nacionalização do trabalho - Lei dos Dois Terços); Decreto nº 19.667/31 (Departamento Nacional do Trabalho); Decreto nº 19.770/31 (unicidade sindical); Decreto nº 20.303/31 (nacionalização da Marinha Mercante); Decreto nº 21.175/32 (carteira de trabalho); Decreto nº 21.186/32 (jornada no comércio); Decreto nº 21.364/32 (jornada na indústria); Decreto nº 21.396/32 (Comissões Mistas de Conciliação); Decreto nº 21.417-/32 (igualdade para as mulheres); Decreto nº 21.690/32 (Inspetorias Regionais do Ministério do Trabalho); Decreto nº 21.761/32 (convenção coletiva de trabalho); Decreto nº 22.042/32 (trabalho do menor); Decreto nº 22.131/32 (multas por infrações trabalhistas); Decreto nº 22.132/32 (Juntas de Conciliação e Julgamento); Decreto nº 23.259/33 (Delegacias de Trabalho Marítimo); Decreto nº 23.322/33 (jornada nos bancos); Decreto nº 24.634/34 (jornada na telegrafia e telefonia);

a intervenção do Estado para garantir o bem-estar da população. O “New Deal” desencadeou uma onda de reformas em todo o mundo capitalista, inaugurando a fase do “WelfareState”, que durou até as reformas neoliberais de 1970. A política do bem-estar social também tinha como objetivo fazer um contraponto ao sistema socialista e às ideias comunistas, oferecendo distribuição de renda para não correr o risco de perder a propriedade privada.

Decreto nº 24.637/34 (acidentes do trabalho); Decreto nº 24.784/34 (Regulamento do Conselho Nacional do Trabalho).

A Constituição de 1934 inicia a *segunda fase*. Ela foi a primeira Constituição a tratar da Ordem Econômica e Social, dispôs sobre a criação da Justiça do Trabalho e apresentou rol de direitos trabalhistas. Com a reabertura do Congresso Nacional, a legislação trabalhista voltou a ficar a cargo do Poder Legislativo, democraticamente eleito. As principais normas trabalhistas do período foram as seguintes: Lei nº 62/35 (Lei da despedida, que estendeu a estabilidade decenal dos ferroviários aos empregados da indústria e do comércio e criou vários direitos, principalmente decorrentes da rescisão contratual); Lei nº 185/36 (salário-mínimo); Decreto nº 279/35 (ferroviários); Lei nº 264/36 (empregados públicos); Lei nº 228/36 (empregados em hotéis); Lei nº 435/37 (grupo econômico industrial como empregador único); Decreto nº 1.361/37 (promulgou a Convenção 42 da OIT, sobre moléstias profissionais).

A *terceira fase* tem início com a outorga da Constituição de 1937, que instituiu o Estado Novo, de cunho intervencionista.⁷ Ela dispôs sobre a Justiça do Trabalho no capítulo da Ordem Econômica (art. 139).

Nesse período, Vargas dissolveu o Congresso Nacional novamente e passou a legislar por meio do *Decreto-Lei*. Os mais relevantes foram os seguintes: Decreto-Lei nº 39/37 (competência da Justiça comum para cumprimento das decisões trabalhistas); Decreto-Lei nº 1.237/39 (organiza a Justiça do Trabalho); Decreto-Lei nº 1.346/39 (Tribunal Superior do Trabalho); Decreto-Lei nº 1.402/39 (associação em sindicatos);

7 A ideologia era de crescimento do tamanho do Estado, o que ocorreu, por exemplo, com a criação do Banco do Brasil (1937) e a intervenção em setores da economia, como a siderurgia (Comissão Executiva do Plano de Siderurgia Nacional e Comissão do Vale do Rio Doce, em 1940) e o transporte (Conselho Nacional de Ferrovias, de 1941) (BIAVASCHI, 2007, p.205-220).

Decreto nº 6.596/40⁸ (aprova o Regulamento da Justiça do Trabalho); Decreto-Lei nº 2.308/40 (norma geral sobre duração do trabalho); Decreto-Lei nº 3.078/41 (*locação* de trabalho doméstico); Decreto-Lei nº 3.229/41 (julgamento dos processos pendentes à época da instalação da Justiça do Trabalho); Decreto-Lei nº 4.037/42 (atribuiu natureza social aos artigos 81 do Código Comercial e 1.221, do Código Civil).

Em matéria processual, foi criado o primeiro Código de Processo Civil (Decreto-Lei nº 1.608/39), o qual era aplicado subsidiariamente à legislação processual trabalhista incipiente.

Fontes da CLT

Além das citadas normas trabalhistas, a CLT foi inspirada em fontes materiais, especialmente a Encíclica *Rerum Novarum* (1891), as Convenções da OIT⁹ e as conclusões aprovadas no Primeiro Congresso de Direito Social (1941), além da incipiente jurisprudência da Justiça do Trabalho, dos artigos

8 Esse decreto não era do tipo “Decreto-Lei”, pois se destinava apenas regulamentar os Decretos-Leis nº 1.237/39 e 2.851/40.

9 Convenções ratificadas pelo Brasil até a elaboração da CLT: Convenção 3, de 1919 (proteção à maternidade); Convenção 4, de 1919 (trabalho noturno das mulheres); Convenção 5, de 1919 (idade mínima de admissão na indústria); Convenção 6, de 1919 (trabalho noturno dos menores na indústria); Convenção 7, de 1920 (idade mínima de admissão no trabalho marítimo); Convenção 11, de 1921 (sindicalização na agricultura); Convenção 12, de 1921 (indenização por acidente do trabalho na agricultura); Convenção 14, de 1921 (repouso semanal na indústria); Convenção 16, de 1921 (exame médico de menores no trabalho marítimo); Convenção 41 da OIT, de 1934 (trabalho noturno das mulheres, ratificada em 1936); Convenção 42 da OIT, de 1934 (indenização por enfermidade profissional, ratificada em 1936); Convenção 45 da OIT, de 1935 (indenização por enfermidade profissional, ratificada em 1938); Convenção 52 da OIT, de 1936 (férias remuneradas, ratificada em 1938); Convenção 58 da OIT, de 1936 (idade mínima no trabalho marítimo, ratificada em 1938).

científicos da Revista do Ministério do Trabalho e dos Pareceres dos Consultores do Ministério do Trabalho, que tinham natureza de jurisprudência administrativa (BIAVASCHI, 2007, p. 118).

É comum a indicação da *Carta del Lavoro* (1927) como uma das fontes materiais da CLT. Contudo, segundo Arnaldo Süssekind, em entrevista concedida a BIAVASCHI (2007, p.117), o citado documento é uma carta de princípios, voltados à proteção do trabalhador. Essa mesma principiologia também está contida na CLT, mas a influência terminou aí, pois até institutos que comumente são atribuídos à *Carta del Lavoro*, em verdade, já existiam, como é o caso do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, introduzido na Nova Zelândia em 1904, e a unicidade sindical, adotada na União Soviética em 1917.

Elaboração da CLT

A elaboração da CLT ficou a cargo de uma Comissão de juristas, formada em 29/01/1942, sob a presidência do então Ministro do Trabalho, Alexandre Marcondes Filho, e composta por dez membros. Inicialmente, a intenção era elaborar uma consolidação trabalhista e previdenciária. Todavia, a Comissão entendeu por bem desdobrar o trabalho em dois anteprojetos distintos, um sobre o Direito do Trabalho e outro sobre a Previdência Social (CEZAR, 2012, p.18).

Para a elaboração da consolidação trabalhista, foram designados Luiz Augusto de Rego Monteiro, Arnaldo Süssekind, Dorval Lacerda, José Segadas Viana e Oscar Saraiva. À exceção deste, que era consultor jurídico do Ministério do Trabalho, todos os demais eram procuradores da Justiça do Trabalho (CEZAR, 2012, p.18).

A CLT foi aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 01/05/1943, Dia do Trabalho, em cerimônia ocorrida no Estádio

de São Januário, no Rio de Janeiro.¹⁰ Ela entrou em vigor em 10/11/1943 (art. 911 da CLT), três meses após sua publicação, ocorrida em 09/08/1943. Seu texto original continha 921 artigos, com regramento sobre Direito individual, coletivo e processual do trabalho, além de regras sobre administração do trabalho (v. g., emissão da Carteira Profissional), políticas públicas (como salário-mínimo e nacionalização do trabalho) e até matéria penal (art. 49).

Natureza jurídica da CLT

Como visto, a legislação trabalhista era pulverizada e fragmentada por classes profissionais. A necessidade imediata era, portanto, de elaborar um texto unificado e com força de norma geral sobre as relações de trabalho. De conformidade com o que foi mencionado na exposição de motivos (item 9), entre a compilação e um código, a Comissão optou pela consolidação, “que é a fase própria da concatenação dos textos e da coordenação dos princípios, quando já se denuncia primeiro o pensamento do sistema, depois de haverem sido reguladas, de modo amplo, relações sociais em determinado plano da vida política.”

Por isso é que, além de reunir e organizar a legislação vigente, a CLT também introduziu novidades. Em entrevista concedida a BIAVASCHI (2007, p. 119), Arnaldo Süssekind resumiu as novidades em duas, quais sejam, a despersonalização da figura do empregador (art. 2º) e o contrato realidade (art. 442).

10 O vídeo está disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZP1JWagZOCY>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

Alterações na clt

Ainda em 1943, a CLT sofreu sua primeira alteração, no art. 330, para excluir de seu texto a obrigatoriedade de apresentação da CTPS às autoridades para assinatura de contratos ou termos de posse em cargos públicos e para o desempenho de quaisquer funções inerentes à profissão de químico (Decreto-Lei nº 5.922/43).

A partir daí, foram muitas as alterações.¹¹

Para desvendar o número exato delas, foram consideradas apenas normas jurídicas com força de lei (leis, decretos-lei e medidas provisórias), que alteraram, incluíram ou revogaram dispositivos (artigos, parágrafos, incisos e alíneas) na CLT, excluídos os dispositivos vetados, as reedições de Medidas Provisórias e as normas regulamentares, correlatas e complementares. A modificação conjunta (v. g., de vários incisos ou parágrafos), em um mesmo artigo, foi considerada uma única alteração, o mesmo tendo sido feito quando da alteração isolada de um parágrafo, inciso e alínea.

Medidas provisórias convertidas em lei, sem alterações, foram consideradas como uma única norma, prevalecendo a data da medida provisória, para que fosse possível determinar o ano da vigência das alterações. As medidas provisórias vigentes foram consideradas como alterações por si mesmas.

Algumas peculiaridades merecem nota: a) o Decreto-Lei nº 6.353/1944 foi editado apenas para corrigir erros materiais no texto da CLT, razão pela qual não foi considerado como alteração para fins estatísticos. Já o Decreto-Lei nº 9.797/1946 tanto corrigiu erros materiais quanto fez modificações no texto da

11 O levantamento partiu de dados divulgados pelo Governo, os quais estão disponíveis em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/10/1943/ALTERACAOCLT.htm>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

CLT, pelo que apenas estas foram consideradas; b) a LC nº 75/93 modificou a estrutura do MPT, revogando tacitamente os dispositivos da CLT referentes a esse tema. Todavia, a citada norma não alterou diretamente o texto da CLT, de maneira que, para fins estatísticos, foi considerada como legislação correlata. Algo semelhante aconteceu com a Lei nº 2.757/1956, que excluiu os condomínios edilícios da categoria dos empregados domésticos, mas não alterou o texto da CLT, pelo que não foi considerada uma modificação; c) os dispositivos da CLT não recepcionados pelas Constituições supervenientes não foram considerados como alterados, o mesmo tendo ocorrido com dispositivos que têm sua vigência afastada pela doutrina e/ou jurisprudência, pois nessas hipóteses o texto da CLT permaneceu intacto.

Todas as normas examinadas estão descritas no Anexo I deste artigo.

Destarte, concluímos que, de 1943 a 2017, foram realizadas 936 alterações expressas em dispositivos da CLT, por meio de 186 normas jurídicas com força de lei. A média de dispositivos alterados por ano é de 2,51.

As quinze normas que mais alteraram a CLT foram as seguintes:

Quadro 1 - Quinze normas que mais alteraram dispositivos da CLT

Norma	Número	Ano	Nº alterações
Decreto-Lei	<u>229/1967</u>	1967	190
Lei	<u>13.467/2017</u>	2017	112
Decreto-Lei	<u>8.740/1946</u>	1946	68
Lei	<u>6.514/1977</u>	1977	50
Decreto-Lei	<u>8.737/1946</u>	1946	33
Lei	<u>7.855/1989</u>	1989	25
Lei	<u>5.442/1968</u>	1968	20
Medida Provisória	<u>808/2017</u>	2017	20

Decreto-Lei	<u>925/1969</u>	1969	19
Lei	<u>2.244/1954</u>	1954	18
Lei	<u>6.386/1976</u>	1976	18
Decreto-Lei	<u>926/1969</u>	1969	16
Lei	<u>10.097/2000</u>	2000	12
Lei	<u>9.957/2000</u>	2000	12
Lei	<u>9.958/2000</u>	2000	10

Quadro 2 – Número de dispositivos da CLT alterados por ano e por década

Ano	Modificações	Década	Modificações
1967	190	1960	284
2017	139	2010	173
1946	120	1940	136
1977	55	1970	110
1969	49	2000	83
2000	44	1990	62
1968	25	1980	46
1989	25	1950	42

As duas maiores “reformas” da CLT ocorreram, portanto, pelo Decreto-Lei nº 229/67 e pela Lei nº 13467/17. Entretanto, em termos de conteúdo, as alterações promovidas em 2017 foram muito mais profundas.

Com efeito, o Decreto nº 229/67 foi editado durante a Ditadura Militar, com respaldo no Ato Institucional nº 4. O principal objetivo da reforma, como consta de seus “considerandos”, foi promover a adaptação do texto da CLT às modificações administrativas realizadas no Ministério do Trabalho, notadamente quanto a regras de fiscalização, emissão de CTPS, registro sindical e segurança e saúde do trabalho.

Apesar da falta de transparência das contas públicas durante o Regime Militar, os dados disponíveis revelam que a economia ia bem, com Produto Interno Bruto de 6,7 no ano anterior (1966),¹² e desemprego na casa dos 2,3%.¹³

Outro sinal de que as alterações de 1967 foram de pouco impacto foi a dispensa de “vacatio legis”, tendo em vista que o Decreto nº 229/67 entrou em vigor na data de sua publicação (28/02/1967).

Destarte, é possível concluir que, qualitativamente, a reforma de 2017 foi a maior reforma já realizada da CLT. Esse impacto será examinado no capítulo seguinte.

Reforma trabalhista de 2017

Contextualização

De início, cumpre apresentar alguns fatos importantes para a compreensão do contexto econômico, político e social em que foi elaborada e promulgada a Lei nº 13.467/17.

A eleição presidencial de 2014 foi muito disputada, tendo resultado na reeleição de Dilma Rousseff, candidata de coligação liderada pelo PT, com apenas 51,64% dos votos, sobre o candidato da coligação capitaneada pelo PSDB, o Senador Aécio Neves. A eleição ficou marcada pelos ânimos acirrados dos eleitores de ambos os lados, alimentados pelas denúncias de corrupção no governo de Dilma, decorrentes de uma investigação policial sem precedentes, denominada “Operação Lava-Jato”. Esta investigação acabou atingindo a coligação liderada pelo PT como um todo, com delações de grandes

12 Fundação Getúlio Vargas - Centro de Contas Nacionais - diversas publicações, período 1947 a 1989.

13 PNAD e censos demográficos, FIBGE.

empresários envolvidos no financiamento dos partidos, em troca de favores políticos. Instalou-se uma crise política extremamente grave, que atingiu quase todos os partidos políticos, inclusive o PSDB, também envolto em denúncias de corrupção. Essa crise comprometeu o funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo e chegou à economia, com efeitos negativos nas contas públicas e no mercado. Os dados disponíveis demonstram que o PIB de 2014, 2015 e 2016 foi de 0,50, -3,77 e -3,59,¹⁴ com desemprego de 4,8%, 6,9% e 11,5%,¹⁵ respectivamente.

Em 31/08/2016, Dilma Rousseff teve seu mandato cassado pelo Senado Federal, fato que levou à Presidência o Vice-Presidente, Michel Temer, do PMDB, que a esta altura já havia rompido com o PT e que assumiu o Governo com o apoio dos partidos de oposição. Ao ser empossado na presidência, Michel Temer assumiu compromisso com a realização de reformas legislativas.

Cerca de quatro meses depois, em 23/12/2016, o Poder Executivo apresentou à Câmara de Deputados o PL nº 6.787/16, com proposta de alteração da CLT e da Lei nº. 6.019/74 (trabalho temporário). Em relação à CLT, a proposta original era de modificação dos seguintes dispositivos: art. 47 (multa administrativa); art. 58-A (trabalho em regime de tempo parcial); art. 523-A (representante de trabalhadores nos locais de trabalho); art. 611-A (negociação coletiva); art. 634 (adoção do IPCA para atualização dos valores de multas); e art. 775 (contagem dos prazos em dias úteis).

O PL nº 6.787/16 era despretensioso, aparentando realizar alterações de impacto semelhante ao da maioria das normas que vinham sendo editadas desde a edição da CLT.

14 IBGE - Diretoria de Pesquisas. Coordenação de Contas Nacionais.

15 IBGE - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD Contínua.

No entanto, o projeto acabou se transformando na maior reforma na legislação trabalhista brasileira, desde o advento da CLT, mas, dessa vez, com base em uma ideologia bem diferente daquela que inspirou o legislador de 1943.

Uma amostra desse “espírito” reformista pode ser extraída da fala do Deputado Ricardo Barros (PP), relator do orçamento da União de 2016. No final de 2015, o citado Deputado anunciou o corte de 50% das dotações para custeio e 90% dos recursos destinados para investimentos da Justiça do Trabalho. O corte imposto à Justiça trabalhista foi discrepante do realizado no Poder Legislativo e nos demais órgãos do Poder Judiciário, em relação aos quais foi adotado um corte médio de 15% para custeio e 40% para investimentos.

Ao justificar o corte orçamentário, o Deputado chegou a dizer que tinha “alergia à Justiça do Trabalho”, que seria “cega e burra”, pois nela o empregado “ou ganha ou não perde”.¹⁶

A justificativa agradou muito o setor patronal e afinou-se ao discurso crítico existente dentro da própria Justiça do Trabalho, que a julgava excessivamente protecionista. Em entrevista concedida ao Jornal Folha de São Paulo, em 06/11/2017, o então Presidente do TST, Ministro Ives Gandra Martins da Silva Filho, manifestando sua opinião pessoal, disse que era preciso flexibilizar os direitos sociais para haver emprego.

A relatoria do PL nº 6.787/16 passou o Deputado Rogério Marinho (PSDB) e acabou recebendo 1.340 emendas, resultando em um projeto substitutivo de alteração de mais de 100 dispositivos da CLT, calcada em um recuo protecionista, com prevalência das negociações coletivas sobre a lei e a restrição de acesso à Justiça.

16 Os vídeos estão disponíveis em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mllh7y-SkpaY&t=9s>> e <https://www.youtube.com/watch?v=1gPvrO_tb1o>. Acesso em: 15 jan. 2018.

O cenário político era extremamente favorável à flexibilização da legislação.

Por isso, apesar de inflado, o PL nº 6.787/16 ganhou grande velocidade, tendo sido aprovado no Plenário da Câmara em 27/04/2017.

A comunidade jurídica teve pouco tempo para conhecer e refletir sobre o PL. Não se tem notícia da formação de Comissão de notáveis juristas da área trabalhista para contribuir na elaboração do texto. Pelo contrário, várias entidades publicaram notas com duras críticas ao projeto, como, por exemplo: ANAMATRA, MPT, ABRAT, ANPT, CNBB, Conselho Federal da OAB e DIEESE. Digna de nota, ainda, a Carta assinada e remetida por 17 dos 27 Ministros do TST ao Presidente do Senado Federal, em 18/05/2017, manifestando a grande preocupação com conteúdo das alterações propostas.

Não obstante e indiferente a isso, uma vez encaminhado ao Senado, o PL nº 6.787/16, agora denominado PLC nº 38/17, continuou veloz, tendo sido aprovado em 12/07/2017, sem acolhimento de propostas de alteração de texto.

No dia 14/07/2017, foi publicada a Lei nº 13.467/17, apelidada de “Reforma Trabalhista” e de “Nova CLT”, com *vacatio legis* de apenas 120 dias, tempo bem inferior ao concedido ao CC de 2002 e ao CPC de 2017, que foi de um ano para ambos.

Nesse curto espaço de tempo, juristas trabalhistas de todo o País tentaram imprimir velocidade semelhante à do projeto de lei, na edição de obras, buscando compreender e explicar as modificações. Todavia, apenas o tempo permitirá a construção de interpretação segura da Lei nº 13.467/17.

Conteúdo

Quanto ao conteúdo, é possível reunir as alterações em quatro grandes finalidades, - duas primeiras em relação ao direito material (individual e coletivo) e outras duas pertinentes

ao direito processual, quais sejam a geração de empregos, a modernização da legislação, a garantia de segurança jurídica e a diminuição da litigiosidade.

Não se pode negar que essas finalidades sejam um desejo geral, tanto de empregadores quanto de empregados. O problema envolve saber se do ponto de vista *político-democrático* e *jurídico-sistemático*, os meios eleitos para chegar a elas são ou não adequados.

Perspectiva político-democrática

Iniciando pelo aspecto *democrático*, é preciso considerar que a rapidez na tramitação do projeto não seria, por si só, indesejável. Mas a velocidade causa estranheza, em função da repentina ampliação da magnitude das alterações. Elas foram maiores e mais aprofundadas do que aquelas introduzidas pela própria CLT, em 1943, a ponto de até se justificar a tese de que a consolidação foi transformada em uma codificação.

Não obstante essa constatação, a Comissão que elaborou a CLT mostrou-se mais aberta ao diálogo do que a que elaborou a Lei nº 13.467/17, muito embora a primeira estivesse inserida em uma ditadura, enquanto a segunda se instalou após quase trinta anos de vigência da Constituição de 1988, a mais democrática da história do Brasil.

Há ainda outro interessante comparativo entre as duas comissões, mantendo-se a presente análise na perspectiva democrática. A Comissão de 1943 conviveu muito tempo com o estigma de que a CLT se teria inspirado na *Carta dell Lavoro*, elaborada pelo regime fascista italiano, o que demandou de seus membros, sobretudo de Arnaldo Süsseking, tempo e esforço para desconstruir esse mito, como já foi dito. A Comissão de 2017, por sua vez, também tem seu próprio mito, qual seja o de que a mais importante fonte material foram “*formulações de entidades*

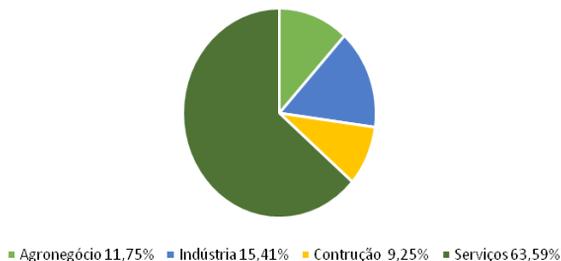
patronais, como, por exemplo, nos textos da CNI (101 Propostas para a Modernização Trabalhista, 2012; Agenda Legislativa da Indústria, 2014; Caminhos da Modernização trabalhista, 2016) e CNA (Proposta da Bancada de Empregadores, 2016; Balanço 2016 e Perspectivas 2017)” (TEIXEIRA et al, 2017, p.16).

Conforme apuração feita no Anexo II deste artigo, verifica-se que das 101 propostas constante da publicação de 2012, 50 sugeriam a alteração de temas trabalhistas, enquanto as demais versavam sobre modificações na legislação previdenciária e administrativa, bem como sobre implementação de políticas públicas. Nenhuma proposta previdenciária, administrativa e de política pública foi aceita, revelando que o Estado não estava disposto a abrir mão de receita para *gerar empregos, modernizar a legislação, garantir a segurança jurídica e diminuir a litigiosidade.*

Das 50 sugestões patronais para a área trabalhista, 30 foram implementadas pela Lei nº 13.467/17, uma pela Lei nº 13.429/17 e outra pela Portaria nº 1.128/17, do Ministério do Trabalho, que está suspensa pelo STF (ADPF 489), totalizando 66%.

Fica nítido, pois, que as alterações atenderam, principalmente, ao setor da indústria, a qual emprega apenas 15,41% dos empregados formais no Brasil:

Imagem 1 – Percentual de empregos por setor da economia em 2017



Fonte: IBGE - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD Contínua 2017.

Os temas objetos da Lei nº 13.467/17 foram os seguintes:

Quadro 3 e 4 – Temas modificados pela Lei nº 13.467/17

Temas modificados	Dispositivos da CLT		Temas modificados	Dispositivos da CLT
Grupo econômico	art. 2º		Contribuições sindicais	arts. 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602
Tempo à disposição	art. 4º		Negociação coletiva	arts. 611-A, 611-B, 614 e 620
Fontes do Direito do Trabalho	art. 8º		Jurisprudência	art. 8º, 652 e 702
Responsabilidade do sócio	art. 10-A		Prazos	art. 775
Prescrição	arts. 11 e 11-A		Custas	art. 789
Fiscalização	arts. 47, 47-A e 634		Justiça gratuita	art. 790
Jornada	arts. 58-A, 59, 59-A, 59-B, 60, 62		Honorários periciais	art. 790-B
Intervalo	art. 71		Honorários advocatícios	art. 791-A
Teletrabalho	arts. 75-A a 75-E		Dano processual	arts. 793-A a 793-D
Férias	art. 134		Exceção de incompetência	art. 800
Dano extrapatrimonial	arts. 223-A a 223-G		Ônus da prova	art. 818
Trabalho da mulher	arts. 394-A e 396		Petição inicial	art. 840
Liberdade de contratação	arts. 442-B, 443 e 444		Arquivamento e revelia	art. 841
Sucessão empresarial	art. 448-A		Audiência	art. 844
Contrato intermitente	art. 452-A		Defesa	art. 847
Uniforme	art. 456-A		Desconsideração da p. jurídica	art. 855-A
Remuneração	arts. 457, 458 e 468		Jurisdição voluntária	arts. 855-B a 855-E
Equiparação salarial	art. 461		Execução	arts. 876, 878, 879, 882, 883-A e 884

Rescisão contratual	art. 477, 482 e 484-A		Recurso de Revista	arts. 896
Dispensas coletivas	art. 477-A		Transcendência	art. 896-A
Arbitragem	art. 507-A		Depósito recursal	art. 899
Quitação anual	art. 507-B		Terceirização	Lei nº 6.019/74
Representação na empresa	arts. 510-A a 510-D			

Além disso, ainda foram realizadas as seguintes revogações: §3º, do art. 58 (fixação de tempo médio de horas “in itinere” para ME e EPP por ACT e CCT); §4º, do art.59 (vedação de horas extras para o contrato em tempo parcial); art. 84 (salário-mínimo regional); art. 86 (salário-mínimo regional”); art. 130-A (férias para o trabalho em regime parcial); §2º, do art.134 (férias de uma só vez para menores de 18 e maiores de 50 anos); §3º, do art.143 (proíbe conversão de 1/3 de férias para o trabalho em regime parcial); parágrafo único, do art.372 (jornada da mulher em oficinas familiares); art. 384 (intervalo de 15 minutos antes das horas extras, para mulheres”); §§1º, 3º e 7º, do art.477 (homologação de rescisão, assistência à rescisão e gratuidade da homologação); art. 601 (prova de quitação de imposto sindical no ato da admissão); art. 604 (quitação do imposto sindical de autônomos e profissionais liberais); art. 792 (representação de menores e mulheres no processo); parágrafo único, do art. 878 (promoção da execução pelo MPT); §§3º, 4º, 5º e 6º, do art. 896 (uniformização da jurisprudência); §5º, do art. 899 (depósito recursal em conta vinculada).

Os direitos dos trabalhadores foram duramente afetados. Alguns foram extintos, como as horas “in itinere” e as horas extras para o teletrabalho, enquanto outros foram flexibilizados, dando ampla margem para que os sindicatos estabeleçam regras que se sobreponham à lei (art. 611-A), tudo isso em meio a um sistema sindical antigo e sem transparência. Com efeito, a Lei nº 13.467/17 não criou direito algum, senão institutos de

questionável proteção, como foi o caso do trabalho intermitente, que transfere para o empregado a tarefa de organizar a agenda de prestação de serviços.

Não se tem notícia de que sugestões da classe trabalhadora tenham sido consideradas como fontes materiais da reforma.

As alterações em tão curto espaço de tempo, somadas ao primado dos interesses do setor patronal industrial, em detrimento da classe trabalhadora e dos demais setores patronais, evidenciam o viés antidemocrático da Lei nº 13.467/17.

Perspectiva jurídico-sistemática

Do ponto de vista *jurídico*, a Lei nº 13.467/17 é ainda mais polêmica. É preciso dizer, de logo, que a lei, qualquer que seja ela, é apenas um texto, o qual precisa passar pelo filtro da interpretação para se tornar norma jurídica. Esse filtro é composto pela Constituição Federal, em primeiro lugar, seguida pelas Convenções internacionais sobre direitos humanos, que são normas supralegais, e, finalmente, pela própria legislação ordinária, uma vez que ela constitui um *sistema*, que precisa se acomodar adequadamente, para que se tenha bom funcionamento.

Iniciando-se pela *finalidade da geração de empregos*, a Lei nº 13.467/17, ao optar pelo caminho da flexibilização, deixou de lado a Ciência Jurídica e entregou-se à Ciência Econômica. Com efeito, na Economia, o emprego é, por si só, um fator de proteção, pois, sem o emprego, o trabalhador está totalmente desamparado. Por isso é que o pensamento econômico adota como objeto de estudo a geração de empregos, essencial para o crescimento econômico e a geração de riquezas.

Todavia, no Direito, a ideia de proteção é bem diferente. O que precisa ser protegido não é o emprego, mas, sim, o ser humano. Este precisa ser protegido do próprio emprego. Na

perspectiva jurídica, usando de metáfora, o emprego é um medicamento forte e essencial para a manutenção da vida de um ser humano. Todavia, esse medicamento também tem efeito colateral, que é a *coisificação*, isto é, a transformação do ser humano em mercadoria. É essa a tendência do mundo do trabalho. Por isso, o ser humano precisa ser protegido por meio de um outro medicamento, que amenize os efeitos colaterais e mantenha o corpo vivo, protegido. E esse antídoto é o Direito do Trabalho, que serve para proteger o trabalhador do emprego que lhe é essencial.

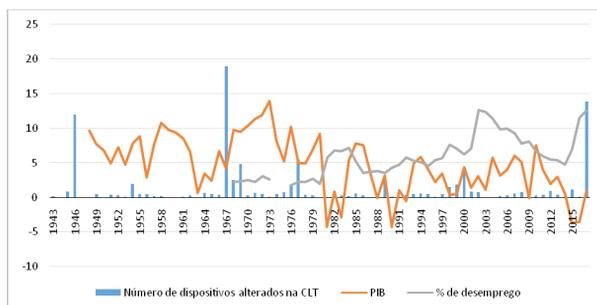
Vale frisar que a proteção é em relação *ao emprego* e não (necessariamente) *ao empregador*. É que a atitude do empregador não é determinante da tendência de mercantilização do ser humano. Ele, o empregador, pode ter a melhor das intenções, pode até compartilhar da ideologia da classe trabalhadora, como ocorre, por exemplo, com o operário que é empregado na fábrica e patrão em casa, empregando um trabalhador doméstico. O que mercantiliza o ser humano é *o emprego* em si, porque com ele vêm a subordinação e o poder direto, que conferem ao empregador o direito de organizar o trabalho, dar ordens, vigiar, fiscalizar e punir. Uma relação baseada em tais premissas é perigosa e não pode, definitivamente, ser confundida com qualquer outra.

Ora, uma das formas de gerar empregos, escolhida pela Lei nº 13.467/17, foi a criação de uma nova modalidade contratual, que é o trabalho intermitente (art. 452-A da CLT), uma modalidade que permite ao empregado manter uma infinidade de vínculos de emprego, recebendo apenas quando for chamado. É possível, portanto, que o empregado não trabalhe e não receba salário, situação em que ficará descoberto pela Previdência Social, inclusive, mas o manterá formalmente empregado. De fato, o índice de desemprego diminuirá, caso o novo contrato seja adotado em massa pelos empregadores, o

que satisfaz as pretensões da Economia. Todavia, nenhuma proteção terá o empregado, o que não condiz com a Constituição (art. 1º, IV, 7º, 170 e 193).

Há ainda um aspecto importante a ser abordado em relação à justificativa de geração de empregos. É que os dados revelam que a alteração da legislação trabalhista não é um fator determinante para a geração de empregos. Em verdade, os empregos estão mais ligados ao momento da economia.

Imagem 2 – Relação entre a alteração da CLT e o desempenho da economia*



Fonte: desemprego, de 1968 a 1980, PNAD e censos demográficos, FIBGE; desemprego, de 1981 a 2002, PME antiga da FIBGE; desemprego, de 2002 a 2017, PNAD contínua do IBGE; PIB, de 1947 a 1989, Fundação Getúlio Vargas - Centro de Contas Nacionais - diversas publicações; PIB, a partir de 1990, IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de Contas Nacionais. Não há dados disponíveis do desemprego anteriores a 1968 e de PIB, antes de 1947.

* O número de dispositivos da CLT foi dividido por 10, apenas para permitir equivalência nos gráficos.

Pelo gráfico, é possível ver que, quando o PIB cai, imediatamente o percentual de desemprego sobe. Vejam-se, por exemplo, os períodos de 1982, 1991 e, especialmente, o de

2015. Entre 1880 e 1983, o PIB baixo elevou a taxa de desemprego. Todavia, sem qualquer modificação na CLT, o PIB voltou a subir em 1985, fazendo cair a taxa de desemprego. Salvo na reforma de 1967, em nenhum outro momento do gráfico, PIB e desemprego estiveram relacionados com o “status” da legislação trabalhista.

No que tange à reforma de 1967, fica a ressalva de que a maior parte dela foi destinada apenas a adequar o texto da CLT à nova estrutura do Ministério do Trabalho, não tendo havido nenhuma modificação impactante sobre os direitos trabalhistas e a forma de pactuação.

Sobre o tema, Ha-Joon Chang, economista da Universidade de Cambridge, explica que, na verdade, a diminuição da intensidade da legislação trabalhista pode afetar negativamente o desempenho da economia:

A segurança no emprego é uma questão complicada. Os economistas que defendem o livre mercado acreditam que qualquer regulamentação do mercado de trabalho que dificulte as demissões torna a economia menos eficiente e dinâmica. Para começar, ela enfraquece o incentivo para que as pessoas trabalhem arduamente. Além disso, desestimula a criação da riqueza por tornar os empregadores mais relutantes em fazer novas contratações (com medo de não poder demitir futuramente os funcionários, caso necessário) (CHANG, 2010, p. 117).

EWING e outros (2005, p.31), estudando o caso do Estado americano de Montana, que adotou legislação de proteção à dispensa arbitrária, concluíram que a implementação da medida elevou os índices de emprego em 0,47%.

A dita segunda grande finalidade da Lei nº 13.467/17 foi a *modernização da legislação*. Nesse ponto, a Ciência eleita foi a Administração, em desprestígio, uma vez mais, do Direito. O maior símbolo dessa finalidade é, certamente, a permissão da terceirização em quaisquer atividades de uma empresa. Essa “novidade”, certamente, favorecerá em muito a organização das empresas, que poderão ter liberdade para se concentrarem em áreas que efetivamente lhes interessem, o que satisfaz bem os anseios da Administração.

Com efeito, a propalada *modernidade*, na perspectiva jurídica, é outra bem diferente.

Nos dias de hoje, a noção de contrato está ligada à ideia de *atividade*, deixando de lado o conceito antigo de negócio jurídico estanque. Prova disso é que seus elementos (sujeito, objeto e prazo) vêm sendo relativizados, tornando possível que terceiros possam influenciá-los, como é o caso da própria terceirização, bem como o princípio da função social do contrato, adotado pelo Novo Código Civil. Não por acaso, o Item III, do parágrafo 311, do BGB (Código Civil Alemão) dispõe que uma obrigação contratual “*também pode vir a existir em relação às pessoas que não tinham intenção de ser parte no contrato*” (terceiros) caso elas tenham “*influenciado substancialmente nas negociações pré-contratuais ou na celebração do contrato*”. Trata-se de regra que estabelece um efeito externo diferido ao contrato, capaz de atrair para dentro de si pessoas que, embora não sejam formalmente partes, o são de forma material.

Dessa forma, no Direito, “moderno” é considerar como parte de um contrato todos os sujeitos que influenciam substancialmente seu conteúdo, mesmo que dele não queiram fazer parte.

O contrato de trabalho está estruturado em duas condicionantes, quanto aos sujeitos da relação: a) bilateralidade da relação de emprego, pela qual o empregado está diretamente

vinculado ao empregador; b) “*ajenidad*” (OLEA, 1999), que estabelece a aquisição originária da energia de trabalho, ou seja, é empregador aquele que faz uso da energia de trabalho alheio para se apropriar dos respectivos frutos.

Ora, a terceirização consiste na transferência de atividades da empresa tomadora para outra empresa, a prestadora. Se a empresa tomadora influencia o contrato dos empregados terceirizados, a ponto de interferir na bilateralidade e na “*ajenidad*”, impõe-se que ela também seja considerada parte no contrato, na condição de empregador. Trata-se de típico caso de grupo econômico.

Na prática, a terceirização também gera efeitos indesejáveis. A terceirização irrestrita permite a existência de empresas que terceirizem toda a sua mão de obra, criando um atravessador na relação de emprego, capaz de desmobilizar a organização coletiva e sindical da categoria e dificultar o acesso e o cumprimento de direitos trabalhistas. De fato, há muito o processo do trabalho enfrenta execuções sem fim contra empresas de prestação de serviços terceirizados que, a bem da verdade, só existem no papel.

Com efeito, dados estatísticos (CUT, 2014) revelam que os trabalhadores terceirizados trabalham 3h a mais e ganham 25% a menos que os empregados não terceirizados. Ainda que o Governo possa contestar os dados e propostas da CUT, por se tratar entidade sindical profissional, é de se lembrar que grande parte da Lei nº 13.467/17 foi embasada em dados e propostas da CNI, que também é entidade sindical, só que patronal.

Adentrando na *seara processual*, a primeira finalidade da Lei nº 13.467/17 foi a de gerar *segurança jurídica*, aqui considerada como sendo o cumprimento da lei pelo Poder Judiciário, sem construção de jurisprudência criativa. O tema tem uma infinidade de aspectos relevantes, mas, considerando as limitações de espaço da obra, vale dizer, sobre a alteração processada, que

ela é destinada a dificultar o processo de elaboração de Súmulas pelos Tribunais trabalhistas, inclusive com o cancelamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência e de dispositivos da Lei nº 13.015/14, que havia acabado de ser aprovada com base em proposta dos Ministros do TST.

Ora, isso vai, manifestamente, contra a ideologia do CPC de 2015 que, justamente com a finalidade de gerar segurança jurídica, adotou o sistema de precedentes, com a previsão de que estes constem de súmulas (art. 926 do CPC). Como se não bastasse, a regulação da edição de súmulas por lei de iniciativa do Poder Executivo é *inconstitucional*, porque fere a independência do Poder Judiciário, prevista no art. 96, I, “a”, da Constituição, como também é *ilegal*, porque a Lei nº 7.701/88 revogou tacitamente toda a Seção III, do Capítulo V, do Título VIII, da CLT, ou seja, todo o art. 702. Em outras palavras, a Lei nº 13.467/17 alterou dispositivo de lei que já havia sido revogado. Essas e outras antinomias acabam gerando mais insegurança jurídica, dessa vez, por obra do próprio Legislador, ao contrário do que foi pretendido fazer.

Ainda quanto ao tema da segurança jurídica, calha dizer, mais, que, se o empregador sente falta dela nos processos trabalhistas, quem carece dela na relação material, do dia a dia, é o empregado, já que ele dá sua prestação primeiro (trabalho), para só depois receber a contraprestação (remuneração). Some-se a isso o fato de que o empregado não tem qualquer poder sobre o empregador, enquanto este possui poder diretivo, que o habilita a ordenar, vigiar e punir. Um exemplo simples, mas eloquente, é a rescisão contratual por culpa de uma das partes. Enquanto o empregador pode aplicar a dispensa por justa causa, o empregado precisa recorrer, necessariamente, à Justiça do Trabalho e provar a falta grave do empregador, para ver seu contrato rescindido. Salta aos olhos, portanto, que a maior vítima da falta de segurança jurídica na relação e trabalho é o empregado.

A segunda finalidade da reforma, na parte processual, foi diminuir a *litigiosidade* ou, em outras palavras, o excesso de judicialização dos conflitos, levando em conta os mais de quatro milhões de processos ajuizados em 2016, segundo dados do CNJ (2016). Uma das medidas adotadas foi a de desestimular o ajuizamento de ações e estimular a extinção de processos em curso. No primeiro caso, uma das medidas mais impactantes foi a criação dos honorários advocatícios sucumbenciais. No segundo, a adoção da prescrição intercorrente, no processo de execução.

Ocorre que a judicialização de conflitos não é um fenômeno exclusivo do Judiciário trabalhista. Segundo o CNJ (2016), as ações trabalhistas representaram apenas 14,9% do total de processos distribuídos ao Poder Judiciário em 2016.

É sabido que um dos maiores fatores da litigiosidade é o descumprimento da lei. Prova disso é que, entre todos os temas ajuizados em 2016, levando em conta o Poder Judiciário como um todo, o mais repetido foi o de verbas rescisórias (11%), em relação às quais a insegurança jurídica é mínima, decorre apenas do puro descumprimento da lei. Há que se considerar que parte da judicialização é um fenômeno provocado, intencionalmente, por algumas corporações de grande porte, que enxergam na inflação das demandas um meio de sobrecarregar a Justiça do Trabalho, ganhar tempo e lucrar com a morosidade.

Mas, em vez de adotar medidas para estimular o cumprimento espontâneo da lei, a Lei nº 13.467/17 criou institutos que facilitam o inadimplemento, como é o caso da própria prescrição intercorrente, cujo prazo fixado foi de apenas dois anos (art. 11-A). Isso em um processo de execução que, além de lento, ganhou uma espécie de suspensão de atos de coerção, como a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, durante 45 dias (art. 883-A).

Finalmente, no que tange aos bem-vindos honorários de sucumbência, a Lei nº 13.467/17 apresenta uma sistemática polêmica, antinômica e contraditória, permitindo que o crédito do advogado do réu possa ser compensado com o crédito da parte autora, em qualquer processo, mesmo sob o pálio da justiça gratuita.

No nosso sentir, a compensação dos honorários advocatícios do advogado da parte ré com o crédito trabalhista da parte autora ofende a Constituição, porque: I) fere a isonomia (art. 5º da CF), tratando situações iguais de forma desigual. Com efeito, o art. 85, §14, do CPC, é expresso ao estabelecer que *“os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.”* Se não é possível compensação entre honorários, também não é possível entre honorários e créditos alimentares trabalhistas do reclamante. Os honorários não são *“despesa processual”*, portanto, sendo outra prova disso o fato de que, na hipótese de ausência de fixação em sentença, deverão ser cobrados em ação autônoma (art. 84, §18, do CPC), o que não seria necessário, caso eles tivessem natureza de despesa processual. O art. 84 do CPC ainda dispõe que *“as despesas abrangem as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunha”*, nada dizendo sobre os honorários; II) o benefício da justiça gratuita deve ser integral (art. 5º, LXXIV, da CF), devendo isentar o credor juridicamente pobre do pagamento dos honorários advocatícios. O STF já decidiu que *“em face da sucumbência recíproca, será proporcionalizada a responsabilidade por custas e honorários advocatícios, fazendo-se as devidas compensações, ressalvado o benefício da assistência judiciária gratuita.”* (STF, 1ª Turma, AgRg-Agin 304.693, Sydney Sanches, j. 9-10-2001, DJU 01/02/2002). Havendo a compensação, o

beneficiário da justiça gratuita será privado da oportunidade de deixar sua condição de pobreza.

Em que pese o desejo de diminuir o número de processos na Justiça do Trabalho, o legislador reformista implementou institutos contraditórios a essa finalidade. O caso mais emblemático foi o da extinção da exigência de homologação de rescisões dos contratos de mais de um ano de vigência. Essa iniciativa, somada à criação de um procedimento de jurisdição voluntária de homologação de acordos extrajudiciais (art. 855-B da CLT), pode resultar em um aumento considerável do número de processos.

Vale destacar que, apenas quatro dias depois da vigência da Lei nº 13.467/17, o Poder Executivo editou a Medida Provisória 808/17, realizando várias alterações naquela lei, fato que evidencia a existência de vícios e imperfeições, muitas delas decorrentes da falta de zelo jurídico e democrático.

Conclusão

A Lei nº 13.467/17 promoveu a alteração de maior impacto na história da CLT. É possível reunir as alterações em quatro grandes finalidades, - duas primeiras em relação ao direito material (individual e coletiva) e outras duas pertinentes ao direito processual - quais sejam, a *geração de empregos*, a *modernização da legislação*, a *garantia de segurança jurídica* e a *diminuição da litigiosidade*.

Do ponto de vista político-democrático, as alterações em tão curto espaço de tempo, somadas ao primado dos interesses do setor patronal industrial, em detrimento da classe trabalhadora e dos demais setores patronais, evidenciam o viés antidemocrático da Lei nº 134674/17.

De outra face, no viés jurídico-sistemático, os dados levantados revelam que a alteração da legislação trabalhista não é um

fator determinante para a geração de empregos. Em verdade, os empregos estão mais ligados ao momento da economia, considerando seus múltiplos fatores.

Em relação à modernização, o legislador se olvidou do estado da arte da Ciência Jurídica, cuja tendência, nas relações contratuais, é de considerar como parte de um contrato todos os sujeitos que influenciam substancialmente seu conteúdo, mesmo que dele não queira fazer parte. Não obstante, permitiu a terceirização em todas as atividades da empresa, sem incluir o tomador dos serviços como parte contratante na relação de emprego.

Quanto à segurança jurídica, as alterações também foram contraditórias, pois a alteração destinada a dificultar o processo de elaboração de Súmulas pelos Tribunais trabalhistas (inclusive com o cancelamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência e de dispositivos da Lei nº 13.015/14, que havia acabado de ser aprovada com base em proposta dos Ministros do TST) vai manifestamente contra a ideologia do CPC de 2015 que, justamente com a finalidade de gerar segurança jurídica, adotou o sistema de precedentes, com a previsão de que estes constem de súmulas (art. 926 do CPC).

Finalmente, no que tange à diminuição do número de processos judiciais, é sabido que um dos maiores fatores da litigiosidade é o descumprimento da lei. Prova disso é que entre todos os temas ajuizados em 2016, levando em conta o Poder Judiciário como um todo, o mais repetido foi o de verbas rescisórias (11%), em relação às quais a insegurança jurídica é mínima, decorre apenas do puro descumprimento da lei. Todavia, em vez de adotar medidas para estimular o cumprimento espontâneo da lei, a Lei nº 13.467/17 criou institutos que facilitam o inadimplemento, como é o caso da própria prescrição intercorrente, cujo prazo fixado foi de apenas dois anos (art. 11-A). Isso em um processo de execução que, além de

lento, ganhou uma espécie de suspensão de atos de coerção, como a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes, durante 45 dias (art. 883-A).

Em uma perspectiva histórica, a CLT é a norma de base do equilíbrio entre capital e trabalho. Trata-se de documento indispensável à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, à garantia do desenvolvimento nacional, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza. Ela é, pois, a concretização dos objetivos fundamentais de nosso povo (art. 3º da CF).

É preciso, pois, que as alterações na CLT sejam pensadas, elaboradas, implementadas e interpretadas respeitando esse rico passo e essa preciosa missão.

Referências

AZEVEDO, Aluísio de. **O cortiço**. 30. ed. São Paulo: Ática, 1997.

BARBOSA, Alexandre de Freitas. O mercado de trabalho antes de 1930: emprego e “desemprego” na cidade de São Paulo. **Novos estudos CEBRAP**, n. 80. São Paulo: 2008. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002008000100007>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos jurídicos materiais e processuais da terceirização trabalhista. In: **Revista LTr**, v.79, n.03,p.263-276. São Paulo, 2015.

BIAVASCHI, Magda B.; DROPPA, Alisson. A história da súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. In: **Mediações – Revista de Ciências Sociais**. Dossiê: Classes Sociais e Transformações no Mundo do Trabalho, v.16,n.1,p.124-141. Londrina, 2011.

BIAVASCHI, Magda Barros. **O direito do trabalho no Brasil – 1930-1942: a construção do sujeito de direitos trabalhista.** São Paulo: LTr, 2007.

CEZAR, Frederico Gonçalves. O processo de elaboração da CLT: histórico da Consolidação das Leis Trabalhistas em 1943. **Revista Processus de Estudos de Gestão, Jurídicos e Financeiros.** Ano 3. Ed. 7. Páginas 13 a 20. Jul./Set., 2012.

CHANG, Ha Joon. **23 coisas que não nos contaram sobre o capitalismo.** Trad. Cláudia Gerpe Duarte. São Paulo: Cultrix, 2010.

CNI - Confederação Nacional da Indústria. **101 Propostas para modernização trabalhista.** Brasília: CNI, 2012.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números.** Brasília: CNJ, 2016.

CUT, Central Única dos Trabalhadores. **Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha.** Dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. São Paulo: CUT, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução.** São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil – com comentários à Lei nº 13.467/17.** São Paulo: LTr, 2017.

EWING, Bradley T.; NORTH, Charles M.; TAYLOR, Beck A.; The employment effects of a “good cause” discharge standard in Montana. In: **ILR Review**, v.59, n.1, p.17-33. Out., 2005.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Tendências Demográficas. **Uma análise da população com base nos**

resultados dos Censos Demográficos 1940 e 2000. Rio de Janeiro, 2007.

LEVY, Maria Stella Ferreira. O papel da migração internacional na evolução da população brasileira (1872 a 1972). **Revista Saúde Pública**, v.8, p.49-90. Junho. São Paulo, 1974.

LIMA, Leonardo Tibo Barbosa. Justiça do Trabalho: história, importância e desafios. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5169, 26 ago. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60059>>. Acesso em: 6 jan. 2018.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **História do direito do trabalho**: curso de direito do trabalho. V.I. Parte II. São Paulo: LTr, 2017.

MELGAR, Alfredo Montoya; JIMÉNEZ, Rodrigo Martín. **Estatuto del trabajo autónomo**. Comentário a la Ley 20/2007, de 11 de julio. Madrid: Civitas, 2007.

OLEA, Manuel Alonso; BAAMONDE, Maria Emilia Casas. **Derecho Del Trabajo**. 17. ed. Madrid: Civitas, 1999.

SOUZA, Rodrigo Trindade de Souza. (Org.). **CLT comentada pelos juízes do trabalho da 4ª região**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.

TEIXEIRA, Marilane Oliveira; GALVÃO, Andréia; KREIN, José Dari et al (Org.). **Contribuição crítica à reforma trabalhista**. Campinas: UNICAMP/IE/CESIT, 2017.

VIECELI, Cristina P.; WUNSCH, Júlia G.; FREITAS, Priscila; SANTOS, Tábata Silveira dos. Direitos parcelados: trajetória da legislação do emprego doméstico no Brasil. In HORN, Carlos Henrique. (Coord.). **Emprego doméstico no Brasil**: raízes históricas, trajetórias e regulamentação. São Paulo: LTr, 2017.

ANEXO I – Dispositivos alterados na CLT

Norma	Número	Ano	Nº de dispositivos alterados
DEL	<u>5.922/1943</u>	1943	1
DEL	<u>6.110/1943</u>	1943	1
DEL	<u>7.321/1945</u>	1945	2
DEL	<u>8.079/1945</u>	1945	1
DEL	<u>8.080/1945</u>	1945	5
DEL	<u>8.305/1945</u>	1945	1
DEL	<u>8.737/1946</u>	1946	33
DEL	<u>8.740/1946</u>	1946	68
DEL	<u>9.168/1946</u>	1946	1
DEL	<u>9.502/1946</u>	1946	6
DEL	<u>9.615/1946</u>	1946	1
DEL	<u>9.666/1946</u>	1946	1
DEL	<u>9.675/1946</u>	1946	1
DEL	<u>9.797/1946</u>	1946	8
DEL	<u>9.852/1946</u>	1946	1
LEI	<u>816/1949</u>	1949	2
LEI	<u>861/1949</u>	1949	3
LEI	<u>1.530/1951</u>	1951	4
LEI	<u>1.540/1952</u>	1952	1
LEI	<u>1.667/1952</u>	1952	1
LEI	<u>1.723/1952</u>	1952	1
LEI	<u>1.999/1953</u>	1953	1
LEI	<u>2.196/1954</u>	1954	1
LEI	<u>2.244/1954</u>	1954	18
LEI	<u>2.275/1954</u>	1954	1
LEI	<u>2.693/1955</u>	1955	5
LEI	<u>2.802/1956</u>	1956	1
LEI	<u>2.872/1956</u>	1956	2
LEI	<u>2.924/1956</u>	1956	1
LEI	<u>3.022/1956</u>	1956	1
LEI	<u>3.165/1957</u>	1957	1
LEI	<u>3.265/1957</u>	1957	1
LEI	<u>3.440/1958</u>	1958	1
LEI	<u>3.488/1958</u>	1958	1
LEI	<u>3.970/1961</u>	1961	1
LEI	<u>4.072/1962</u>	1962	1
LEI	<u>4.140/1962</u>	1962	2
LEI	<u>4.589/1964</u>	1964	7
LEI	<u>4.654/1965</u>	1965	2
LEI	<u>4.668/1965</u>	1965	1
LEI	<u>4.824/1965</u>	1965	1
LEI	<u>4.825/1965</u>	1965	1
DEL	<u>3/1966</u>	1966	3
DEL	<u>75/1966</u>	1966	1
DEL	<u>229/1967</u>	1967	190
LEI	<u>5.381/1968</u>	1968	1
LEI	<u>5.431/1968</u>	1968	1
LEI	<u>5.442/1968</u>	1968	20
LEI	<u>5.562/1968</u>	1968	3
DEL	<u>1.031/1969</u>	1969	1
DEL	<u>424/1969</u>	1969	2
DEL	<u>506/1969</u>	1969	1
DEL	<u>507/1969</u>	1969	1
DEL	<u>744/1969</u>	1969	1
DEL	<u>754/1969</u>	1969	1
DEL	<u>757/1969</u>	1969	1

DEL	<u>766/1969</u>	1969	1
DEL	<u>771/1969</u>	1969	2
DEL	<u>915/1969</u>	1969	1
DEL	<u>925/1969</u>	1969	19
DEL	<u>926/1969</u>	1969	16
DEL	<u>972/1969</u>	1969	2
LEI	<u>5.584/1970</u>	1970	3
LEI	<u>5.657/1971</u>	1971	1
LEI	<u>5.673/1971</u>	1971	1
LEI	<u>5.683/1971</u>	1971	1
LEI	<u>5.686/1971</u>	1971	4
LEI	<u>5.798/1972</u>	1972	1
LEI	<u>5.801/1972</u>	1972	2
LEI	<u>5.819/1972</u>	1972	1
LEI	<u>5.839/1972</u>	1972	1
LEI	<u>5.911/1973</u>	1973	1
LEI	<u>6.086/1974</u>	1974	1
LEI	<u>6.087/1974</u>	1974	1
LEI	<u>6.090/1974</u>	1974	1
LEI	<u>6.128/1974</u>	1974	1
LEI	<u>6.181/1974</u>	1974	1
LEI	<u>6.200/1975</u>	1975	1
LEI	<u>6.203/1975</u>	1975	4
LEI	<u>6.204/1975</u>	1975	1
LEI	<u>6.211/1975</u>	1975	1
LEI	<u>6.289/1975</u>	1975	1
LEI	<u>6.320/1976</u>	1976	1
LEI	<u>6.386/1976</u>	1976	18
DEL	<u>1.535/1977</u>	1977	4
LEI	<u>6.449/1977</u>	1977	1
LEI	<u>6.514/1977</u>	1977	50

LEI	<u>6.533/1978</u>	1978	3
LEI	<u>6.598/1978</u>	1978	1
LEI	<u>6.637/1979</u>	1979	1
LEI	<u>6.651/1979</u>	1979	1
LEI	<u>6.667/1979</u>	1979	1
LEI	<u>7.033/1982</u>	1982	5
LEI	<u>7.047/1982</u>	1982	1
LEI	<u>7.093/1983</u>	1983	1
LEI	<u>7.108/1983</u>	1983	1
LEI	<u>7.121/1983</u>	1983	1
LEI	<u>7.189/1984</u>	1984	1
LEI	<u>7.223/1984</u>	1984	1
LEI	<u>7.305/1985</u>	1985	1
LEI	<u>7.313/1985</u>	1985	1
LEI	<u>7.351/1985</u>	1985	1
LEI	<u>7.414/1985</u>	1985	1
LEI	<u>7.430/1985</u>	1985	1
LEI	<u>7.449/1985</u>	1985	1
LEI	<u>7.494/1986</u>	1986	1
LEI	<u>7.520/1986</u>	1986	1
LEI	<u>7.543/1986</u>	1986	1
LEI	<u>7.701/1988</u>	1988	1
LEI	<u>7.855/1989</u>	1989	25
MP	190/1990	1990	1
LEI	<u>8.260/1991</u>	1991	1
LEI	<u>8.432/1992</u>	1992	4
LEI	<u>8.630/1993</u>	1993	3
LEI	<u>8.638/1993</u>	1993	1
LEI	<u>8.726/1993</u>	1993	1
LEI	<u>8.860/1994</u>	1994	1
LEI	<u>8.865/1994</u>	1994	1

LEI	<u>8.921/1994</u>	1994	1
LEI	<u>8.923/1994</u>	1994	1
LEI	<u>8.949/1994</u>	1994	1
LEI	<u>8.966/1994</u>	1994	1
LEI	<u>9.013/1995</u>	1995	1
LEI	<u>9.016/1995</u>	1995	1
LEI	<u>9.022/1995</u>	1995	3
LEI	<u>9.270/1996</u>	1996	1
LEI	<u>9.471/1997</u>	1997	1
LEI	<u>9.528/1997</u>	1997	4
LEI	<u>9.601/1998</u>	1998	1
LEI	<u>9.658/1998</u>	1998	1
LEI	<u>9.756/1998</u>	1998	2
MP	<u>1.709/1998</u>	1998	1
MP	1.709-1/1998	1998	4
MP	<u>1.726/1998</u>	1998	1
MP	<u>1.779-05/1998</u>	1998	5
LEI	<u>9.799/1999</u>	1999	5
LEI	<u>9.842/1999</u>	1999	3
LEI	<u>9.851/1999</u>	1999	1
LEI	<u>9.853/1999</u>	1999	1
MP	<u>1.879-17/1998</u>	1999	9
LEI	<u>10.035/2000</u>	2000	9
LEI	<u>10.097/2000</u>	2000	12
LEI	<u>9.957/2000</u>	2000	12
LEI	<u>9.958/2000</u>	2000	10
MP	1984-16/2000	2000	1
LEI	<u>10.218/2001</u>	2001	1
LEI	<u>10.243/2001</u>	2001	2
LEI	<u>10.244/2001</u>	2001	1
LEI	<u>10.270/2001</u>	2001	1

LEI	<u>10.272/2001</u>	2001	1
LEI	<u>10.288/2001</u>	2001	2
MPV	<u>2.226/2001</u>	2001	1
LEI	<u>10.421/2002</u>	2002	2
LEI	<u>10.537/2002</u>	2002	6
LEI	<u>11.180/2005</u>	2005	2
LCP	<u>123/2006</u>	2006	1
LEI	<u>11.295/2006</u>	2006	1
LEI	<u>11.304/2006</u>	2006	1
LEI	<u>11.457/2007</u>	2007	4
LEI	<u>11.495/2007</u>	2007	1
LEI	<u>11.496/2007</u>	2007	1
LEI	<u>11.644/2008</u>	2008	1
LEI	<u>11.648/2008</u>	2008	6
LEI	<u>11.788/2008</u>	2008	1
LEI	<u>11.925/2009</u>	2009	2
LEI	<u>12.010/2009</u>	2009	1
LEI	<u>12.275/2010</u>	2010	2
LEI	<u>12.347/2010</u>	2010	1
LEI	<u>12.405/2011</u>	2011	1
LEI	<u>12.437/2011</u>	2011	1
LEI	<u>12.440/2011</u>	2011	1
LEI	<u>12.551/2011</u>	2011	1
LEI	<u>12.619/2012</u>	2012	9
LEI	<u>12.740/2012</u>	2012	1
LEI	<u>12.812/2013</u>	2013	1
LEI	<u>12.873/2013</u>	2013	3
LEI	<u>12.997/2014</u>	2014	1
LEI	<u>13.103/2015</u>	2015	9
LEI	<u>13.146/2015</u>	2015	2
LEI	<u>13.287/2016</u>	2016	1

LEI	13.415/2017	2017	1
LEI	13.419/2017	2017	1
LEI	13.420/2017	2017	3
LEI	13.467/2017	2017	112

LEI	13.545/2017	2017	2
MP	808/2017	2017	20
Total			936

Fonte: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas>

ANEXO II - Propostas da CNI acolhidas pela reforma trabalhista

Prop.	Tema	Natureza	Artigo da CLT
1	propõe a valorização e o fortalecimento da negociação coletiva.	Trabalhista	611-A, caput
2	propõe o maior espaço para a negociação individual das condições de trabalho de empregados que não sejam hipossuficientes.	Trabalhista	444
3	propõe explicitar a possibilidade de redução do intervalo intrajornada mediante negociação coletiva.	Trabalhista	611-A, III
4	propõe aumentar para até quatro anos o prazo de validade das convenções e acordos coletivos, mas explicitar que não há ultratividade e que as cláusulas convencionais não integram o contrato de trabalho.	Trabalhista	614
5	propõe que a jornada semanal de 44 horas possa ser distribuída em cinco dias de trabalho, mediante acordo de compensação de horas independentemente da ocorrência de horas extras.	Trabalhista	59-B
6	propõe o reconhecimento legal da jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso.	Trabalhista	59-A
7	propõe o reconhecimento legal da jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso.	Trabalhista	71
8	propõe que o banco de horas válido para todos os trabalhadores da empresa possa ser negociado com a categoria preponderante na empresa.	Trabalhista	x
9	propõe o afastamento de restrições sem base legal a acordos individuais de compensação, especialmente na modalidade “banco de horas”.	Trabalhista	59, §5º
10	propõe que o trabalho aos domingos e feriados seja estendido para todas as categorias, sem restrições, desde que se mantenha o direito a repouso semanal remunerado e às formas de pagamento contidos na legislação vigente.	Trabalhista	x

11	propõe a regulamentação do turno ininterrupto de revezamento, com permissão para o estabelecimento de condições de trabalho diversas por meio de negociação coletiva.	Trabalhista	611-A, I
12	propõe a modificação do sistema de cálculo da hora noturna e negociação coletiva para sua prorrogação.	Trabalhista	x
13	propõe a flexibilização do contrato em regime de tempo parcial.	Trabalhista	58-A
14	propõe que o deslocamento do trabalhador entre a portaria e o local de trabalho não seja considerado tempo à disposição do empregador.	Trabalhista	58, §2º
15	propõe o estabelecimento de requisitos e obrigações para a regulamentação de atividades profissionais.	Trabalhista	x
16	propõe a revogação do regime de sobreaviso.	Trabalhista	x
17	propõe a regulamentação da contratação de pessoas físicas, para prestação de serviço eventual, quando não existentes as características legais de vínculo empregatício.	Trabalhista	442-B
18	propõe as mudanças nos contratos de prazo determinado para que se permita que as empresas contratem diretamente trabalhadores temporários com diferenciação de benefícios.	Trabalhista	452-A
19	propõe a regulamentação para permitir a terceirização de qualquer atividade da empresa, desde que garantida a proteção do trabalhador.	Trabalhista	4º-A da Lei 6.019/74
22	propõe o reconhecimento dos sistemas de remuneração estratégica.	Trabalhista	461 e 611-A, V e VI
23	propõe o fracionamento da participação nos lucros e resultados (PLR) em até quatro parcelas anuais e melhorias no instrumento.	Trabalhista	611-A, XV
24	propõe a extinção do salário-mínimo regional e dos pisos salariais estaduais.	Trabalhista	84 e 86
28	propõe explicitar que a oferta, pela empresa, de transporte para os trabalhadores, não pressupõe a remuneração do tempo gasto no deslocamento como horas in itinere.	Trabalhista	58, §2º

29	propõe explicitar que a oferta, pela empresa, de transporte para os trabalhadores, não pressupõe a remuneração do tempo gasto no deslocamento como horas in itinere.	Trabalhista	384
32	propõe o estabelecimento de um prazo para que a gestante, cujo contrato foi rescindido, informe à empresa sobre a gravidez e seja reintegrada.	Trabalhista	x
48	propõe que se calculem a multa rescisória sobre o FGTS e o aviso prévio apenas sobre o período posterior à aposentadoria espontânea e não sobre todo o período do contrato de trabalho.	Trabalhista	x
50	propõe a explicitação do trabalho em ambiente artificialmente frio diverso de câmaras frigoríficas não enseja a pausa obrigatória do artigo 253 da CLT.	Trabalhista	x
51	propõe o fracionamento de férias em três períodos anuais para todos os empregados.	Trabalhista	134, §3º
52	propõe a dilatação de prazos para implantação das exigências da Norma Regulamentadora (NR) 12 e sua revisão técnica para padrões adequados de segurança, a serem exigidos em um prazo mais compatível com a substituição de máquinas e equipamentos.	Trabalhista	x
53	propõe o afastamento de restrições ao trabalho a céu aberto em virtude de distorções no método de avaliação do calor.	Trabalhista	x
54	propõe o estabelecimento de critérios legais objetivos e adequados para caracterizar o trabalho escravo.	Trabalhista	Portaria 1.128/17 (ADPF 489)
59	propõe a redução da alíquota do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) para micro e pequenas empresas (MPEs).	Trabalhista	x
60	propõe a revogação da indenização adicional equivalente a um salário mensal para o empregado dispensado no período de 30 dias que antecede a data de sua correção salarial.	Trabalhista	x
63	propõe o pagamento proporcional do adicional de periculosidade de acordo com o tempo de exposição ao risco.	Trabalhista	611-A, XII

64	propõe a eliminação do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) dos trabalhadores afastados para cumprir o serviço militar obrigatório.	Trabalhista	x
70	propõe que a carga horária de cursos de formação profissional que as empresas patrocinarem aos seus trabalhadores, em horário diverso ao contratual, não seja computada na jornada de trabalho para o efeito do pagamento de horas extraordinárias.	Trabalhista	x
75	propõe a redução de jornada com consequente redução de salário de modo a permitir ajustes em tempos de mudanças e dificuldades.	Trabalhista	611-A, I
76	propõe que as revisões de jurisprudência realizadas pelo TST em suas súmulas contenham sempre os efeitos modulares, não atingindo situações pretéritas.	Trabalhista	702, I, "f"
77	propõe que as súmulas editadas pelo TST possam ser questionadas no STF pelo controle concentrado da sua constitucionalidade, quando houver contrariedade às normas constitucionais.	Trabalhista	x
78	propõe o reconhecimento da rescisão por "culpa recíproca" fixada por negociação coletiva ou definida individualmente.	Trabalhista	484-A
79	propõe a simplificação dos procedimentos de homologação da rescisão contratual para empregados de micro e pequenas empresas e de profissionais de grau superior.	Trabalhista	477, §§1º, 3º e 7º
80	propõe a criação de um procedimento de jurisdição voluntária para a homologação de acordos trabalhistas, a partir de acordo firmado em sindicato certificado.	Trabalhista	855-B
81	propõe o resgate da obrigatoriedade de submissão de demandas trabalhistas às Comissões de Conciliação Prévia (CCPs).	Trabalhista	x
82	propõe a permissão expressa de utilização da arbitragem para resolução de conflitos, envolvendo profissionais que não são hipossuficientes.	Trabalhista	507-A
83	propõe o registro eletrônico de audiências trabalhistas.	Trabalhista	x

84	propõe a criação de um fundo para pagamento de todos os honorários periciais.	Trabalhista	790-B, §4º
85	propõe medidas para evitar que a penhora on-line em execuções trabalhistas exceda os valores devidos na ação.	Trabalhista	x
86	propõe, nas hipóteses de execuções provisórias de ações trabalhistas, que se priorize a penhora de bens para garantia da execução.	Trabalhista	882
87	propõe medidas para evitar o não comparecimento de reclamante em audiências trabalhistas.	Trabalhista	844, §2º
88	propõe a redução do depósito prévio para interposição de recursos perante a Justiça do Trabalho para micro e pequenas empresas.	Trabalhista	899, §9º
27	propõe que empregadores tenham a opção de efetuar contribuições à previdência privada apenas dos trabalhadores que ganham acima do teto do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), sem incidência de contribuição previdenciária.	Previdenciária	x
30	propõe a transferência para o INSS da responsabilidade pelo pagamento direto do salário maternidade às trabalhadoras de empresas optantes pelo Simples em licença-maternidade.	Previdenciária	x
31	propõe a isenção da contribuição previdenciária e a transferência dos pagamentos do FGTS, do proporcional de férias e dos demais encargos incidentes durante a licença-maternidade para o INSS.	Previdenciária	x
33	propõe explicitar a inexistência de estabilidade em contratos por prazo determinado e criar proteção previdenciária a esses trabalhadores e gestantes.	Previdenciária	x
34	propõe que o custo com o plano de saúde e a assistência médica oferecidos pela empresa ao trabalhador seja arcado integralmente pela seguridade social, no caso da aposentadoria por invalidez.	Previdenciária	x

37	propõe a revisão técnica do Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário (NTEP) para evitar caracterizações descabidas de afastamentos, como doenças ocupacionais, melhorando também os processos de perícia e os recursos dentro do INSS.	Previdenciária	x
38	propõe a criação de metodologia transparente e equilibrada para os Riscos Ambientais do Trabalho (RATs), capaz de estimular ações de prevenção em SST.	Previdenciária	x
39	propõe a transferência para a Previdência Social dos custos com afastamentos em razão de atestados médicos desde o primeiro dia.	Previdenciária	x
40	propõe que o INSS cumpra sua obrigação de promover a reabilitação profissional.	Previdenciária	x
55	propõe a mudança da base de cálculo da contribuição previdenciária patronal atualmente incidente sobre a folha de pagamento.	Previdenciária	x
57	propõe a retirada expressa da incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado.	Previdenciária	x
58	propõe a eliminação do recolhimento de contribuições previdenciárias ao INSS sobre os dias de afastamento por licença médica do trabalhador.	Previdenciária	x
61	propõe a exclusão dos adicionais de periculosidade e insalubridade da base de incidência de contribuições previdenciárias.	Previdenciária	x
20	propõe a racionalização e a explicitação das regras a serem seguidas por empresas nacionais que atuam e têm funcionários brasileiros no exterior.	Política pública	x
21	propõe a simplificação dos procedimentos de regularização de trabalhadores estrangeiros no Brasil.	Política pública	x
25	propõe a extensão do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) às empresas sob o regime tributário de lucro presumido e às empresas optantes pelo Simples Federal, bem como sua cumulatividade com outros programas ou incentivos.	Política pública	x

41	propõe as medidas de manutenção parcial do Benefício de Prestação Continuada (BPC) durante a permanência no emprego, visando estimular a inserção de pessoas com deficiência no mercado de trabalho.	Política pública	x
42	propõe a criação de um sistema de emprego para pessoas com deficiência no âmbito do Sistema Nacional de Emprego (Sine).	Política pública	x
43	propõe a desoneração do custo previdenciário na contratação de pessoas com deficiência.	Política pública	x
44	propõe a mudança dos critérios utilizados para identificar as deficiências aceitas para o cumprimento das cotas.	Política pública	x
45	propõe a exclusão das atividades que demandam aptidão física, auditiva, visual ou mental plena da base de cálculo das cotas de contratação de pessoas com deficiência.	Política pública	x
46	propõe a flexibilização da obrigatoriedade de cumprimento das cotas de contratação de pessoas com deficiência nos casos de restrições de locomoção e acesso dos trabalhadores.	Política pública	x
47	propõe a criação de incentivos fiscais e financeiros para que as empresas possam adaptar suas estruturas físicas para pessoas com deficiência.	Política pública	x
49	propõe as medidas para incentivar a contratação e a recuperação de infratores e reduzir a reincidência criminal.	Política pública	x
56	propõe a extinção da multa adicional de 10% sobre o FGTS nos casos de demissão sem justa causa.	Política pública	x
62	propõe a criação de seguro obrigatório em substituição ao pagamento de adicional de periculosidade, que seria extinto gradualmente.	Política pública	x
65	propõe a desoneração do custo previdenciário de aprendizes empregados por empresas.	Política pública	x
66	propõe a adoção de metodologia e atualização da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) para o cálculo adequado da cota de aprendizes.	Política pública	x

67	propõe a redução de encargos, por prazo determinado, para as empresas que oferecerem a primeira oportunidade de emprego ao profissional.	Política pública	x
68	propõe a redução de encargos, por prazo determinado, para a contratação de profissionais recém-formados.	Política pública	x
69	propõe a isenção de encargos previdenciários para bolsas de estudos concedidas por empresas.	Política pública	x
71	propõe a vinculação de uma parte das receitas do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) à qualificação profissional e à bolsa qualificação.	Política pública	x
72	propõe a revisão dos mecanismos de concessão do seguro-desemprego, de modo a condicionar o acesso à qualificação e ao atendimento do trabalhador às possibilidades de emprego, com proibição de trabalhar informalmente.	Política pública	x
73	propõe a criação de um fundo antidesemprego, com recursos do FAT, utilizado especialmente em contexto de crise.	Política pública	x
74	propõe medidas de estímulo aos investimentos privados em formação profissional.	Política pública	x
26	propõe a instituição de procedimento de notificação prévia às empresas que eventualmente descumpram aspectos ligados ao Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), concedendo prazo para regularização.	Administrativa	x
35	propõe a implantação de sistema eletrônico pelo INSS, com uso de certificação digital, para emissão de atestados médicos.	Administrativa	x
36	propõe a fixação de um prazo para revisão, pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), de laudo referente a trabalhadores liberados para retorno ao trabalho que não obtiveram alta pelo médico da empresa.	Administrativa	x
89	propõe a criação de cartilha de direitos e deveres das empresas para servir como guia no atendimento das inspeções do trabalho realizadas pela fiscalização.	Administrativa	x

90	propõe a ampliação do prazo para apresentação de defesa e recursos administrativos, bem como recolhimento das multas administrativas impostas pelo MTE.	Administrativa	x
91	propõe a criação de um conselho tripartite para analisar e julgar defesas e recursos oriundos de autos de infração lavrados pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).	Administrativa	x
92	propõe a instituição de sistema eletrônico para que empresas e o próprio MTE possam acompanhar os procedimentos de inspeção do trabalho.	Administrativa	x
93	propõe alteração nos procedimentos para determinar que as fiscalizações do trabalho sejam acompanhadas pelo empregador ou seu preposto designado.	Administrativa	x
94	propõe a extensão do princípio da dupla visita da fiscalização do trabalho.	Administrativa	x
95	propõe que durante o prazo concedido ao empregador para a adequação das suas atividades à legislação vigente, a partir da celebração de um termo de compromisso, suspenda a aplicação de outras penalidades pelos demais órgãos fiscalizadores.	Administrativa	x
96	propõe a possibilidade de obtenção da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) mesmo não atendendo a cláusulas do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).	Administrativa	x
97	propõe a prorrogação do prazo para que as empresas devolvam as Carteiras de Trabalho e Previdência Social aos trabalhadores para 10 dias úteis.	Administrativa	x
98	propõe a revogação ou a suspensão da obrigatoriedade de adoção do Registrador Eletrônico de Ponto (REP)	Administrativa	x
99	propõe que as empresas possam efetuar o pagamento do vale-transporte diretamente ao trabalhador em dinheiro.	Administrativa	x
100	propõe que o INSS forneça acesso dos trabalhadores às informações detalhadas referentes a recolhimentos efetuados em seu nome pela empresa.	Administrativa	x

101	propõe o registro eletrônico centralizado de informações funcionais em substituição à carteira em meio físico.	Administrativa	x
-----	--	----------------	---

Fonte:CNI, 2012.

CONTRATO DO TRABALHADOR AUTÔNOMO

Leone Pereira da Silva Junior¹
Mariana Dias da Costa do Amaral²

Trabalho subordinado e trabalho autônomo

Em oposição ao trabalho subordinado, caracterizado pela relação de emprego, existe o chamado trabalho autônomo, que também se trata de uma espécie do gênero relação de trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento (2014) descreve o trabalho subordinado como aquele no qual o trabalhador (ou empregado) “voluntariamente transfere a terceiro definir o modo como o trabalho lhe será prestado, competindo ao favorecido a direção, o poder de organização, o poder de controle e o poder disciplinar na relação jurídica na forma do ordenamento jurídico³.”

-
- 1 Sócio, Advogado, Consultor e Parecerista Trabalhista do Escritório PMR Advogados. Pós-Doutorando pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre pela PUC/SP. Especialista pela Universidade Cândido Mendes (RJ). Professor de Direito do Trabalho, de Direito Processual do Trabalho e Prática Trabalhista. Autor de Obras e Artigos Jurídicos. Palestrante. Membro Efetivo de Comissões da OAB/SP. Coordenador da Área Trabalhista e Professor do Damásio Educacional.
 - 2 Advogada Trabalhista do Escritório PMR Advogados. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pelo Damásio Educacional. Professora Assistente de Direito do Trabalho no curso preparatório para OAB do Damásio Educacional.
 - 3 NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.586.

A seu turno, o trabalho autônomo caracteriza-se, principalmente, por ser a modalidade de relação de trabalho em que não há subordinação jurídica entre o trabalhador e o tomador de serviços na direção da atividade a ser desenvolvida. Assim, o trabalhador autônomo não tem como diploma de direito material a Consolidação das Leis do Trabalho, de modo que o Código Civil vigente (artigos 593 a 609) e a legislação esparsa são responsáveis por reger a relação jurídica em questão.

Porém, é importante esclarecer que, por se tratar de uma das modalidades de relação de trabalho, a Justiça competente para o trabalhador autônomo reclamar seus direitos é a do Trabalho.

Sustenta Renta Orsi Bulgueroni:

Certamente, não se justifica proteger trabalhador que, em função de sua autonomia, dispõe de elevado poder de negociação em face do empregador, por vezes até mesmo substituindo-o na organização da atividade empresarial; ao contrário, é lógico e necessário tutelar trabalhador que tem maior dificuldade de impor sua vontade diante do empregador e, por tal razão, está mais suscetível a eventuais abusos por este cometidos⁴.

Segundo Nelson Mannrich, o trabalhador autônomo é aquele que,

Habitualmente e por conta própria e mediante remuneração, exerce atividade econômica de forma independente, mediante estrutura empresarial própria, ainda que modesta". O mesmo autor ainda aponta as características do trabalhador

4 BULGUERONI, Renata Orsi. **Trabalho autônomo dependente**: experiências italiana e espanhola e a realidade brasileira. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p.28.

em comento: “pessoalidade; autonomia; exercício de atividade econômica; habitualidade; estrutura empresarial; independência, ainda que relativa, tanto do ponto de vista econômico, quanto técnico⁵.”

Alice Monteiro de Barros, por sua vez, define o trabalhador autônomo como aquele prestador de serviços que é “patrão de si mesmo”, não se submetendo aos comandos do empregador e, dessa forma, “não está inserido no círculo diretivo e disciplinar da uma organização empresarial”. Para ela, por este trabalhador conservar a sua liberdade de iniciativa, ele deve suportar os riscos advindos se sua atividade. Além disso, explica que não será amparado pelas regras trabalhistas por lhe faltar o requisito da subordinação⁶.

No entender de Amauri Cesar Alves, o “trabalho autônomo é aquele desenvolvido pelo prestador, em benefício de um contratante, sem que se estabeleça entre os envolvidos subordinação jurídica”, de forma que, em regra, ele não está inserido dentre as atividades-fim da empresa contratante⁷.

Segundo o supramencionado autor, podem revelar autonomia: a elaboração do trabalho sem maiores fiscalizações e cobranças, a independência do trabalhador em relação ao modo de desenvolver o laboro, a ausência de chefias e fiscalizações, bem como a assunção dos riscos da atividade econômica⁸.

5 MANNRICH, Nelson. **Autonomia, subordinação e parassubordinação**: os diversos níveis de proteção do trabalhador e do teletrabalhador. Disponível em <http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/nelson_manrich.pdf>. Acesso em: 10/02/2018. p.2.

6 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 173.

7 ALVES, Amauri Cesar. **Novo contrato de emprego**: parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2004. p.75.

8 Idem. p. 76.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia, citando Amauri Mascaro Nascimento, esclarece que o trabalhador autônomo é aquele que “não transfere para terceiro o poder de organização de sua atividade⁹.”

O trabalhador autônomo se obriga a alcançar determinado resultando com seu trabalho, enquanto o tomador dos serviços deve conferir instruções de cunho geral em relação às características da obra ou serviços, mas sem poder dar ordens, recaindo, conseqüentemente, todo o risco do empreendimento sobre o autônomo¹⁰.

Importante mencionar que, conforme Amauri Mascaro Nascimento:

O que se vê é uma crescente massa de pessoas com diversas qualificações profissionais fora da profissão escolhida e que não conseguiram emprego. Recorrem, nesse caso, a uma atividade por conta própria. Procuram outros meios de subsistência além dos empregos assalariados.

(...)Amplia-se, portanto, a participação do autônomo no mercado de trabalho como agente da economia, o que aumenta a importância da análise jurídica dessas relações de trabalho¹¹.

9 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 264. apudGARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p.293.

10 STEPHAN, Cláudia Coutinho; SOUZA, Tatiana S. de. **O trabalhador economicamente dependente**: uma realidade Jurídica no Ordenamento Jurídico Espanhol. LTr Legislação do Trabalho – Suplemento Trabalhista 059/11, São Paulo, ano 47, p. 293-298, Jan-Dez. 2011. p. 295.

11 NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...** Obra citada. p.1.076, 1.077.

Ressalta-se, ainda, que, na maioria das vezes, o prestador de serviços se compromete a realizar o serviço de forma pessoal, porém nada impede que o trabalhador seja eventualmente substituído ou receba o auxílio de uma outra pessoa, na falta de convenção ou vedação legal.

Pode-se concluir, portanto, que “o trabalhador autônomo prescinde da figura do empregador para sua existência como profissional. Já ao empregado é imprescindível a figura do empregador, sem o que deixa de existir a subordinação¹²”.

Isto quer dizer, a distinção básica entre o trabalho autônomo e o subordinado reside justamente na presença ou não do pressuposto subordinação. O primeiro é aquele que “conserva o poder de direção sobre a própria atividade, autodisciplinando-a segundo seus critérios pessoais e conveniências particulares”. O segundo, por sua vez, “aliena o poder de direção sobre a própria atividade, transferindo-o volitivamente a terceiros em troca de um salário¹³.”

Nessa esteira, Adriano Jannuzzi Moreira argumenta que a importância na diferenciação entre os dois trabalhadores em análise está na condição de hipossuficiência carregada por um deles. Para ele, o empregado não contém diversas “prerrogativas, liberdades ou vantagens” desfrutadas pelo autônomo. Enquanto este conta com o chamado poder negocial, podendo negociar em patamar de igualdade com o tomador de seus

12 MANAUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do Trabalho. São Paulo: Atlas, 2001. p.71. apudSILVA, Otávio Pinto e. Trabalho Autônomo e Trabalho Parassubordinado. **Suplemento Especial “O Trabalho”**, Curitiba, n.142, p.4.765-4.772, Dez. 2008. p.4.767.

13 SILVA, Otávio Pinto e. **Trabalho Autônomo e Trabalho Parassubordinado...** *Obra citada.* p. 4.767.

serviços, o trabalhador subordinado é hipossuficiente em relação àquele com quem contrata¹⁴.

Outrossim, Maurício Godinho Delgado ensina:

Fundamentalmente, trabalho autônomo é aquele que se realiza sem subordinação do trabalhador ao tomador dos serviços. Autonomia é conceito antitético ao de subordinação. Enquanto esta traduz a circunstância juridicamente assentada de que o trabalhador acolhe a direção empresarial no tocante ao modo de concretização cotidiana de seus serviços, a autonomia traduz a noção de que o próprio prestador é que estabelece e concretiza, cotidianamente, a forma de realização dos serviços que pactuou prestar. Na subordinação, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços transfere-se ao tomador; na autonomia, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços preserva-se com o prestador de trabalho¹⁵.

Frise-se que Cláudio Victor de Castro Freitas traz à tona um costumeiro problema que a Justiça do Trabalho enfrenta no que se refere aos chamados “falsos autônomos”, ou seja, aqueles que, de acordo com os seus contratos, são caracterizados como trabalhadores autônomos, mas, na realidade, prestam seus serviços como verdadeiros empregados.

14 MOREIRA, Adriano Jannuzzi. Pejotização e Parassubordinação– O Direito do Trabalho Frente a esta Nova Realidade e os Passivos Trabalhistas, Previdenciários pela Caracterização da Relação de Emprego. **LTr Legislação do Trabalho** – Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v. 77, n. 01, p. 55-66, Jan. 2013. p. 58.

15 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 336.

O que se deve preponderar é o princípio da primazia da realidade, ou seja, “deve-se ter em mente que o contrato de emprego é um contrato-realidade, partindo-se para a apuração da verdade dos fatos, independentemente da formalidade aparentemente demonstrar ser outra¹⁶”.

Insta consignar que o artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho trata da nulidade de pleno direito dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação das leis trabalhistas, devendo ser aplicado quando se verificar a máscara da autonomia em trabalhadores que, na verdade, são subordinados e fazem jus a todos os direitos e garantias previstos nas normas juslaborais.

Acontece que, em decorrência da modernização das relações de trabalho, do mercado e da economia, a summa divisio existente entre o trabalho autônomo e o trabalho subordinado torna-se complicada e nebulosa.

Isso se dá porque as novas formas de prestação do trabalho mais flexíveis fazem com que os antigos paradigmas e definições sejam insatisfatórios para solucionar conflitos cada vez mais constantes. “É que o trabalho pode não ser totalmente subordinado ou autônomo. Há relações em que a ‘moldura’ construída pela doutrina torna-se insuficiente para abarcar novos tipos de trabalho¹⁷.”

16 FREITAS, Cláudio Victor de Castro. **A parassubordinação, o contrato de trabalho a projeto e o direito brasileiro**: uma análise das novas relações de trabalho sob uma ótica globalizada. LTr Legislação do Trabalho – Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v. 73, n. 10, p. 1.240-1.258, Out. 2009. p. 1.247.

17 ALVES, Amauri Cesar. **Novo Contrato de Emprego...** Obra citada. p.76-77.

Pessoa jurídica (pejotização).

Para a configuração do vínculo empregatício, deve-se respeitar a realidade dos fatos, observando-se o princípio da primazia da realidade, sendo necessária a verificação de cinco pressupostos cumulativos: pessoa física, pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação.

Do primeiro elemento mencionado surgiu o fenômeno da pejotização, que se caracteriza pela contratação de um trabalhador, na condição de pessoa jurídica, para prestação de serviço intelectual.

Tal instituto tornou-se uma prática viável, tendo em vista o disposto no artigo 129 da Lei nº 11.196/2005:

Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

O empresário exige a criação de uma pessoa jurídica com o objetivo de descaracterizar a relação de emprego, afastando o requisito da pessoa física e, conseqüentemente, a aplicação da legislação trabalhista.

Ou seja, os trabalhadores contratados sob a forma de pessoa jurídica, deixam de contar com certas garantias, como salário mínimo, férias, gratificações natalinas, segurança e medicina do trabalho, limitação da jornada de trabalho, etc.

Isso se deu em decorrência do desenvolvimento tecnológico e da globalização, já que a nova dinâmica das empresas passou a ser a intensa busca pela obtenção de lucros em detrimento do pagamento de salários e seus encargos.

A pejotização surgiu exatamente com o objetivo de reduzir os custos trabalhistas.

Ocorre que, prevalece o entendimento de que tal fenômeno constitui fraude à legislação trabalhista, devendo o Juiz do Trabalho configurar o vínculo empregatício, desde que presentes todos os requisitos mencionados. Não se pode esquecer, neste contexto, como anteriormente mencionado, do artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho¹⁸, que trata da nulidade de pleno direito.

Vide decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região sobre o tema:

CONTRATO POR MEIO DE PESSOA JURÍDICA ('PEJOTIZAÇÃO'). Provada nos autos a prestação de serviços de forma habitual, onerosa, com pessoalidade e subordinação é de se declarar a fraude para se reconhecer o vínculo empregatício, inobstante a formal contratação entre pessoas jurídicas.

(TRT da 2ª Região, Processo nº 1001571-26.2016.5.02.0073, 14ª Turma, Desembargador Relator: Francisco Ferreira Jorge Neto, julgado em: 31/10/2017).

PEJOTIZAÇÃO'. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR INTERMÉDIO DE PESSOA JURÍDICA COMO CONDIÇÃO PARA A ADMISSÃO. INVALIDADE. ARTIGO 9º, DA CLT. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO

18 "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação."

EMPREGATÍCIO. O sistema jurídico pátrio considera nulo o fenômeno hodiernamente denominado de 'pejotização', neologismo pelo qual se define a hipótese em que o empregador, para se furtar ao cumprimento da legislação trabalhista, obriga o trabalhador a constituir pessoa jurídica, dando roupagem de relação interempresarial a um típico contrato de trabalho o que exige o reconhecimento do vínculo de emprego. (TRT da 2ª Região, Processo nº 1002334-76.2016.5.02.0089, 4ª Turma, Desembargadora Relatora: Ivani Contini Bramante, julgado em: 15/08/2017).

'Pejotização'. Fraude. Vínculo de emprego reconhecido. A ré admitiu a prestação de serviços, embora de modo autônomo, atraindo para si o ônus probatório (art. 818 da CLT e art. 373, II do novo CPC), do qual não se desincumbiu. Não há qualquer prova de inexistência de personalidade, subordinação, não eventualidade e onerosidade, motivo pelo qual restou demonstrada a prática fraudulenta da ré de exigência de formalização de contrato de prestação de serviços através de pessoa jurídica como condição para contratação. Por conseguinte, trata-se o caso em tela de verdadeiro contrato individual de trabalho, com as particularidades de uma típica relação empregatícia, nos moldes do art. 3º da CLT. (TRT da 2ª Região, Processo nº 1000726-66.2016.5.02.0049, Gabinete da Vice-Presidência Judicial, Desembargador Relator: Valdir Florindo, julgado em: 26/04/2017).

Fraude na contratação. 'Pejotização' e intermediação. Reconhecimento do vínculo de emprego. Comprovada a fraude na contratação do trabalhador, por meio de pessoa jurídica e com a intermediação de outra

empresa, para a prestação de serviços com pessoalidade e subordinação direta em favor da tomadora, é devido o reconhecimento do vínculo de emprego com esta. Aplicação dos artigos 3º e 9º da CLT. (TRT da 2ª Região, Processo nº 1000735-72.2015.5.02.0466, 6ª Turma, Desembargador Relator: Antero Arantes Martins, julgado em: 23/02/2017).

Importante lembrar que, no ano de 2004, com a chamada “Reforma do Judiciário”, implementada pela Emenda Constitucional 45, houve significativa ampliação da competência material da Justiça do Trabalho, inclusive para julgar as ações decorrentes das relações de trabalho. Nesse sentido, o artigo 114, incisos I e IX, da Constituição Federal passou a dispor: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, (...); (...); IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei;”

Logo, tanto as ações de reconhecimento de vínculo de emprego, alegando-se pejetização fraudulenta com base no princípio da primazia da realidade, quanto as ações cujo objeto é a ventilação de eventuais direitos trabalhistas envolvendo uma pejetização lícita, são inexoravelmente de competência material da Justiça do Trabalho.

Por derradeiro, poderíamos chegar à falsa conclusão de que, caso a pejetização fosse considerada lícita, teríamos duas pessoas jurídicas em lados opostos na relação de trabalho, bem como, em consequência, a incompetência material da Justiça do Laboral.

Não obstante, esse raciocínio não merece prosperar, por ser a Justiça do Trabalho a mais preparada para lidar com essas relações jurídicas, respeitando-se as demais Justiças que desenvolvem a prestação jurisdicional da forma mais célere, justa e efetiva possível.

Com o devido respeito aos entendimentos em sentido contrário, defendemos a proteção temperada, mitigada ou relativizada do trabalhador que constitui pessoa jurídica para prestar seus serviços, devendo-se criar a “Lei do Trabalhador Pejotizado” ou a “Lei da Pejotização”.

É evidente que a proibição total da utilização da pejotização é uma saída possível, mas resultará em aumento considerável do trabalho informal, que já apresenta números alarmantes. Por outro lado, caso realizada a positivação sugerida, verificar-se-á o aumento do trabalho regular, com proteção trabalhista mitigada do Direito do Trabalho e maior fiscalização trabalhista, previdenciária e tributária.

Reforma trabalhista (lei 13.467, De 13 de julho de 2017)

É cediço que o Direito do Trabalho objetiva abrandar a hipossuficiência que carrega o empregado, fazendo-o por meio de normas autônomas ou heterônomas, que, além de regular as relações de emprego, garantem um patamar mínimo de direitos que devem ser observados pelo empregador no decorrer do contrato de trabalho firmado com o trabalhador¹⁹.

Contudo, verificam-se discussões acerca da insuficiência do conceito de subordinação, tido como critério essencial para aplicação da tutela trabalhista, e, também, da necessidade de seu alargamento.

Isto porque, a cada dia, diante das modificações ocorridas no mercado, surgem novas espécies de contratação pessoal, que não se encaixam no conceito de subordinação jurídica.

No que se refere à tutela conferida às novas modalidades de relações de trabalho, a legislação trabalhista brasileira se

19 MOREIRA, Adriano Jannuzzi. **Pejotização e parassubordinação...** Obra citada. p. 58.

mostra insuficiente, uma vez que não estende sua proteção às referidas prestações de serviços.

É evidente que as regras celetistas, elaboradas nos anos 40, já não mais atendem a todos os setores da economia, estando inadequadas frente a todo desenvolvimento sofrido pelo mercado de trabalho, em especial após a Terceira Revolução Industrial e a globalização.

Lembramos, por importante, que a primeira Constituição a tratar de Direito do Trabalho foi a de 1934, que assegurava a liberdade sindical, salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, proteção do trabalho das mulheres e menores, repouso semanal, dentre outros.

A partir daí, surgiram diversas leis esparsas, que, em 1943, durante a fase intervencionista do Estado Novo e a égide da Constituição Federal de 1937, foram consolidadas de forma coordenada em um texto único, configurando a conhecida Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto Lei 5.452, de 1º de maio de 1943).

De fato, no Brasil, verificamos a necessidade da revisão do conceito de subordinação jurídica e da ampliação da tutela trabalhista àqueles que verdadeiramente necessitam de proteção, para que o Direito do Trabalho se modernize, continue a perseguir o objetivo para o qual foi criado e confira efetividade a suas normas, princípios e institutos.

Sobre o tema, Nelson Mannrich corretamente discorre:

A própria CLT, em parte, se encarregou de expulsar milhões de trabalhadores da formalidade. A burocracia excessiva dificulta a contratação formal de empregados. O empregador mais recorrente é o micro e pequeno empresário, em torno de 93% dos empregadores. Além desses trabalhadores com baixa qualificação, há outros para os quais não há espaço no conceito tradicional

de 'subordinação', como ocorre com certos trabalhadores intelectuais ou novos trabalhadores em sintonia com as novas tecnologias da informação e comunicação. Pouco sobrou do tipo de trabalhador da fase inicial de consolidação do Direito do Trabalho²⁰.

Assim, há anos está clara a necessidade de uma mudança de paradigmas, para que este ramo jurídico específico passe a valorizar tanto a relação de emprego, quanto as relações de trabalho em geral.

Diante de todo este cenário, em 23 de dezembro de 2016, o Presidente da República, Michel Temer, apresentou projeto de lei na Câmara dos Deputados (6787/2016), no qual constavam significativas mudanças nas regras constantes na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Dentre os argumentos favoráveis à esta reforma estavam: valorização da negociação direta entre empregados e empregadores, para melhor adaptação do contrato às necessidades das partes; legislação mais clara e simplificada, para evitar a continuidade nas interpretações subjetivas das leis trabalhistas; retomada da economia; e flexibilização das regras celetistas, para gerar empregos e, conseqüentemente, reduzir a taxa de desemprego.

Por outro lado, a reforma foi muito criticada, principalmente pelas entidades sindicais ligadas aos trabalhadores, que afirmavam que as alterações na CLT ocasionariam uma precarização das condições de trabalho e perda dos direitos conquistados depois de anos de luta.

Mesmo assim, após a devida tramitação, no ano de 2017, em 11 de novembro, entrou em vigor a chamada Reforma

20 AGUIAR, ANTÔNIO CARLOS (Coord.). **Reforma Trabalhista – Aspectos Jurídicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 244.

Trabalhista (Lei 13.467, de 13 de julho de 2017), que traz profundas mudanças no ordenamento jurídico trabalhista.

A referida Lei alterou, incluiu e revogou mais de cem dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, objetivando modificar, de forma substancial, as relações estabelecidas no mercado de trabalho brasileiro.

Evidentemente, em razão da evolução da tecnologia, do desenvolvimento dos meios de comunicação, das novas necessidades do mercado, das novas oportunidades de emprego, das novas modalidades de prestação de serviços e de trabalhadores mais qualificados, a legislação trabalhista (de 1943) não se mostra mais adequada para abranger todas estas transformações.

Por isso, a tendência da Reforma foi flexibilizar a legislação trabalhista, amenizando o rigor das normas estatais protetivas cogentes, para adequá-las à realidade da sociedade atual.

A concepção flexibilizatória do Direito do Trabalho se estrutura na ideia de que o excesso de intervencionismo do estado nas relações de trabalho, também sob a forma de burocracias desnecessárias, pode comprometer o necessário desenvolvimento econômico (NELSON MANNRICH)²¹.

Dentre as inúmeras alterações, uma das mais significativas e que mais atraiu a atenção tanto de empregados, quanto de empregadores, foi em relação ao trabalhador autônomo.

O artigo 442-B, incluído pela Reforma, previa o seguinte: “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de

21 AGUIAR, ANTÔNIO CARLOS (Coord.). **Reforma Trabalhista...** Obra citada. p. 242-243.

forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.”

Certamente, a redação do dispositivo acima causou grande controvérsia entre a doutrina. Vejamos.

Segundo entendimento de Vólia Bomfim Cassar e Leonardo Dias Borges:

Autônomo é a pessoa física que trabalha habitualmente explorando seu ofício ou profissão por sua conta e risco. Normalmente tem clientela diversificada, mas não obsta que trabalhe para um único tomador, apesar de incomum. Sua liberdade e autonomia o diferenciam do empregado, que é subordinado. Além disso, o empregado não sofre os riscos do seu trabalho, e o autônomo sim. Desta forma, o verdadeiro autônomo não é empregado.

Logo, a regra contida no art. 442-B da CLT não modifica os requisitos para caracterização de um trabalhador como autônomo ou como empregado. Nem seria crível que um mero contrato poderia modificar a realidade.

Desta forma, a regra em estudo só deve ser aplicada para as situações localizadas na zona fronteira ou cinzenta, isto é, naqueles casos em que o trabalhador tem características de empregado e de autônomo, gerando reais dúvidas acerca do seu enquadramento legal. Assim, se um trabalhador tem contrato de representação comercial com uma empresa, inscrição no CORE (Conselho Regional) e apresenta características de um representante comercial, com apenas uma característica de empregado, como uma leve subordinação, o exegeta deve prestigiar a formalidade, o

contrato, a intenção das partes. Esta deve ser a interpretação do art. 442-B da CLT²².

Por sua vez, Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima explicaram:

Esse artigo objetiva esvaziar a pretensão dos trabalhadores que assinam contrato de trabalho autônomo e depois reivindicam os benefícios do vínculo emprego. Essa prática é comum entre representantes comerciais, dentre outras categorias.

Mas não tem jeito. A relação de emprego define-se pelos fatos que configuram as suas características: pessoalidade da prestação do serviço, não eventualidade, subordinação hierárquica ao empregador e remuneração, conforme art. 3º da CLT, não revogado. É contrato-realidade. Estando presentes esses elementos, todo estrito em contrário não tem eficácia, por força do art. 9º da CLT, segundo o qual 'Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação'.

Além disso, contra a forma falsa opera o princípio da primazia da realidade, segundo o qual, havendo discrepância entre a forma e os fatos, prevalecem estes.

Por fim, nenhum ato, seja de que origem for, ficará isento de apreciação pelo Poder Judiciário, conforme inciso XXXV da art. 5º da Constituição Federal, cláusula pétrea (§ 4º do art. 60, CF), que somente por outra Constituinte poderá ser revogado.

22 CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 43-44.

Concluindo, na prática, o dito do art. 442-B não terá eficácia alguma²³.

No mesmo sentido, aduz Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

Observados esses aspectos, o art. 442-B da CLT, acrescentado pela Lei 13.467/2017, dispõe que a contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

O princípio da primazia da realidade, inerente ao Direito do Trabalho, indica que, na relação de emprego, deve prevalecer a efetiva realidade dos fatos, e não a forma construída em desacordo com a verdade.

Em razão disso, na avaliação de certo documento pertinente à relação de emprego, deve-se verificar se ele corresponde ao ocorrido no plano dos fatos, pois deve prevalecer a verdade real.

Quando se discute se determinada relação de trabalho é um vínculo de emprego, nem sempre a roupagem atribuída à contratação corresponde à realidade.

Aliás, pode ocorrer que mesmo no ajuste de vontades, pertinente à prestação do trabalho, as partes indiquem não se tratar de relação de emprego.

Desse modo, deve prevalecer o reconhecimento do vínculo empregatício caso presentes os seus requisitos, quais seja, pessoa física,

23 LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista**: entenda ponto a ponto. São Paulo: LTr, 2017. p. 57-58.

pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade (arts. 2º e 3º da CLT).

A exclusividade na prestação do serviço não é requisito para a existência da relação de emprego.

Uma vez presente a relação de emprego segundo a realidade dos fatos, a qual é garantida na esfera constitucional (art. 7º da Constituição da República), esta deve ser assim reconhecida.

Desse modo, o art. 442-B da CLT, deve ser interpretado em conformidade com a Constituição, no sentido de que se o trabalhador foi efetivamente contratado como autônomo, com a observância das exigências legais, prestando serviços sem subordinação jurídica, não será empregado, uma vez que ausente o exercício do poder de direção pelo tomador.

Essa ausência da relação de emprego, a qual deve ser analisada em cada caso concreto, não se altera em razão da presença ou ausência de exclusividade e de continuidade, pois o trabalho é prestado de forma autônoma.

(...)

Como se pode notar, apesar da necessidade de se observar os requisitos formais do contrato de associação específico (entre o corretor de imóveis e a imobiliária), no Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da primazia da realidade. Com isso, uma vez presentes os elementos da relação de emprego, com destaque à subordinação, esta deve ser reconhecida, nos termos dos arts. 9º e 444 da CLT²⁴.

24 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma Trabalhista**: análise crítica da Lei 13.467/2017. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017. p. 127-129.

De fato, causa estranheza que a CLT, diploma dirigido à proteção daqueles que se encontram em uma relação de emprego, trate do trabalhador autônomo. Deste modo, entendemos justificável o desenvolvimento dos raciocínios acima esposados.

Todavia, com o devido respeito aos entendimentos em sentido contrário, consideramos que o artigo 442-B, com a sua redação original, poderia representar uma importante ferramenta para flexibilizar a relação subordinada tradicional e afastar o vínculo empregatício.

Como já explicado, a chamada pejetização, criada com o intuito de afastar a aplicação da legislação juslaboral, bem como de reduzir os custos trabalhistas, sempre foi entendida como fraude pelos Tribunais Trabalhistas.

Isto quer dizer, a pejetização, situação na qual há a criação de uma pessoa jurídica para prestação dos serviços, desde o início, foi uma tentativa fracassada de mascarar a relação de emprego.

No entanto, não se pode olvidar que, em grande parte das situações, o próprio trabalhador opta por prestar seus serviços como uma pessoa jurídica, uma vez que seus encargos também são reduzidos, não havendo qualquer exigência por parte do empresário.

Diante disso, entendemos que o artigo 442-B foi criado exatamente para estas circunstâncias.

O intuito foi desenvolver um instituto devidamente previsto em lei, ou seja, que afastaria a possibilidade de configuração de fraude (como no caso da pejetização), e que representaria uma ferramenta mais agressiva e eficaz para afastar o vínculo empregatício, caso houvesse interesse de ambas as partes.

De acordo com o dispositivo, cumpridas as formalidades legais, havendo ou não exclusividade e estando flexibilizados os requisitos da habitualidade e da subordinação, bastaria haver a celebração do contrato de trabalhador autônomo para que

a qualidade de empregado prevista no artigo 3º da CLT fosse automaticamente afastada.

Divergindo da maior parte da doutrina, entendemos que o artigo em comento representou importante inovação e seguiu a tendência da Reforma de valorizar a flexibilização nas normas trabalhista, adequando-as à atual realidade do mercado.

Ou seja, não vislumbramos que, como no caso da pejotização, o contrato do trabalhador autônomo seria considerado, de plano, uma fraude, bastando aplicar o princípio da primazia da realidade e verificar a existência dos cinco pressupostos para caracterização do vínculo. Se assim o fosse, de nada adiantaria elaborar o artigo 442-B da CLT.

É importante destacar que cada dispositivo da Reforma foi formulado por um motivo e com um objetivo. Assim, resta claro que o normativo em análise não foi desenvolvido para ser ineficaz.

Mesmo assim, não podemos deixar de mencionar que, de fato, o artigo traz uma redação dúbia, mas esta circunstância possibilitaria à jurisprudência analisar, interpretar e construir um entendimento sobre a questão, o qual não necessariamente iria no sentido de considerar o contrato do trabalhador autônomo uma fraude, tendo em vista essa tendência flexível e moderna que se pretende adotar para adequar às normas trabalhistas aos novos trabalhadores e relações firmadas.

Na prática, o advogado que atua na área trabalhista, constantemente, se depara com clientes empresários que não têm condições de suportar os altos encargos trabalhistas, contratam somente trabalhadores sob a máscara da pejotização e vivem assombrados pela possibilidade do reconhecimento do vínculo empregatício perante a Justiça do Trabalho.

Lembrando, mais uma vez, que em inúmeras situações, os próprios trabalhadores optam por prestar seus serviços por meio de uma pessoa jurídica, para emitir notas fiscais.

Nestes casos, é evidente que as empresas adquirem um passivo trabalhista inestimável.

Sem dúvidas, na tentativa de resolver este cotidiano impasse, seria muito interessante estudar e desenvolver um modelo de contrato, totalmente atual, que integrasse e atendesse interesses de empresários e trabalhadores, mas que, ao mesmo tempo, afastasse o conceito clássico de vínculo empregatício.

Porém, como se verá adiante, sequer houve esta oportunidade, já que, apenas três dias após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, o artigo em debate foi substancialmente alterado pela Medida Provisória 808, de 14 de novembro de 2017.

Medida provisória 808, de 14 de novembro de 2017

Após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, foi editada a Medida Provisória 808, de 14 de novembro de 2017, com o objetivo de ajustar alguns pontos da chamada Reforma Trabalhista.

Novamente, entre as questões consideradas polêmicas e de grande repercussão, está o trabalhador autônomo.

O discutido artigo 442-B da CLT, foi significativamente alterado, passando a dispor:

Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

§ 1º. É vedada a celebração de cláusula de exclusividade no contrato previsto no caput.

§ 2º. Não caracteriza a qualidade de empregado prevista no art. 3º o fato de o autônomo prestar serviços a apenas um tomador de serviços.

§ 3º. O autônomo poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços que exerçam ou não a mesma atividade econômica, sob qualquer modalidade de contrato de trabalho, inclusive como autônomo.

§ 4º. Fica garantida ao autônomo a possibilidade de recusa de realizar atividade demandada pelo contratante, garantida a aplicação de cláusula de penalidade prevista em contrato.

§ 5º. Motoristas, representantes comerciais, corretores de imóveis, parceiros, e trabalhadores de outras categorias profissionais reguladas por leis específicas relacionadas a atividades compatíveis com o contrato autônomo, desde que cumpridos os requisitos do caput, não possuirão a qualidade de empregado prevista o art. 3º.

§ 6º. Presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício.

§ 7º. O disposto no caput se aplica ao autônomo, ainda que exerça atividade relacionada ao negócio da empresa contratante.

A primeira grande alteração que se observa diz respeito à proibição da inclusão da cláusula de exclusividade no contrato de prestação de serviços, uma vez que, na redação anterior, continha a expressão “com ou sem exclusividade” (parágrafo 1º).

Ao mesmo tempo, não há a caracterização da qualidade de empregado, se o autônomo optar por prestar seus serviços a apenas um tomador (parágrafo 2º).

Ademais, o trabalhador autônomo poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços que exerçam ou não a mesma atividade econômica, sob qualquer modalidade de contrato de trabalho, inclusive como autônomo (parágrafo 3º).

Sobre o parágrafo 4º, comentou Homero Batista Mateus da Silva:

d) autônomo pode recusar serviços, demandas, tarefas ou projetos novos; isso é claro e está por trás da essência de ser autônomo em comparação com os empregados subordinados; se a própria lei tem de dizer isso, estamos mal; mas, novamente, uma frase genérica garantindo o direito de recusa é apenas uma gota no oceano de detalhes, indícios e nuances que ocorrem no cotidiano das relações de trabalho; em outras palavras, pode ter havido uma recusa (justificada ou injustificada) e a relação de emprego se concretizar assim como podemos ter exemplos de pessoas que nunca recusaram serviço e nem por isso se formou o vínculo de emprego²⁵.

O parágrafo 5º do artigo 442-B da CLT esclarece que os trabalhadores de categorias profissionais reguladas por leis específicas (tais como, motoristas, representantes comerciais, corretores de imóveis, parceiros, dentre outros), cuja atividade é compatível com o contrato autônomo, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos no caput, não possuirão a qualidade de empregado.

Outra relevante alteração está relacionada ao parágrafo 6º do dispositivo em comento, que, novamente, trazendo à tona a valorização do conceito de subordinação, determina que o vínculo empregatício será reconhecido se presente a subordinação jurídica.

25 SILVA, Homero Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.74.

Isto quer dizer, nesta hipótese, não há necessidade da cumulação dos cinco elementos caracterizadores relação de emprego, para que ela assim seja reconhecida, bastando a comprovação da existência do requisito da subordinação jurídica, para afastar o contrato do trabalhador autônomo e configurar o vínculo empregatício.

Finalmente, o dispositivo prevê que, ainda que o autônomo exerça atividade relacionada ao negócio da empresa contratante, o constante no caput lhe será aplicado (parágrafo 7º).

O que se verifica, do acima analisado, é que, após a alteração trazida pela Medida Provisória 808/2017, o autônomo continua a ser o autônomo de antes da Reforma.

Expliquemos.

A nova redação dada ao artigo 442-B da CLT trouxe a regulamentação do que já existia antes de toda a discussão acerca da Reforma Trabalhista, ou seja, apenas houve a positivação do entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência.

Muitos autores entenderam que a o artigo 442-B da CLT, com sua redação original, não teria qualquer eficácia, uma vez que, pelo princípio da primazia da realidade e por força do artigo 9º da CLT, configurados os elementos da relação de emprego, esta seria reconhecida, afastando-se automaticamente o contrato do trabalhador autônomo.

Contudo, com o devido respeito, entendemos que a mudança prevista na Medida Provisória 808/2017 é que torna o dispositivo ineficaz e inócuo.

Isto porque, como mencionado, a primeira redação possibilitava a construção de um entendimento jurisprudencial diferenciado sobre o tema. Por outro lado, após a alteração, observa-se que o legislador optou por regulamentar entendimento já pacífico.

De início, este normativo tinha o verdadeiro intuito de inovar e flexibilizar, trazendo uma ferramenta mais agressiva para

afastar o vínculo. No entanto, esta sequer teve a oportunidade de ser colocada em prática.

Com sua redação atual, o artigo 442-B da CLT destoa de toda a Reforma Trabalhista, já que a MP 808/2017, na contra-mão da tendência de flexibilizar e adequar as regras trabalhistas às novas necessidades do mercado de trabalho, trouxe uma regulamentação protetiva, que volta a valorizar a subordinação.

Elemento este que se enfraqueceu com todas as mudanças ocorridas a partir das décadas de 80/90 e que passou (e vem passando) por um importante processo de revisão.

O empresário, que, muitas vezes, não tem outra opção senão a contratação de pessoas jurídicas (pejotização), não teve a solução adequada a seu problema, ou seja, o dispositivo em análise, não cumpriu a finalidade empresarial para a qual foi criado.

O advogado trabalhista, que por três dias teve a esperança de poder apresentar a seus clientes empresários uma nova modalidade de contratação, devidamente prevista em lei e que não caracterizaria vínculo empregatício, não pode mais ofertar este contrato como uma alternativa à pejotização.

Neste momento, a solução será apresentar às empresas, que não tem condições de arcar com os altos encargos trabalhista, as formas alternativas de contratação trazidas pela Reforma Trabalhista e mantidas pela Medida Provisória, como é o caso do trabalho a tempo parcial e do trabalho intermitente. Ressaltando que feridos contratos são apenas alternativas, mas não são capazes de afastar o vínculo empregatício como se pretendia, de início, com o contrato do trabalhador autônomo.

Referências

AGUIAR, ANTÔNIO CARLOS (Coord.). **Reforma Trabalhista – Aspectos Jurídicos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

ALVES, Amauri Cesar. Novo contrato de emprego: parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2004.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BULGUERONI, Renata Orsi. **Trabalho autônomo dependente: experiências italiana e espanhola e a realidade brasileira**. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

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**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

FREITAS, Cláudio Victor de Castro. A parassubordinação, o contrato de trabalho a projeto e o direito brasileiro: uma análise das novas relações de trabalho sob uma ótica globalizada. **LTr Legislação do Trabalho** – Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v. 73, n. 10, p. 1.240-1.258, Out. 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma Trabalhista: análise crítica da Lei 13.467/2017**. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017.

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

MANNRICH, Nelson. **Autonomia, Subordinação e Parassubordinação: os diversos níveis de proteção do trabalhador**

e do teletrabalhador. Disponível em: <http://www.mackenzie.com.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/nelson_manrich.pdf>. Acesso em: 10/02/2018.

MOREIRA, Adriano Jannuzzi. Pejotização e Parassubordinação – O Direito do Trabalho Frente a esta Nova Realidade e os Passivos Trabalhistas, Previdenciários pela Caracterização da Relação de Emprego. **LTr Legislação do Trabalho** – Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, São Paulo, v. 77, n. 1, p. 55-66, Jan. 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

STEPHAN, Cláudia Coutinho; SOUZA, Tatiana S. de. O Trabalhador Economicamente Dependente: uma realidade jurídica no ordenamento jurídico espanhol. **LTr Legislação do Trabalho – Suplemento Trabalhista 059/11**, São Paulo, ano 47, p. 293-298, Jan-Dez. 2011.

O TRABALHO A TEMPO PARCIAL SOB A PERSPECTIVA DA REFORMA TRABALHISTA: AVANÇO OU RETROCESSO?

Lilian Kátiusca Melo Nogueira¹

Considerações iniciais

Diante do mar de turbulências econômicas e políticas que, ciclicamente, assolam o país, testemunhou-se, em 2017, um dos momentos mais marcantes da história do Direito do Trabalho brasileiro, a Reforma Trabalhista, que tem como referência legislativa central a Lei 13.467/2017.

Sob o argumento (talvez falacioso ou, até mesmo, fantasioso) de que, por meio da Reforma, ter-se-ia a geração de emprego, reestruturação econômica e adequação do Direito do Trabalho ao contexto verdadeiramente brasileiro (já que a CLT, em 1943, fora pensada com base em legislações estrangeiras, com destaque à inglesa e italiana), teve-se a promulgação precipitada da Lei 13.467, objeto de posterior e imediata alteração pela MP 808/2017, aumentando, ainda mais, o ambiente de insegurança e insatisfação daqueles que são, de fato, os principais destinatários das regras: os trabalhadores.

1 Graduada em Direito pela PUC-Minas e em Letras pela UFMG. Mestre em Direito Material e Processual do Trabalho pela UFMG. Professora dos programas de graduação e pós-graduação do Centro Universitário Unihorizontes; professora do programa de pós-graduação da UNIGRAD (BA); Professora do Curso Ênfase. Professora da EBRADI. Colunista do blog jurídico JOTA. Advogada.

Foram vários os institutos alterados, tais como os requisitos necessários para reconhecimento do grupo econômico, inserção no texto da CLT da figura do sócio retirante, horas *in itinere*, sistema de compensação de jornada, férias, regimes de 12x36, contrato intermitente, extinção do contrato por acordo, exercício de atividades insalubres para gestante e lactante, negociado prevalecendo sobre o legislado, considerando o rol de direitos do novo art. 611-A, da CLT, entre outros. Destaca-se, especialmente, o trabalho a tempo parcial, cujas regras foram alteradas de maneira bastante expressiva e, por isso, constitui o objeto central de análise deste texto.

Para que se faça uma abordagem mais pontual e crítica do tema, torna-se necessária a compreensão dos conceitos de flexibilização e desregulamentação trabalhistas e, na sequência, compreensão das regras referentes à composição da jornada de trabalho – critérios geral e especiais.

Em seguida, serão estudados duas jornadas especiais: turnos ininterruptos de revezamento, sobre os quais não houve alterações provenientes da Reforma, e o trabalho a tempo parcial, analisado antes e após a promulgação da Lei 13.467/2017.

Após, a análise crítica do trabalho a tempo parcial, com o intuito de demonstrar a (in)compatibilidade com a base protetiva inerente ao Direito do Trabalho.

Reforma trabalhista: flexibilização ou desregulamentação?

O neoliberalismo não tem sido bem compreendido e, não raro, está servindo de pretexto a fórmulas regressivas delegislação social (Mozart Victor Russomano).

Para fins de acompanhar o dinamismo das relações que regulamenta, o Direito do Trabalho sofre constantes processos

de adaptação de forma a garantir a máxima eficácia e abrangência do conjunto de regras que o compõem. São, pois, processos denominados flexibilização trabalhista, cuja proposta é estimular a maleabilidade jurídica associada à base principiológica que a fundamenta.

Tal processo pode ocorrer mediante alterações legislativas, jurisprudenciais, negociações coletivas e, inclusive, mediante intervenções doutrinárias que se esforçam no sentido de alterar e adaptar conceitos que favoreçam o equilíbrio do sistema normativo brasileiro.

No Brasil, a flexibilização das normas trabalhistas é medida corriqueira desde o seu efetivo nascimento – 1943, com a CLT, uma vez que houve, na implementação do Direito do Trabalho, um atropelo bastante significativo em sua construção, pois não houve um processo de amadurecimento necessário à formação de regras condizentes com o real cenário trabalhista brasileiro.

Assim, trata-se de uma área do Direito que, embora dotada de autonomia, depende de constantes intervenções e esforços doutrinários, legislativos e jurisprudenciais para que se preserve a sua essência e seus valores, essenciais à proteção do trabalho como direito social, nos termos do art. 6º da CR/88, à medida que se alteram as relações abrangidas por ela.

Vale destacar que nos processos de flexibilização trabalhista, preserva-se a base de proteção mínima assegurada pela CR/88, ou seja, a intervenção do Estado se faz presente na medida em que devem ser respeitadas as normas de caráter imperativo, tidas como base de sustentação para as adaptações jurídicas provenientes dos mais variados processos.

Já a desregulamentação trabalhista é conhecida como o total distanciamento do Estado como garantidor de condições básicas de proteção à parte hipossuficiente. Não existiriam parâmetros legais ou constitucionais de limitação do exercício

da autonomia das partes, cabendo-lhes definirem regras próprias sem limites mínimo e máximo legalmente definidos.

No percurso de formação, aplicação e adaptação do Direito do Trabalho, considerando, especialmente, a promulgação da Lei 13.467/2017, percebe-se que foram e são processos, em grande medida, de flexibilização trabalhista, já que os direitos básicos definidos no art. 7º da CR/88 ainda devem ser preservados e servem de diretrizes mínimas para o exercício da autonomia individual e coletiva.

Porém, pensando-se na tendência desconstrutivista do que se chama de “patamar civilizatório mínimo do Direito do Trabalho”, é possível afirmar que são processos preponderantemente flexibilizantes direcionados a uma verdadeira desregulamentação mediante o próprio incentivo, dado pelo legislador, no sentido de que o negociado prevalecerá sobre o legislado². Há, pois, um grave risco de se ter, no Direito do Trabalho brasileiro contemporâneo, uma flexibilização às avessas que contrarie a própria base protetiva inerente ao Direito do Trabalho, dotando-lhe de economicidade incondizente com sua verdadeira função, qual seja: o necessário equilíbrio entre capital e trabalho.

Sobre os possíveis caminhos de um processo de flexibilização desenfreada em um contexto neoliberal, merecem destaque as palavras de Mozart Victor Russomano:

É dentro dessa concepção básica que consideramos o neoliberalismo uma bela mas perigosa aventura ideológica deste final do século XX, que, inclusive, no plano de nossas preocupações, levou à ideia de flexibilização

2 Art. 611-A, da CLT, *caput*.

das normas legais trabalhistas e hoje tende à sua desregulamentação³.

Inegável e assustadora, quando se depara com o grande poder negocial atribuído aos sindicatos, dos quais muitos se mostram desestruturados e enfraquecidos enquanto entidades representativas de categorias, a regra que determina a prevalência do negociado sobre o legislado. À primeira vista, afirma-se que se tem, nitidamente, a tendência à desregulamentação trabalhista. Segundo RUSSOMANO,

A tendência, cada vez mais ostensiva e extensa, a se estimular a negociação coletiva, dispensando, no que concerne a detalhes, as leis do Estado, sob o sopro forte das ideias neoliberais, transforma-se, porém, em uma tentativa perigosa de desarticulação do Direito do Trabalho, como ele é compreendido até agora⁴.

Os desafios são, diante deste cenário, latentes. Por esta razão, devem-se voltar os olhos para o necessário resgate da essência do trabalho enquanto direito social e, sobretudo, enquanto instrumento (re)construtor de identidade social.

Diante da atual espiral de mudanças na qual se insere o sistema juslaboral, destacam-se as regras referentes à jornada, especialmente o trabalho a tempo parcial como hipótese excepcional à regra constitucional, estudado nos capítulos que seguem.

3 RUSSOMANO, Mozart Victor. p.28.

4 Idem. Ibidem. p.28.

Jornada de trabalho: regras de composição e jornadas especiais

Regra geral de composição

A doutrina trabalhista apresenta dois critérios de composição da jornada, para fins de identificar a observância dos parâmetros constitucionais de duração diária e semanal⁵: tempo à disposição do empregador e tempo efetivamente trabalhado. O legislador celetista definiu como regra geral para cômputo das horas integrantes da jornada o tempo à disposição do empregador. Ou seja: a duração diária de trabalho do empregado é identificada pelo tempo que o empregado permanece executando atividades ou, simplesmente, aguardando ordens do empregador.

Em detrimento da abrangência da regra, a prática, aos olhos do empregador, era bastante complicada, pois o empregado conseguia demonstrar judicialmente que estava na empresa, durante seu horário de almoço, à disposição da empresa, embora estivesse ali executando atividades particulares (descanso, uso de redes sociais, executando atividades não associadas ao trabalho, dentre outras situações). O simples fato de permanecer na empresa poderia ser suficiente para caracterizar tempo à disposição e contabilizar as horas na jornada, havendo incidência, inclusive, do adicional de horas extras.

Para fins de se evitar práticas abusivas por parte dos empregados diante de um critério mais flexível adotado pela CLT, o legislador reformista manteve a redação do *caput* do art. 4º, da

5 Art. 7º, CR/88 (...)

XIII – Jornada de 08 horas e duração semanal de 44 horas, salvo sistema de compensação previsto em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

CLT. Porém, inseriu os parágrafos 1º e 2º ao artigo, definindo um rol de circunstâncias associadas à permanência do empregado no ambiente de trabalho sem que este tempo seja considerado como à disposição do empregador.

Portanto, tem-se que tanto antes quanto após a Reforma Trabalhista, o critério “tempo à disposição do empregador” é considerado para identificar a jornada de trabalho do empregado. Porém, a Lei 13.467/2017 ressaltou que, embora seja este o critério adotado, é necessário identificar por qual razão o empregado permanece no espaço empresarial. Isso porque se tal permanência ocorrer para atendimento a interesses particulares, não poderá ser considerado como integrante da duração diária de seu trabalho.

A partir da leitura do parágrafo segundo e dos seus incisos, são consideradas circunstâncias de permanência na empresa sem a contagem do tempo como parte da jornada:

- quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas;
- adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:
 - práticas religiosas;
 - descanso;
 - lazer;
 - estudo;
 - alimentação;
 - atividades de relacionamento social;
 - higiene pessoal;
 - troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.

Importante lembrar que a permanência do empregado na empresa, sob a justificativa de estar ele exercendo atividades

particulares ou atendendo a interesses particulares (proteção pessoal e em face de condições climáticas) é excludente relativa de não incidência de horas extras, caso ultrapasse a duração diária normal contratualmente definida. Significa dizer que a simples alegação não é suficiente para afastar o direito constitucional ao adicional de horas extras; a circunstância deve ser provada.

Ainda em relação ao art. 4º, da CLT, merece destaque o parágrafo 1º: os períodos em que o empregado estiver prestando serviço militar e o afastamento por motivo de acidente do trabalho (licenças médicas maiores que 15 dias – 16º dia em diante – suspensão do contrato de emprego) serão considerados como tempo de serviço para efeito de indenização e estabilidade. São, pois, hipóteses de suspensão atenuada do contrato de trabalho; não há recebimento de salário, não há prestação de serviços como empregado, porém, o período será considerado para efeitos indenizatórios e estabilizatórios.

Com relação à Súmula 366⁶, do TST, a nova redação do art. 4º, da CLT, especificamente o parágrafo segundo, tornou-se prejudicada, pois caso o empregado permaneça na empresa após o encerramento do horário normal de trabalho, para troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa, este período não será considerado como parte da jornada mesmo que ultrapasse aos parâmetros

6 Súmula 366, TST. CARTÃO DE PONTO. REGISTRO. HORAS EXTRAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO (nova redação) - Res. 197/2015 - DEJT divulgado em 14, 15 e 18.05.2015 Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal, pois configurado tempo à disposição do empregador, não importando as atividades desenvolvidas pelo empregado ao longo do tempo residual (troca de uniforme, lanche, higiene pessoal, etc).

do tempo residual (variações de, no máximo, 05 minutos por registro e, no máximo, 10 minutos diários).

Critérios especiais

Além do critério geral de composição da jornada – tempo à disposição do empregador -, merecem destaque outros dois critérios de composição, estudados nos itens a seguir.

Tempo residual

O art. 58, *caput*, da CLT, traz em seu texto a regra geral de limitação da duração diária de trabalho como sendo de, no máximo, 08 horas, desde que não tenha sido fixado outro limite. Ao definir o parâmetro de 08 horas, foi mantida a correspondência entre a regra geral da CLT com a regra geral determinada na CR/88, segundo a qual a duração semanal será de, no máximo, 44 horas, e a diária de, no máximo, 08 horas.

O *caput* do art. 58, da CLT, foi mantido pelo legislador reformista, tendo como regra básica a jornada máxima de 08 horas, salvo situações em que tenha sido fixado outro limite.

Assim como foi mantido o *caput*, do art. 58, da CLT, foi mantida, integralmente, a regra do parágrafo 1º, do mesmo artigo, em relação ao tempo residual. Portanto, as pequenas variações no registro de ponto do empregado não serão consideradas para fins de incidência de adicional de horas extras ou para pagamento de salário do empregado. São consideradas como pequenas variações no registro de ponto as diferenças que não ultrapassem a 05 minutos por registro, desde que o somatório não ultrapasse a 10 minutos diários.

Horas *in itinere*

Já em relação às horas *in itinere*, ou tempo de descolamento, houve uma grande mudança implementada pela Lei 13.467/2017. Antes da Reforma Trabalhista, o tempo gasto no deslocamento residência – trabalho – residência era considerado como integrante da jornada desde que presentes os seguintes requisitos, de forma cumulativa:

- transporte fornecido pelo empregador;
- local de difícil acesso;
- local não servido por transporte público.

O art. 58, parágrafo 2º, da CLT, era interpretado conjuntamente com as Súmulas 90 e 320, ambas do TST, segundo as quais:

a insuficiência do transporte público não era critério para caracterização das horas itinerantes;

a incompatibilidade de horários entre o transporte público e início da jornada de trabalho do empregado era critério de caracterização das horas itinerantes;

era possível caracterizar horas *in itinere* em apenas parte do percurso;

o fato de o empregador cobrar parte das despesas não descaracterizava as horas itinerantes.

Porém, o art. 58, parágrafo 2º, sofreu grande mudança com a Reforma Trabalhista, e passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 58 (...)

§ 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação

do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

Com a nova regra, as horas itinerantes ou o tempo de deslocamento, independentemente de o transporte ser ou não servido pelo empregador, não integrarão a jornada de trabalho. Portanto, pós Reforma, o tempo de deslocamento não integrará a jornada de trabalho do empregado, mesmo estando presentes todos os requisitos antes exigidos conforme redação do art. 58, parágrafo 2º, pré-Reforma.

Portanto, as Súmulas 90 e 320, do TST, restaram inteiramente prejudicadas com a nova redação do art. 58, da CLT.

Também restou prejudicada a Súmula 429, do TST, segundo a qual “Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários”. Isso porque, de acordo com a nova redação do art. 58, parágrafo segundo, o tempo de deslocamento do empregado, caminhando ou por qualquer outro meio de transporte, desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para seu retorno, não será computado na jornada. E, neste trajeto, está incluído o percurso que vai desde a portaria até o efetivo local de trabalho.

Nesta nova regra, é plenamente possível afirmar que o tempo gasto pelo empregado entre a portaria e o local de trabalho não será tempo à disposição do empregador, mesmo que ultrapasse a 10 minutos diários. De fato, pela interpretação do texto do novo parágrafo segundo, do art. 58, da CLT, por ter este acobertado a ressalva da Súmula 429, do TST, faz com que esta fique inteiramente prejudicada.

Ainda sobre o art. 58, da CLT, para microempresas e empresas de pequeno porte, a CLT trazia regra especial segundo a qual poderia haver, em instrumento coletivo, o tempo médio gasto no percurso residência – trabalho – residência, assim como seria definida, no mesmo instrumento, a forma e a natureza da remuneração relacionada a este tempo.

Porém, a alteração do parágrafo 2º, do mesmo artigo, no sentido de que não será mais possível a integração do tempo de deslocamento como parte da jornada, fez que com que o parágrafo 3º se tornasse vazio de sentido, motivo pelo qual foi revogado.

Jornadas especiais

Jornadas especiais de trabalho são aquelas que, em detrimento da própria lei, definem parâmetros de duração do trabalho distintos da regra geral definida no art. 7º, inciso XIII, da CR/88: 08 horas diárias e 44 horas semanais. Destacam-se os regimes de 12x36, tempo de prontidão, sobreaviso, turnos ininterruptos de revezamento e trabalho a tempo parcial, sendo os dois últimos estudados nos próximos itens.

Turnos Ininterruptos de Revezamento

Forma especial de organização do trabalho e do trabalhador marcada pela ininterruptariedade das atividades da empresa associada à alteração dos horários de trabalho dos empregados em escalas de revezamento. Trata-se de jornada especial em detrimento da definição, no texto constitucional, da jornada de, no máximo, 06 horas, salvo negociação coletiva (art. 7º, inciso XIV, da CR/88).

Se houver negociação coletiva autorizando o acréscimo de duas horas na jornada do turno ininterrupto, pelas 7ª e 8ª horas

não será devido o adicional de horas extras (Súmula 423⁷, do TST).

Trabalho a tempo parcial

Trabalho a tempo parcial, ao lado do turno ininterrupto de revezamento, é uma modalidade especial de duração do trabalho, pois há definição de duração semanal máxima sem vinculação à duração diária máxima – 08 horas – prevista no art. 7º, inciso XIII, da CR/88.

Antes da Reforma Trabalhista, o trabalho a tempo parcial era aquele cuja duração semanal máxima do trabalho era de 25 horas, não sendo permitidas a realização de horas suplementares/horas extras. Ainda, o salário pago era proporcional à jornada, tendo como parâmetros empregados que exerciam, na empresa, as mesmas funções em tempo integral.

Em relação às férias, aplicavam-se as seguintes particularidades:

- não podiam ser vendidas (abono pecuniário – venda de até 1/3);
- não podiam ser fracionadas;
- eram concedidas de acordo com o art. 130-A, da CLT.

Assim determinava o art. 130-A, da CLT:

Art. 130-A. Na modalidade do regime de tempo parcial, após cada período de doze

7 Súmula 423, TST. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. FIXAÇÃO DE JORNADA DE TRABALHO MEDIANTE NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 169 da SBDI-1) Res. 139/2006 – DJ 10, 11 e 13.10.2006)Estabelecida jornada superior a seis horas e limitada a oito horas por meio de regular negociação coletiva, os empregados submetidos a turnos ininterruptos de revezamento não têm direito ao pagamento da 7ª e 8ª horas como extras.

meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:

I - dezoito dias, para a duração do trabalho semanal superior a vinte e duas horas, até vinte e cinco horas

II - dezesseis dias, para a duração do trabalho semanal superior a vinte horas, até vinte e duas horas;

III - quatorze dias, para a duração do trabalho semanal superior a quinze horas, até vinte horas;

IV - doze dias, para a duração do trabalho semanal superior a dez horas, até quinze horas;

V - dez dias, para a duração do trabalho semanal superior a cinco horas, até dez horas;

VI - oito dias, para a duração do trabalho semanal igual ou inferior a cinco horas.

Parágrafo único. O empregado contratado sob o regime de tempo parcial que tiver mais de sete faltas injustificadas ao longo do período aquisitivo terá o seu período de férias reduzido à metade.

Pela regra do artigo supracitado, os dias de férias a serem concedidos ao empregado contratado na modalidade de trabalho a tempo parcial dependiam do número de horas trabalhadas por semana, e não do número de ausências injustificadas ocorridas no curso do período aquisitivo. Pela regra do parágrafo único, as ausências injustificadas afetavam o número de dias de férias apenas de superiores a 07. Se ultrapassado este limite, o período de férias seria reduzido pela metade.

Porém, com a Reforma Trabalhista, o trabalho a tempo parcial, regulamentado no artigo 58-A, da CLT, sofreu expressivas

alterações tanto em relação ao parâmetro de duração semanal quanto em relação às férias. Quanto à duração semanal, com a nova redação do *caput* do art. 58-A, da CLT, vigoram dois parâmetros:

- máximo 30 horas semanais, sem possibilidade de horas suplementares/horas extras;
- máximo 26 horas semanais, com a possibilidade de até 06 horas suplementares/extras por semana;
- no caso de prestação de serviços em caráter extraordinário (horas suplementares para quem for contratado para trabalhar até 26 horas semanais), será devido o adicional de, no mínimo, 50% do valor da hora normal de trabalho;
- com a possibilidade de prestação de serviços extraordinários (para quem for contratado para trabalhar até 26 horas semanais), tornou-se possível a adoção do sistema de compensação de jornada, desde que com a observância das regras definidas no art. 59, da CLT.

Em relação às férias, destacam-se as seguintes mudanças:

- possibilidade de venda de até 1/3 do período (abono pecuniário);
- podem ser fracionadas;
- serão concedidas de acordo com o art. 130, da CLT, uma vez que o art. 130-A foi revogado pela Lei 13.467/2017. O número de ausências injustificadas ocorridas no curso do período aquisitivo é requisito essencial para determinar o número de dias de férias a ser concedido ao empregado, e não mais o número de horas trabalhadas por semana. Assim determina o art. 130, da CLT, aplicado, pós-Reforma, também para os empregados contratados na modalidade de trabalho a tempo parcial:

- Art. 130 - Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:

I - 30 (trinta) dias corridos, quando não houver faltado ao serviço mais de 5 (cinco) vezes;

II - 24 (vinte e quatro) dias corridos, quando houver tido de 6 (seis) a 14 (quatorze) faltas;

III - 18 (dezoito) dias corridos, quando houver tido de 15 (quinze) a 23 (vinte e três) faltas;

IV - 12 (doze) dias corridos, quando houver tido de 24 (vinte e quatro) a 32 (trinta e duas) faltas.

§ 1º - É vedado descontar, do período de férias, as faltas do empregado ao serviço.

§ 2º - O período das férias será computado, para todos os efeitos, como tempo de serviço.

Reiterando: independentemente do número de horas trabalhadas por semana, se o empregado tiver até 05 ausências injustificadas no curso do período aquisitivo, serão garantidos a ele 30 dias corridos de férias, que podem ser fracionados, mediante acordo entre empregado e empregador, em até 03 períodos, um dos quais não poderá ser inferior a 14 dias corridos e os outros dois não poderão ser inferiores a 05 dias corridos cada um (art. 134, da CLT, pós-Reforma).

O trabalho a tempo parcial pós reforma trabalhista: análise crítica

O Direito do Trabalho foi construído e deve ser interpretado sob o viés da protetividade, de forma a resguardar a parte que, em um contexto de acentuado desemprego, tem reduzido

o seu potencial de negociar condições contratuais harmônicas e equilibradas.

Ao analisar as alterações feitas no instituto do trabalho a tempo parcial, percebem-se aspectos positivos e negativos. A padronização dos dias de férias a serem concedidos, em conformidade com a regra geral prevista no art. 130, da CLT, é, inegavelmente, uma alteração benéfica, pois houve um aumento considerável no parâmetro que, antes, estava condicionado ao número de horas trabalhadas por semana.

Consequentemente, serão aplicados os efeitos acessórios de fracionamento em até 03 períodos (dependendo do tipo de atividade exercida, o fracionamento pode não ser interessante ao trabalhador, sobretudo diante do direito à desconexão ao trabalho) e possibilidade de venda de até 1/3 do período (abono pecuniário).

Quanto à duração semanal, o legislador reformista perdeu a oportunidade de compatibilizar a regra ao parâmetro de duração diária definido na CR/88: máximo 08 horas. Em sentido contrário e fidedigno à essência flexibilizante e desconstrutivista do Direito do Trabalho, aumentou-se a possibilidade de explorar o trabalhador por, no máximo, 30 horas semanais (sem limitação de duração diária) ou, ainda, 26 horas semanais. Neste caso, serão permitidas até 06 horas suplementares por semana e, mais uma vez, sem limitação diária.

Ainda, uma vez possível a realização de horas suplementares, houve reconhecimento expresso da possibilidade de adoção do sistema de compensação de jornada, sendo este outro instituto bastante flexibilizado pela Reforma uma vez que poderá ser previsto em acordo individual – para compensação no prazo de, no máximo, 06 meses - ou, até mesmo, acordo tácito – para compensação dentro do mesmo mês⁸.

8 Sobre o tema, vide artigo 59, da CLT.

Ademais, o legislador perdeu a possibilidade de definir, em rol taxativo, categorias cuja própria natureza do trabalho se compatibiliza com o trabalho a tempo parcial. Desta forma, qualquer empregado poderá estar sujeito à esta modalidade especial de duração semanal do trabalho com jornadas extensas e exaustivas.

Por fim, outra oportunidade perdida foi a de definir critério especial de pagamento de salário, já que o empregado poderá trabalhar até 30 horas consecutivas (respeitados os intervalos intrajornada) sem que se tenha, em contrapartida, um benefício pecuniário pela extensão da jornada. Ao contrário, foi mantida a possibilidade de pagamento do valor do salário-mínimo hora.

Assim, considerando o Princípio da Proteção como pilar de sustentação do Direito do Trabalho, afirma-se que, de fato, a flexibilização trabalhista foi feita, especialmente em relação ao trabalho a tempo parcial, de forma a enfraquecer referido princípio. Portanto, tem-se, com a Reforma, um novo parâmetro especial de jornada de trabalho marcado por regras prejudiciais ao trabalhador (com exceção do instituto férias).

Espera-se que, na prática, sejam tomadas medidas pelos Órgãos competentes em matéria de fiscalização no trabalho no sentido de compatibilizá-lo à própria Constituição da República de 1988 e, dessa forma, promover o restabelecimento da base protetiva justralhista como mecanismo de promoção do trabalho enquanto valor de um Estado Democrático de Direito.

Considerações finais

Mudar é uma necessidade. E acredita-se que a escolha pela mudança é, inegavelmente, feita para que se construa algo melhor. Mas, para sua efetividade, é importante que ela tenha como ponto de partida um processo mais democrático de conscientização e amadurecimento, com a participação dos seus

destinatários diretos. Repetiu-se, em pleno século XXI, a falha de 1943, quando a CLT foi imposta sem que se tenha passado por um processo de amadurecimento e construção de regras que fossem, de fato, compatíveis com o mercado de trabalho brasileiro.

Já tendo sido promulgada a Lei 13.467/2017, não se devem medir esforços no sentido de interpretá-la nos moldes dos princípios especiais e constitucionais tão caros ao Direito do Trabalho, garantindo-lhe dinamismo e adequação às mais diversas estruturas de organização empresarial e forças de trabalho. Tornando-a compatível, ainda, à essência valorativa como trabalho como primado constitucional do Estado Democrático.

Ainda, e mais importante: deve-se lutar por condições plenas de dignidade da pessoa humana, e não condições mínimas. Sem trabalho em condições plenas de dignidade não há trabalhador que sobreviva; sem trabalhador não há consumo; sem consumo não há empresa. É neste círculo vicioso de relações mercadológicas e humanas que se insere o Direito do Trabalho, com tentativas incisivas, porém historicamente imaturas, de torná-lo, acima de tudo, virtuoso.

Há muito o que se pensar. E mais: há muito pelo que lutar. E a luta está apenas começando...

Referência

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NOVOS REQUISITOS RECURSAIS E A TRANSCENDÊNCIA DO RECURSO DE REVISTA

Lucas Oliveira dos Reis Souza¹

Introdução

A Lei 13.467 de 14 de julho de 2017 tramitou na câmara dos deputados sob o projeto 38 de 2017 passou pelo período de *vacatio legis* de 120 dias, período curto para alterações de proporções tão relevantes, tanto no que tange ao direito material, quanto no que tange ao direito processual do trabalho.

Dentre às tantas alterações legislativas da denominada reforma trabalhista, houve regulamentação e inovação quanto aos indicadores de transcendência do recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho – TST, sendo este considerado pré-condição de admissibilidade do aludido recurso.

1 Advogado, Professor Universitário, Palestrante e Coach. Conselheiro Fiscal do IAPE (Instituto dos Advogados Previdenciários de São Paulo). Membro da comissão especial de Direito Material do Trabalho da OAB seção São Paulo. Professor de Pós-Graduação em Direito Previdenciário na EPD (Escola Paulista de Direito). Professor de Direito do Trabalho na ESA (Escola Superior da Advocacia). Professor de Direito do Trabalho do Complexo de Ensino Andreucci. Professor de Direito Previdenciário do jus prime cursos jurídicos. Palestrante em diversos cursos na área Previdenciária e Trabalhista na AATSP (Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

Novos requisitos e a transcendência recursal

O manejo dos recursos trabalhistas, e em especial o recurso de revista traz certos pressupostos recursais e são divididos em pressupostos subjetivos e objetivos.

Os subjetivos podem ser classificados pela legitimidade; capacidade postulatória e interesse processual.

Os objetivos, podem ser destacados como: recorribilidade do ato; adequação; tempestividade; preparo; regularidade na representação; e agora a comprovação da transcendência, sem prejuízo do prequestionamento (Súmula 297 do C. TST) da matéria a ser discutida no Tribunal Superior do Trabalho (TST).

É de se lembrar que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) goza da mesma natureza do Supremo Tribunal Federal (STF) no que se refere à instância extraordinária, atuando por sua vez sob o prisma de delegação na interpretação final do ordenamento jurídico-trabalhista infraconstitucional, motivo pelo qual deve ser dado o mesmo tratamento – em termos de mecanismos redutores de recursos ao STF (repercussão geral), também ao TST.

A quantidade estratosférica de recursos que sobem aos tribunais superiores não permite uma apreciação satisfatória das causas submetidas a estas esferas e por isso se fez necessário a criação do mecanismo da transcendência para redução quantitativo de processos, com a finalidade precípua de ultimar a prestação jurisdicional de forma satisfativa.

Na língua portuguesa, a transcendência, esclarece o dicionário Houaiss, é o caráter do que transcende; superioridade de inteligência; perspicácia, sagacidade; importância superior.

A transcendência, segundo João de Lima Teixeira Filho, é noção meta-jurídica, com notável subjetividade, ainda mais

porque tem a ver com reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.

O PL nº 3.267/2000, que foi base para a edição da MP nº 2.226/2001, esclarecia a transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza jurídica, política, social ou econômica, considerando: a) jurídica, o desrespeito patente aos direitos humanos fundamentais ou aos interesses coletivos indisponíveis, com comprometimento da segurança e estabilidade das relações jurídicas; b) política, o desrespeito notório ao princípio federativo ou à harmonia dos Poderes constituídos; c) social, a existência de situação extraordinária de discriminação, de comprometimento do mercado de trabalho ou de perturbação notável à harmonia entre capital e trabalho; d) econômica, a ressonância de vulto da causa em relação à entidade de direito público ou economia mista, ou à grave repercussão da questão na política econômica nacional, no segmento produtivo ou no desenvolvimento regular da atividade empresarial.

Ives Gandra da Silva Martins Filho, ao analisar o PL nº 3.267, no que faz relação à transcendência jurídica, aponta, de imediato, quatro hipóteses: a) recursos oriundos de ações civis públicas, cujo objeto envolva interesses difusos e coletivos; b) processos em que o sindicato atue como substituto processual da categoria, defendendo interesse individuais homogêneos; c) causas que discutam norma que tenha por fundamento maior o próprio direito natural, cujo desrespeito pode ensejar a necessidade de defesa dos direitos humanos fundamentais; d) processos em que um Tribunal Regional do Trabalho resista a albergar a jurisprudência pacificada do TST ou do STF.

O artigo 896-A da CLT, com redação dada pela Medida Provisória nº 2.226/2001 já havia instituído a transcendência como condição de admissibilidade do recurso de revista. Foi algo que antecedeu à repercussão geral do Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal (STF), contudo

delegou sua regulamentação ao TST, que, em virtude de divergência interna, nunca o fez. O *caput* do artigo está redigido da seguinte forma:

“Art.896-A - O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.226, de 4.9.2001)”

A Lei da 13.467/2017 em comento inicialmente tratou de revogar os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do art. 896 da CLT que assim asseveravam:

Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

§ 3º Os Tribunais Regionais do Trabalho procederão, obrigatoriamente, à uniformização de sua jurisprudência e aplicação, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência previsto nos termos do Capítulo I do Título IX do Livro I da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). (Redação dada pela Lei nº 13.015, de 2014).

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

à uniformização da jurisprudência (Redação dada pela Lei nº 13.015, de 2014).

§ 5º A providência a que se refere o § 4º deverá ser determinada pelo Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, ao emitir juízo de admissibilidade sobre o recurso de revista, ou pelo Ministro Relator, mediante decisões irrecorríveis (Redação dada pela Lei nº 13.015, de 2014).

§ 6º Após o julgamento do incidente a que se refere o § 3º, unicamente a súmula regional ou a tese jurídica prevalecente no Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho servirá como paradigma para viabilizar o conhecimento do recurso de revista, por divergência (Redação dada pela Lei nº 13.015, de 2014, grifos nossos).

Tais dispositivos revogados, preconizavam sobre a necessidade de uniformização de jurisprudência por parte dos TRT's, incumbência esta devida ao TST, pelo que tal revogação não foi de todo ruim.

Além disso, acrescentou-se ao artigo 896, o § 1º, inciso IV para exigir do recorrente a transcrição na peça recursal, em caso de suscitar preliminar de nulidade de julgamento por negativa de prestação jurisdicional, o trecho dos embargos de declaração em que foi pedido o pronunciamento do tribunal sobre a questão veiculada no recurso ordinário e o trecho da decisão do Regional que rejeitou os embargos quanto ao pedido para cotejo e verificação de imediato, da ocorrência da omissão.

De mais a mais, e com intuito de reduzir a quantidade de processos e de restrição do recurso de revista, a Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) complementa o referido artigo em 06(seis)

parágrafos, exigindo a demonstração da transcendência do recurso, sob pena de ele não ser admitido:

§ 1º São indicadores de transcendência, entre outros:

I - econômica, o elevado valor da causa;

II - política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal.

III - social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado.

IV - jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.

§ 2º Poderá o relator, monocraticamente, denegar seguimento ao recurso de revista que não demonstrar transcendência, cabendo agravo desta decisão para o colegiado.

§ 3º Em relação ao recurso que o relator considerou não ter transcendência, o recorrente poderá realizar sustentação oral sobre a questão da transcendência, durante cinco minutos em sessão.

§ 4º Mantido o voto do relator quanto à não transcendência do recurso, será lavrado acórdão com fundamentação sucinta, que constituirá decisão irrecurável no âmbito do tribunal.

§ 5º É irrecurável a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria.

§ 6º O juízo de admissibilidade do recurso de revista exercido pela Presidência dos Tribunais

Regionais do Trabalho limita-se à análise dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos do apelo, não abrangendo o critério da transcendência das questões nele veiculadas (Grifos nossos).

Como se vê, fora adotado a essência da repercussão geral, prevista no art. 102 § 3º da Constituição Federal de 1988:

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, grifos nossos).

A matéria foi regulamentada por lei, mediante alteração do código de processo civil (CPC) de 1973 e incorporado no CPC de 2015, inclusive acrescentando algo idêntico ao recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II - tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos;

II – (Revogado);(Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

§ 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

§ 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º caberá agravo, nos termos do art. 1.042.

§ 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá

agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

§ 9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 10. Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar do reconhecimento da repercussão geral, cessa, em todo o território nacional, a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal.

§ 10. (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 11. A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão. grifos nossos.

Como é notório, a Lei 13.467 exemplificou alguns indicadores da transcendência, que devem estar presentes para a interposição do recurso de revista. A transcendência econômica deve estar relacionada ao elevado valor da causa. Já a política refere-se ao desrespeito da instância recorrida à súmula do TST ou do Supremo Tribunal Federal. A social, por sua vez, relaciona-se à postulação de um direito social constitucionalmente assegurado. E, por fim, a jurídica deve abranger uma questão nova sobre interpretação da legislação trabalhista.

É evidente que pelo próprio texto legislativo, o rol de indicadores da transcendência não é taxativo, apenas exemplificativo,

sendo possível a inclusão de outros parâmetros a critério dos ministros do Colendo TST.

Um dos aspectos mais extenuantes é a previsão de irrecurribilidade das decisões de não transcendência, trazida no § 5º do art. 869-A da CLT, que estabelece a irrecurribilidade da decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria. Contrariamente à repercussão geral, que é decidida de forma colegiada.

A transcendência pode ser decidida monocraticamente e, sem qualquer previsão de recurso no caso de agravo de instrumento.

Tais circunstâncias podem gerar grande insegurança jurídica dentro da própria Corte trabalhista, vez em que haverá situações em que determinado ministro se posicionará pela transcendência em certo recurso, e outro ministro, ao analisar caso parecido, poderá entender pela não transcendência, e sem a previsão de um instrumento que uniformize o entendimento dentro daquele Tribunal Superior.

Além disso, tais indicadores são por demais subjetivos, a exemplo tem-se o econômico em que é relativo ao elevado valor da causa, tem-se a necessidade de estipulação de um referencial, pois um processo no custo de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) pode ser extremante elevado para o reclamante, mas não para a reclamada.

Certamente existe a necessidade de indicadores com parâmetros mais claros e objetivos, a fim de se evitar situações de instabilidade, pois estas alterações ainda carecem de debates e discussões e com sérios riscos de gerarem insegurança jurídica, instituto este entabulado no art. 5º. *caput* da Constituição Federal:

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 (Grifos nossos).

A Lei da reforma trabalhista também alterou quanto à autonomia dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT'S), no sentido de que não poderão adentrar às questões relativas ao instituto da transcendência, deixando claro que tal função compete exclusivamente ao TST, consoante § 6º. do art. 896-A da CLT.

Conclusão

Destarte, conclui-se que a ideia do legislador quando da criação da Lei 13.467/2017 que regulamentou e implementou a transcendência como requisito do recurso de revista teve como objetivo maior de racionalizar e simplificar o julgamento dos recursos que chegam até o TST, viabilizando o exercício da função de guardião maior da legislação trabalhista que a corte deve cumprir por imposição constitucional.

Contudo, as empresas e os trabalhadores enfrentarão grande dificuldade para ter seus processos apreciados pelo TST, vez em que terão de demonstrar que as matérias constantes de seu recurso transcendem o mero interesse subjetivo das partes e que terão abrangência maior dentro da sociedade.

Um dos aspectos mais inquietantes é a previsão de irrecorribilidade das decisões de não transcendência, segundo o qual, é irrecorrível a decisão monocrática do relator que, em agravo de instrumento em recurso de revista, considerar ausente a transcendência da matéria. Diferentemente da repercussão geral, que é decidida de forma colegiada, a transcendência pode ser decidida monocraticamente e, o que é pior, sem previsão de recurso no caso de agravo de instrumento.

Além do mais, como o rol de indicadores de transcendência não é taxativo, é possível que outros parâmetros sejam incluídos a critério dos ministros do TST.

Certamente, isto poderá gerar uma enorme insegurança dentro da própria Corte Trabalhista, pois haverá situações em que os ministros podem divergir sobre o entendimento da transcendência.

Portanto, necessário se faz que os indicadores da transcendência sejam mais objetivos e claros, a fim de evitar divergências, instabilidade e insegurança jurídica para a sociedade.

Referências

DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil**. São Paulo. LTr, 2017.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004, p. 2.749.

LEI N.º 13.467, de 13 de Julho de 2017. **Reforma Trabalhista**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso em 27/01/2018.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Reforma trabalhista**. Entenda ponto a ponto. São Paulo. LTr, 2017.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Ob. cit., p. 916.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. De acordo com o novo CPC. São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, Homero Batista Mateus. **Comentários à reforma trabalhista**. Análise da Lei 13.467/2017. Artigo por artigo. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.

SÜSSEKIND, Arnaldo; Maranhão, Délio; Vianna, Segadas; Teixeira, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**, v. 2. São Paulo: LTr, 22ª ed., 2005, p. 1498.

UM OLHAR SOBRE AS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO DA INDÚSTRIA PARANAENSE EM TEMPOS DE REFORMA TRABALHISTA

Luciana Piccinelli Gradowski¹

Introdução

Esse estudo tem o objetivo de analisar a essência das convenções coletivas de trabalho da indústria paranaense sob a perspectiva da sua influência na cidadania do trabalhador e na sustentabilidade empresarial em tempos de reforma trabalhista.

Salutar se faz, por essa razão, discorrer sobre o próprio instituto da negociação coletiva e sua fundamentação constitucional. Mesma importância se dá também aos atores sociais que fazem parte das tratativas coletivas: os sindicatos. A eles cabe a função de representar trabalhadores ou empregadores pelos caminhos do entendimento e do acordo.

A Lei 13.467/17 que entrou em vigor na data de 11/11/17, chamada de Reforma Trabalhista, alterou alguns parâmetros no que diz respeito as relações individuais e coletivas de trabalho. O reflexo dessa nova legislação nas indústrias do Paraná foi mensurado através da análise do teor dos instrumentos coletivos

1 Mestre em Direito Empresarial e Cidadania (UNICURITIBA). Consultora e Assessora em Relações e Negociações Sindicais. Coordenadora da Pós-graduação em Direito Coletivo do Trabalho da Faculdade da Indústria. Coordenadora do Comitê de Relações Sindicais do IBGTr. Membro da Comissão de Direito Sindical da OAB/PR.

registrados no sistema Mediador do Ministério do Trabalho e Emprego.

Negociação coletiva de trabalho

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, e seus incisos III e IV classifica o Brasil como um Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa dentre outros não menos importantes. Nos valores sociais do trabalho a atenção está voltada tanto para o individual quanto para o coletivo, já a livre iniciativa engloba a sociedade como um todo, eis que ligada à ideia de ordem econômica provedora do desenvolvimento.

A Carta Constitucional de 1988, também em seu artigo 170, enuncia que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o fim de assegurar existência digna conforme os ditames da justiça social. O desrespeito ao trabalho humano e à livre iniciativa previstos constitucionalmente pode significar, portanto, o “desrespeito ao projeto constitucional para a ordem econômica”², além da violação aos princípios fundamentais sobre os quais está apoiado o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Enquanto o valor social do trabalho é a medida necessária para a inserção do trabalhador na sociedade, a livre iniciativa é pressuposto para a geração de empregos e, conseqüentemente, serve de instrumento viabilizador do próprio valor social do trabalho em uma sociedade democrática e capitalista.

2 ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviço público. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (Coords.). **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao professor Celso Antonio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p 17-19.

A seu tempo, Silva aborda brilhantemente a questão do trabalho, no momento em que afirma que o seu valor social está embutido na sua capacidade de criar riquezas e prover a sociedade de bens e serviços além de fornecer à pessoa humana as bases para uma vida digna³.

O valor social do trabalho e a livre iniciativa estão presentes tanto no artigo 1º da Constituição de 1988, sendo considerados fundamentos do Estado, assim como no artigo 170, do mesmo diploma legal, como bases da ordem econômica⁴. Estão postos, portanto, lado a lado, a atividade econômica e o trabalho para criar um mecanismo de equilíbrio e valor quando se fala em trabalho e capital.

Não há uma possível desvinculação ou ainda, uma oposição conflitiva eterna entre os dois institutos como defendia Marx⁵. A Encíclica *Rerum Novarum* argumenta nesse mesmo sentido: “não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital. A concórdia traz consigo a ordem e a beleza; ao contrário, dum conflito perpétuo só podem resultar confusão e lutas selvagens”⁶.

3 SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 39.

4 José Afonso da Silva explica o que significa essa declaração constitucional sobre os fundamentos da ordem econômica: “Em primeiro lugar, quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a livre iniciativa, que, especialmente, significa a garantia da iniciativa privada, é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar, significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”. SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 709.

5 MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. Peru: Los Libros Más Pequeños del Mundo EIRL, 2010, p. 16.

6 LEÃO XIII, Papa. **CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM**: Sobre a condição dos operários. Roma, 15 mai. 1891. Disponível em: <<http://www.vatican.va/>

Por essas razões, a negociação coletiva é tão importante, tendo seu fundamento no valor social do trabalho e na livre iniciativa, respeitando o trabalho e a atividade econômica que o gera, porque faz com que os trabalhadores e os empregadores ou os sindicatos representativos de ambos, sejam os legítimos negociadores de suas especificidades.

Essas negociações são incentivadas na medida em que no Brasil, como já mencionado, o valor social do trabalho e a livre iniciativa são considerados princípios fundamentais do Estado e bases da ordem econômica. Isto quer dizer que sem o respeito à essas garantias, uma das pedras que servem como fundamento do nosso Estado é lançada ao mar das arbitrariedades.

Neste contexto, a negociação coletiva de trabalho não pode mais ser encarada como um mero instrumento jurídico de resolução de conflitos que visa somente a medida econômica. Ela deve ser analisada também, como um trampolim que alça os objetivos, redescobre e altera paradigmas, rumo ao cumprimento da sua função social.

Gunther ressalta também o perfil democrático e pacificador da negociação coletiva de trabalho argumentando que:⁷:

É possível colocar o fenômeno da negociação coletiva trabalhista como realizador de dois movimentos importantes. O primeiro deles, sem dúvida, como realizador de pacificação social, contribuindo para o fim do conflito. O segundo, não menos importante, é sua capacidade criadora de normas jurídicas para

holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 19 set. 2014.

7 GUNTHER, Luiz Eduardo. A negociação coletiva do trabalho como direito fundamental: necessidade de afirmação da tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial mundializada. In: **Revista Jurídica UNICURITIBA**, Curitiba, n.21, Temática n. 5, p. 95-121, p. 2008.

regular as relações entre os trabalhadores e as empresas, adaptando a realidade mutante com regramentos estabilizadores da atividade produtiva.

A negociação coletiva de trabalho é resultante do momento político, econômico e social, por isso poderá apresentar-se como um instrumento de garantia dos direitos fundamentais e viabilizador da pacificação social, primordiais nesse contexto de economia globalizada, concorrência desenfreada e inseguranças doutrinárias e jurisprudenciais na área trabalhista.

Pode, também, servir como meio de distribuição de riquezas numa economia em prosperidade ou ainda ter uma função ordenadora na crise. Gomes entende diversamente, quando afirma que o poder econômico se engrandeceu diante dos trabalhadores através das negociações coletivas, que contribuíram para o retrocesso social e violaram direitos fundamentais⁸.

A despeito desse posicionamento não se pode olvidar que as empresas médias e principalmente as microempresas e as de pequeno porte movimentam uma parte considerável da economia, não parecem, contudo, tão poderosas economicamente para transformar uma negociação de trabalho em violação de direitos⁹.

8 GOMES, Miriam Cipriani. **Violação de direitos fundamentais na negociação coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 2012. p. 80.

9 “Onde o grande empresariado se disporia a transigir, o pequeno empresariado se mostra intransigente. Mas é porque a relação de trabalho nas grandes empresas já é, por força das circunstâncias, anônima e impessoal, mesmo que as relações com os contramestres e chefes de equipe sejam altamente personalizadas. Nas pequenas empresas, pelo contrário, a relação trabalhista se mantém bastante pessoal, e o operário ainda não está muito distante do empregado doméstico”. PROST, Antoine. *Fronteiras e espaços do privado*. In: PROST, Antoine; VICENT, Gérard (Orgs). Tradução de Denise Bottmann; Dorothée de Bruchard, posfácio. **História da vida privada**: da Primeira Guerra a nossos dias. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p.46.

Desta feita, a negociação coletiva foi, inclusive, incentivada pelo Fórum Nacional do Trabalho¹⁰ para esse porte de empresas, e se justifica na medida em que suas atividades são basicamente voltadas para o mercado interno, “agregam valor a produtos e serviços e são consideradas o sustentáculo de uma economia em qualquer lugar do mundo”¹¹ de acordo com Sérgio Risola, diretor executivo do Centro de Inovação, Empreendedorismo e Tecnologia (incubador de empresas da Universidade de São Paulo).

A negociação coletiva de trabalho sofre o impacto das transformações decorrentes da globalização econômica, da economia de mercado, do aumento da concorrência incrementada pela tecnologia, das diferentes dimensões dos Estados, da criação de multinacionais e de muitos outros fatores que resultaram dessas mudanças no mundo¹².

10 No dia 13/11/2003, os participantes do Grupo Temático Micro e Pequenas Empresas, Autogestão e Informalidade reuniram-se como parte das atividades do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social – CDES e do Fórum Nacional do Trabalho – FNT para definir novos instrumentos de apoio à micro e pequenas empresas no plano do cumprimento das obrigações trabalhistas, particularmente no que se refere a: exigências burocráticas; obrigações acessórias; custos de dispensa de empregados; parcelamento de verbas rescisórias; aplicação de normas de negociação coletiva; fiscalização do trabalho; execuções trabalhistas. Após discussão os integrantes do GT estabeleceram, dentre outras recomendações, o dever de valorização do processo de negociação coletiva para as micro e pequenas empresas. Fonte: MTE. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/fnt/tematicos_micro2.asp>. Acesso em: 16 mai. 2013.

11 Segundo dados mais recentes do IBGE, as micro e pequenas empresas são responsáveis por 60% dos 94 milhões de empregos no país e constituem 99% dos 6 milhões de estabelecimentos formais existentes no país. PORTAL BRASIL. **Mapa das micro e pequenas empresas**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/empreendedor/empreendedorismo-hoje/o-mapa-das-micro-e-pequenas-empresas>>. Acesso em: 16 mai. 2013.

12 GERNIGON, Bernard et al. **A negociação coletiva na administração pública brasileira**. Brasília: OIT; Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 16-17.

Porém, desde a entrada em vigor da Lei 13.467/17 e da medida provisória 808/17 em novembro de 2017, as negociações coletivas assumiram uma posição de maior destaque na criação de regras e resolução de conflitos. Passaram de meros instrumentos passivos que recebem os reflexos econômicos e sociais para um contrato que transforma a economia e a sociedade, criando regras que se sobrepõem a própria lei.

A nova legislação trabalhista desenhou, desta forma, um novo contorno à previsão constitucional do artigo 7º. inciso XXVI que elenca como um dos direitos dos trabalhadores o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Considerações sobre os sindicatos

É o artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição de 1988, que autoriza os sindicatos das categorias econômicas e profissionais brasileiros, através das negociações coletivas, a firmar instrumentos coletivos (convenções e acordos) para regular as relações laborais, mas nem sempre foi assim.

O sindicato é produto do capitalismo e o seu berço foi na Inglaterra de 1720, no contexto da Revolução Industrial. Não foi, entretanto, uma criação dos filósofos ou dos economistas. Ele se originou como resposta humana ao materialismo da burguesia¹³.

Mario de La Cueva¹⁴ esclarece que as “associations compagnoniques y Gesellenverbänden” do século XVI, foram as formas associativas que constituíram um antecedente real dos

13 CUEVA, Mario de La. **El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo**: seguridad social, derecho colectivo del trabajo, sindicación, convenciones colectivas, conflictos de trabajo, la huelga. México: Editorial Porrúa S.A, 1979, p. 252.

14 *Ibid.*, p. 248.

nossos sindicatos e Máximo Leroy¹⁵ afirma que o primeiro organismo obreiro que usou o nome de “sindicato” foi uma associação de sapateiros de 1866.

Com o passar do tempo, os sindicatos espalharam-se pelo mundo, mas até que se tornassem protagonistas de movimentos marcantes e definidores de direitos, passaram-se muitos anos, a despeito de Marx e Engels afirmarem já em 1848, no século XIX, que “a história de todas as sociedades que existiram até os nossos dias tem sido a história das lutas de classe”¹⁶.

O fruto da reunião dos trabalhadores, em um primeiro momento, foram as associações, que mais tarde se tornaram os sindicatos. Até que as simples associações virassem sindicatos propriamente ditos, passaram-se muitos anos e algumas fases.

Mauricio Godinho Delgado assinala que a primeira fase foi difícil porque as associações sindicais não eram reconhecidas “pelas ordens jurídicas da época. Tratava-se da fase da proibição sindical, eventualmente acoplada com a própria criminalização da prática de atos sindicais”¹⁷.

A segunda fase rumo à livre associação e auto-reconhecimento, aconteceu por volta de 1820 e “correspondeu à tolerância jurídica com os sindicatos e a sua descriminalização”¹⁸. A terceira fase se deu na segunda metade do século XIX, onde houve o “reconhecimento do direito de coalização e livre organização sindical”¹⁹.

15 LEROY, Máximo. **El derecho consuetudinario obrero**. Publicaciones de la Secretaría da Industria, Comercio y Trabajo, México, 1922, t. I, p. 31.

16 MARX, Karl; ENGELS, Friederich. **O Manifesto Comunista**. Peru: Los Libros Más Pequeños del Mundo EIRL, 2010, p. 11.

17 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo, 2007, p. 1355.

18 *Ibid.*, p. 1356.

19 DELGADO, *loc. cit.*

Em 1919, pelo Tratado de Versalhes, finalmente houve a constitucionalização desse direito e a partir de 1945, após a Segunda Guerra Mundial, tais direitos foram alçados ao patamar de princípios democráticos.

Süssekind conclui afirmando que de acordo com a história do sindicalismo mundial “em um século e meio, a sindicalização passou de ilícito penal a um dos direitos humanos fundamentais, estando consagrado em diversas constituições”²⁰.

Os sindicatos, ao longo dos anos, foram sendo reconhecidos legalmente como as bases sólidas nas quais os empregados e os empregadores podem construir os pilares da democracia, do respeito, da harmonia e dos valores sociais do trabalho.

Essas organizações foram interpretadas e previstas constitucionalmente justamente como uma forma democrática de representação e participação e porque não, de poder. Até porque, como ressalta Hobbes, “o maior dos poderes humanos é aquele que é composto pelos poderes de vários homens”²¹. Esse poder também está presente no sindicato, eis que ele representa a união de vários trabalhadores ou empregadores, assim como nas federações, porque compostas de vários sindicatos e também nas confederações, que agrupam as federações.

Nesse contexto, são lembrados na medida em que desempenham um papel fundamental no que diz respeito ao progresso social e ao crescimento econômico²². Entretanto, para cumprirem seus objetivos, precisam ser fortes e representativos.

20 SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 538.

21 MALMESBURY, Thomas Hobbes. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Disponível em: http://dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf. Acesso em: 04 abr. 2013.

22 As organizações sindicais laborais tem importância “por sua capacidade de identificar necessidades e preocupações de grandes setores da população, dar-lhes forma, orientá-las e traduzi-las em reivindicações específicas,

A estrutura sindical patronal, assim como o sindicato laboral, também sofre pela concorrência. São, nesse caso, outras entidades civis “existentes em praticamente todos os setores da economia”²³ que também representam e tem legitimidade para intermediar os interesses patronais.

Ariovaldo Santos, entretanto, entende que foram as “transformações operadas nos sistemas produtivos, com o desenvolvimento da robótica, das novas tecnologias de informação e sua penetração em diversos ramos de atividade”²⁴ que atingiram as organizações sindicais e apontaram para uma “tendência contínua a dessindicalização”²⁵. Nesse mesmo sentido, Rifkin afirma que a automação gerou altos índices de dispensa

partindo do princípio de que o progresso social não vem por si só, não é automático e exige que medidas específicas sejam adotadas”. As organizações de empregadores são importantes “pelo papel essencial que desempenham na criação de emprego e no crescimento econômico”. “Além dos interesses específicos, existem pontos de encontro evidentes entre essas organizações: o pleno emprego, a luta contra a inflação, a relação entre qualidade de emprego e produtividade, etc. Existem também limites: os limites físicos do crescimento e as condicionalidades econômicas em geral, que não devem ser subestimados, sob pena de riscos de quebras e falências, particularmente no atual momento histórico, onde a globalização marca o ritmo. Os interlocutores sociais estão ‘condenados’ a inserir-se neste contexto. São eles que, por seu conhecimento do meio trabalhista, pela legitimidade que lhes outorga sua representação, foram chamados a regular as relações trabalhistas e as condições de trabalho”. GERNIGNON, 2002, p. 13.

23 POCHMAN, Marcio. **Sindicalismo patronal brasileiro**: auge e declínio. Disponível em: <http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v12n01_13.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2013.

24 SANTOS, Ariovaldo. **A Confederação Sindical Internacional**: resposta à crise sindical? Disponível em: <http://www.unicamp.br/cemarx/anais_v_coloquio...?Ariovaldo_Santos.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2013.

25 SANTOS, 2013.

e poucos novos empregos especializados e “como resultado, os sindicatos começaram a perder associados e prestígio”²⁶.

Giovanni Alves, a seu tempo, entende que esse declínio nos índices de sindicalização faz parte da dimensão socioinstitucional da crise do sindicalismo moderno²⁷.

Pochman atenta para o fato de que os sindicatos das categorias econômicas também sofreram os efeitos da mundialização do capital em função da mudança no mundo empresarial, decorrente das transformações da economia²⁸.

Os interesses empresariais, por sua vez, tornaram-se mais heterogêneos, fazendo com que as instituições sindicais patronais “caminhem cada vez mais no sentido da fragmentação e descentralização das ações, perdendo capacidade de representação específica e de poder para aglutinar um conjunto amplo de forças no plano nacional”²⁹.

A crise no sindicalismo laboral, entretanto, preocupa mais porque pode produzir em escala coletiva um mal individual. A proteção da saúde mental do trabalhador, a título de exemplo, pode ser abalada, porque, como explica Dejours, ela depende não só do indivíduo, mas também das “estratégias coletivas de defesa”³⁰ e a erosão dessas estratégias acaba propiciando “uma perda considerável para a saúde”³¹ do trabalhador.

26 RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos**: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho. São Paulo: MAKRON Books, 1996, p. 86.

27 ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 2000, p. 85.

28 POCHMAN, 2013.

29 POCHMAN, *loc.cit.*

30 DEJOURS, Christophe. **Da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2004, p. 25.

31 DEJOURS, *loc. cit.*

Não se pode afirmar com convicção, todavia, que os sindicatos estão em processo de desconstrução. Os novos comandos legais na área trabalhista, conhecidos como “Reforma trabalhista”, atingiram o “coração” dos entes sindicais quando deixaram de considerar obrigatória a sua principal fonte de custeio, a contribuição sindical.

É hora de construir, de se reinventar para sobreviver, porque, afinal, como bem lembra La Cueva, sindicato é uma formação social necessária, determinada “pela desigualdade que produz o liberalismo econômico, pela conseqüente miséria dos trabalhadores e pela vida em comum na fábrica, organizado para a realização de um fim: justiça no trabalho”³².

Há uma tese, entretanto, de que “a presença e a atuação dos sindicatos levam consigo obstáculos à produção, um crescimento econômico lento e a perpetuação da pobreza”³³. Porém, para Tzannatos e Aidt, não há como dimensionar precisamente de que forma os sindicatos influenciam na produtividade das empresas³⁴.

O resultado microeconômico dos sindicatos não é claramente detectado, contudo, no plano macroeconômico, se comprovou em diversas ocasiões, que a coordenação do mercado de trabalho, que melhora os resultados econômicos e aumenta o bem-estar social, depende da presença de todos os atores sociais, inclusive dos sindicatos, na mesa de negociações³⁵.

32 CUEVA, 1979, p. 251-52.

33 TZANNATOS, Zafiris; AIDT, Toke S. Los sindicatos, los resultados microeconómicos y lo que cuenta para economistas y empresas. In: **Revista Internacional del Trabajo**, vol. 125/4, 2006, p. 289.

34 Ibid., p. 291.

35 Ibid., p. 307-08.

Os sindicatos, portanto, são os agentes legítimos imbuídos constitucionalmente de realizar as negociações coletivas de trabalho, que se bem conduzidas, tornam-se peças fundamentais, quando do resguardo dos princípios constitucionais e das normas protetivas, seja para a categoria econômica seja para a categoria profissional, para a adaptação ao um novo mundo mais conectado, concorrencial e globalizado.

A negociação coletiva de trabalho da indústria paranaense frente à cidadania do trabalhador e a sustentabilidade empresarial em tempos de reforma trabalhista

Cidadania do trabalhador

A palavra cidadania no entendimento de Barros, tem “origem etimológica latina, voltada para o termo *civitas*, que abrange, dentro de um conceito único, cidade, Estado e cidadão”³⁶, porém, modernamente, “é um conceito que advém da Revolução Francesa de 1789”³⁷ e significa “o conjunto de membros da sociedade que tem direitos e decidem o destino do Estado”³⁸.

Nessa esteira, a noção de cidadania para Oliveira, pressupõe pertencer “a algum tipo de comunidade juridicamente

36 BARROS, Alice Monteiro de. Cidadania, Relações de gênero e Relações de Trabalho. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 47, n.77, p. 67-83, jan./jun. 2008.

37 BARROS, 2008.

38 FUNARI, Pedro Paulo. A cidadania entre os romanos. In: PINSK, Jaime; PINSK, Carlla B (Orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Editora Contexto, 2003, p. 49.

organizada – Estado-nação”³⁹. Ela “estabelece um estatuto de pertencimento de um indivíduo a uma comunidade politicamente articulada - um país – e que lhe atribui um conjunto de direitos e obrigações, sob vigência de uma constituição”⁴⁰.

Silva, entretanto, entende que é preciso “reelaborar o conceito de “cidadania”, a fim de lhe dar sentido preciso e operativo em favor da população mais carente da sociedade e de modo a retirá-lo da pura ótica da retórica política”⁴¹.

A cidadania engloba, então, vários outros conceitos que fazem parte de sua nova dimensão. Ela se constrói “sob o influxo do progressivo enriquecimento dos direitos fundamentais do homem”⁴², como a dignidade da pessoa humana e a “integração participativa no processo do poder”⁴³.

Dias, por sua vez, enfatiza o pensamento de Thomas H. Marshall⁴⁴ em sua obra que versa sobre cidadania e classe social, de que a característica principal da cidadania é a busca pela igualdade⁴⁵. Ressalta, porém, que “Marshall não deixa de

39 OLIVEIRA, Paula Julieta Jorge de. **A cidadania é para todos. Direitos, deveres e solidariedade**. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/a-cidadania-e-para-todos.direitos-deveres-e>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

40 CAMARGO, Orsan. **O que é cidadania?** Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/sociologia/cidadania-ou-estadania.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

41 SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009, p. 35.

42 *Ibid.*, p. 36.

43 *Ibid.*, p.36.

44 MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

45 DIAS, Wladimir Rodrigues. Sobre o conceito de cidadania e sua aplicação ao caso brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2446, 13 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14512>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

reconhecer o paradoxo contido na busca da igualdade por meio da cidadania sob um sistema econômico que funciona produzindo desigualdade”⁴⁶, contudo, ele parece apostar e confiar “sobremaneira nas forças do progresso e no ritmo de desenvolvimento da sociedade”⁴⁷.

Giddens⁴⁸, entretanto, entende que a edificação dos direitos civis, políticos e sociais, só se materializa através da ação de segmentos sociais expressivos e não somente pelo natural caminhar das sociedades. A ideia de cidadania para Siqueira e Lopes também é nesse sentido, porque diz respeito “a participação, o atuar, o agir com a finalidade de construir um destino próprio”⁴⁹.

Necessário, sob esse contexto, que as pessoas busquem por si e para si, todos os principais elementos que sirvam para o exercício pleno da sua cidadania, valendo-se, inclusive, da união e da representação por outras pessoas ou entidades legítimas.

O atingimento de patamares satisfatórios de cidadania só pode ser alcançado pelo entendimento de que ela se dá em cada momento, em cada comportamento, em cada ambiente, a

46 DIAS, Wladimir Rodrigues. Sobre o conceito de cidadania e sua aplicação ao caso brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2446, 13 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14512>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

47 *Ibid.*

48 GIDDENS, Anthony. Structuralism, post-structuralism, and the production of culture. In: **Social theory and modern sociology**. Stanford: Stanford University Press, 1987, p. 78-103.

49 SIQUEIRA, Lígia Airemoraes; LOPES, Marcelo Leandro Pereira. **Evolução histórica dos conceitos de cidadania e direitos humanos**. Disponível em: <http://www.ufpi.br/subsiteFiles/ppged/arquivos/files/eventos/evento2002/GT.5/GT5_12_2002.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2013.

começar, e pela importância do trabalho⁵⁰ na sociedade atual, dentro da própria empresa.

Partindo do pressuposto de que, como afirma Santos, “a cidadania plena é um dique contra o capital pleno”⁵¹, o trabalhador, quando busca condições de trabalho dignas através da participação no processo de poder decisório, está praticando a sua cidadania.

A cidadania do trabalhador se perfaz, desta feita, pela participação direta ou indireta na empresa, exercida por um grupo organizado e legítimo (sindicato) para realizar mudanças e promover ações, por vezes pontuais, onde o Estado não consegue alcançar.

A possibilidade de participar e decidir sobre a administração das relações de trabalho estabelecidas com a empresa caracteriza os direitos políticos presentes na cidadania do trabalhador. A dimensão social desta, entretanto, é alcançada, quando há o estabelecimento de regras laborais que sustentem um padrão de bem-estar razoável.

A cidadania da pessoa que trabalha, se considerada nas suas acepções política e social, só se mostra de maneira cristalina, quando o trabalhador é representado legitimamente pelo sindicato de sua categoria, no intuito de obter a equivalência entre as partes em processos de negociação coletiva.

50 “Lógico que o trabalho é o melhor instrumento para realizarmos as nossas conquistas materiais, mas, além disso, ele é um grande caminho para a realização pessoal. Trabalhar desenvolve a capacidade de pensar, de tomar decisões, de encontrar soluções, de construir projetos e de aprender a lidar com gente”. SHINYASHIKI, Roberto. **A importância do trabalho**. Disponível em: <<http://www.aceguarulhos.com.br/content.php?m=20020702113905>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

51 SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: BestBolso, 2011, p. 49.

O empregado adquire direitos negociados assim como estabelece deveres para bem viver na comunidade empresária onde trabalha. A opinião e o ponto de vista individual e coletivo são levados em consideração para a formação de uma vontade coletiva, que embasa os documentos firmados entre as partes, seja em um acordo assinado pelo sindicato obreiro e por uma ou mais empresas, seja em uma convenção que tem como partes o sindicato laboral e o sindicato patronal.

Partindo do pressuposto de que quando se fala em cidadania do trabalhador, sugestivamente refere-se à participação deste como cidadão empregado representado pelo sindicato, dentro do ambiente empresarial, não há como se afastar do estudo dos instrumentos firmados entre as partes decorrentes da negociação coletiva para constatar se o referencial cidadão de quem trabalha está sendo alcançado.

Sustentabilidade empresarial

Em tempos atuais a sustentabilidade empresarial tornou-se um conceito mais abrangente, tanto em termos teóricos como práticos, do que quando surgiu pela primeira vez na década de 70 com o nome de ecodesenvolvimento. Ele serviu, nessa época⁵², como uma proposta conciliadora para as posições

52 “O conceito de desenvolvimento sustentável surgiu pela primeira vez, com o nome de ecodesenvolvimento, no início da década de 70. Foi uma resposta à polarização, exarcebada pela publicação do relatório do Clube de Roma, que opunha partidários de duas visões opostas sobre as relações entre crescimento econômico e meio ambiente: de um lado, aqueles, genericamente classificados de possibilistas culturais (ou “tecno-centriscos” radicais), para os quais os limites ambientais ao crescimento econômico são mais que relativos diante da capacidade inventiva da humanidade, considerando o processo de crescimento econômico como uma força positiva capaz de eliminar por si só as disparidades sociais, com um custo ecológico tão inevitável quão irrelevante diante dos benefícios obtidos; de um lado, aqueles outros,

divergentes constantes do relatório do Clube de Roma⁵³, que relacionava crescimento econômico, disparidades sociais e meio ambiente.

Atualmente ele “representa uma nova abordagem para se fazer negócios com inclusão social, respeito à diversidade cultural e aos interesses de todos os envolvidos, a otimização do uso de recursos naturais e a redução do impacto sobre o meio ambiente”⁵⁴. Por essa abertura conceitual e por suas relações com fatores ambientais, econômicos e sociais; a sustentabilidade empresarial tem uma ligação atávica com a Responsabilidade Social, por isso é considerada a mola propulsora da inclusão social. Confunde-se com a cidadania empresarial e realiza-se sob o mesmo pretexto: o da intervenção na realidade social.

A inclusão dos trabalhadores no mercado de trabalho é uma questão de responsabilidade social. O emprego é o bem

deterministas geográficos (ou “eco-centricos” radicais), para os quais o meio ambiente apresenta limites absolutos ao crescimento econômico, sendo que a humanidade estaria próxima da catástrofe mantidas as taxas observadas de expansão da extração de recursos naturais (esgotamento) e de utilização da capacidade de assimilação do meio (poluição)”. ROMERO, Ademar R. **Desenvolvimento sustentável e mudança institucional**: notas preliminares. Disponível em: <<http://www3.fsa.br/localuser/Luciana/Nova%20pasta/Noções%20de%20Gestão%20Ambiental/Desenvolvimento%20sustentável.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2013.

- 53 O Clube de Roma “foi criado em 1968 pelo empresário Aurelio Peccei” e “reunia cientistas, pedagogos, economistas, humanistas, industriais e funcionários públicos, com o objetivo de debater a crise atual e futura da humanidade”. Krüger ressalta que o primeiro relatório elaborado em 1972 (Limits to Grow) “causou enorme impacto entre a comunidade científica, por apresentar cenários catastrofistas de como seria o planeta, caso persistisse o padrão de desenvolvimento vigente na época”. KRÜGER, Eduardo L. **Uma abordagem sistêmica da atual crise ambiental**. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/made/article/download/3038/2429>>. Acesso em: 02 jun. 2013.
- 54 FGV- GVCES. **Sustentabilidade Empresarial**. Disponível em: <<http://www.gvces.com.br/index.php?r=site/CapaSecao&id=3>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

mais precioso para a maioria dos cidadãos, considerando uma sociedade capitalista e em crise. A falta dele assombra à todos na medida em que marginaliza e exclui.

A disponibilização de empregos dignos pelo viés da responsabilidade social pode ser uma solução ética para a equação “desenvolvimento econômico - avanço social” e para os problemas sociais decorrentes do desemprego.

Porque não basta, em tempos atuais, a empresa construir e programar ideias e planos apenas objetivando o lucro, ela precisa ser ética e agir a partir desse preceito para ser considerada socialmente responsável. A responsabilidade social empresarial, corolário do desenvolvimento sustentável, é, portanto, um desdobramento do comportamento ético empresarial.

Fernandez⁵⁵ entende que a negociação coletiva de trabalho é capaz de desequilibrar a redistribuição de renda, “quando a elevação dos salários não é acompanhada de aumentos de produtividade”⁵⁶ e também eleva os custos operacionais das empresas, “a menos que a produtividade cresça também”⁵⁷.

A produtividade do trabalhador, como bem salientado, é colocada como elemento-chave para que a negociação coletiva de trabalho se mostre como um mecanismo válido de pacificação, equilíbrio e sustentabilidade empresarial. Isto se deve ao fato de que, mesmo sendo analisada sob o prisma social, a negociação coletiva se presta a equilibrar a parte econômica e se vale desta para atingir àquela. Não há, portanto, como desconectar a sustentabilidade empresarial pelo viés econômico,

55 FERNANDEZ, Manuel Garcia. Le controle du gouvernement sur les salaires des conventions collectives en Espagne. In: **Études de droit du travail**. Paris: LSE, 1974, p. 197.

56 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito sindical**. São Paulo: LTr, 1984, p. 250.

57 *Ibid.*

da cidadania do empregado e seu viés social, tornando essa questão, por vezes, complexa.

Popp caminha nessa direção quando sustenta que “conciliar uma cultura econômica capitalista onde o Direito deve ser interpretado através de regras econômicas, com a realidade constitucional em que o ser humano está à frente do patrimônio, é um desafio”⁵⁸.

Para que a negociação coletiva possa ser considerada um instrumento para o atingimento da sustentabilidade das empresas é necessário que a produtividade do trabalhador seja colocada em pauta. A qualidade e a quantidade do que o empregado produz precisa de uma análise mais apurada, porque delas também dependem a competitividade e a continuidade da empresa.

A empresa, por sua vez, quando propicia avanços sociais concedendo direitos e garantindo benefícios maiores e mais abrangentes do que aqueles que a legislação impõe, cumpre a sua função social e projeta uma imagem mercadológica que se transmuda em responsabilidade social. Neste contexto, a negociação coletiva de trabalho, quando promove o trabalhador à cidadão trabalhador atende também à sustentabilidade empresarial.

O entrave, todavia, à atuação empresarial, pode se dar também pelas vias negociais coletivas, quando há concessões de vantagens sem o devido amparo patrimonial ou a perpetuação das mesmas sem que se considere a situação econômica e a relação da empresa com o mundo concorrencial.

A atividade empresarial, considerando a sustentabilidade econômica da empresa, precisa ser dinâmica. A negociação

58 POPP, Carlyle. Liberdade Negocial e Dignidade da Pessoa Humana: aspectos relevantes. In: **Revista Jurídica do UNICURITIBA**, n. 21, Temática n. 5, 2008, (p. 45-72), p. 67.

coletiva, neste contexto, surge como essencial se carregar também essa característica, porque pode proporcionar uma rápida adaptação às condições de um mercado competitivo inserido no atual sistema capitalista de dimensões globais.

A Reforma Trabalhista veio nesse contexto, e com o fortalecimento e a valorização da negociação coletiva como propiciadora de marcos regulatórios coletivos e ágeis, as empresas poderão adequar “a legislação a sua necessidade produtiva, trazendo maior competitividade”⁵⁹ e consequentemente, sustentabilidade.

Os regramentos coletivos podem proporcionar o desenvolvimento sustentável da empresa quando criados com base no crescimento inclusivo⁶⁰ e na responsabilidade social. O fato de constar no Pacto Global, documento criado pela Organização das Nações Unidas, que o apoio à negociação coletiva é uma das diretrizes para o crescimento sustentável e para a cidadania, transforma esse tipo de negociação em elemento primordial na caracterização de uma empresa como socialmente responsável e tal classificação reflete na empresa na medida em que ela passa a ser objeto de desejo de investidores, que alocam as suas carteiras em fundos socialmente responsáveis.

A inclusão social e o trabalho digno que podem ser estabelecidos pelas tratativas coletivas, também operam esse mesmo

59 CASALI, Emerson (Coord.). **Confederação Nacional da Indústria**: 101 propostas para a modernização trabalhista. Brasília: CNI, 2012, p. 21.

60 “Crescimento inclusivo é tanto um resultado como um processo. Por um lado, ele garante que todos possam participar no processo de crescimento econômico, em termos de tomada de decisão e consolidação das instituições democráticas. Por outro lado, ele garante que todos possam compartilhar equitativamente os benefícios do crescimento”. PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **O que é crescimento inclusivo?** Disponível em: <<http://www.ipc-undp.org/PagePortb.do?id=146&active=1>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

efeito. Por esse viés, a sustentabilidade empresarial pode ser garantida através da negociação coletiva.

Convenções coletivas de trabalho da indústria paranaense

O Sistema Mediador do Ministério do Trabalho e Emprego armazena todos os instrumentos coletivos firmados no Brasil, caracterizando-se, desta forma, como o mecanismo mais seguro e legítimo usado para esse tipo de pesquisa.

É com base nos dados provenientes dessa fonte de informações que foi feito o estudo das convenções coletivas de trabalho do setor industrial paranaense. Elegeu-se para a análise o Paraná porque o Estado é a quinta maior economia do país, respondendo por 5,84% do PIB nacional⁶¹, mostrando-se, por isso, crucial no desenvolvimento econômico brasileiro.

A preocupação com a educação dos filhos dos trabalhadores (auxílio-escolar); com a indenização e a garantia de trabalho para o empregado que está prestes a se aposentar; com a alimentação da família do trabalhador; com a sua moradia; com a saúde do empregado; com a sua participação nos lucros e resultados auferidos pela empresa; com o seu tempo de serviço; com as estabilidades no emprego; e, por fim, com a relação dos empregados com as novas tecnologias inseridas na empresa; são temas constantes das convenções coletivas de trabalho das indústrias do Paraná e são capazes de propiciar e desenvolver a cidadania do trabalhador senão vejamos:

- a. Auxílio-escolar: Enquanto o governo do Distrito Federal⁶² lançou o cartão material escolar como uma iniciativa

61 IPARDES. **Paraná em números**. Disponível em: <http://www.ipardes.gov.br/index.php?pg_conteudo=1&cod_conteudo=1>. Acesso em: 18 jun. 2013.

62 PEGON, Tiago. **GDF é o 1º a lançar cartão material escolar**. Disponível em: <<http://www.df.gov.br/noticias/item/5301-cartão-material-escolar-foto.html>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

inédita no país, algumas convenções coletivas da indústria paranaense já concediam esse benefício há bastante tempo. Esse apoio financeiro para o trabalhador, que se perfaz através da entrega dos materiais escolares, propicia à família do trabalhador mais dignidade.

- b. Estabilidade pré-aposentadoria: A estabilidade pode estar prevista em lei ou em acordos e convenções coletivas de trabalho. A estabilidade no período de pré-aposentadoria não tem amparo na legislação, apenas em documentos convencionados. Ela é necessária como mecanismo de proteção do trabalhador, que nessa época já se encontra em idade avançada e tem dificuldades para se reinserir no mercado de trabalho. Ela obsta a dispensa do empregado antes do preenchimento dos requisitos para o recebimento do benefício previdenciário. Há diversas convenções paranaenses que preveem essa estabilidade.
- c. Cesta básica: As famílias de baixa renda que não conseguem ter acesso a cesta básica de alimentos, deixam de pagar a conta de luz, de água, entre outras, para comprar comida. Viver com dignidade plena acaba ficando em segundo plano, para que as necessidades primordiais do ser humano, neste caso a alimentação, sejam satisfeitas. As cestas básicas são um meio de alcançar a cidadania, se analisada na perspectiva da busca pelo bem-estar, pelo bem-viver.
- d. Garantia de emprego à empregada gestante: Algumas convenções coletivas coletiva ampliaram a estabilidade provisória estabelecida em lei que é de cinco meses após o parto.
- e. Auxílio-Habitação: Após 12 meses de trabalho na empresa e mediante comprovação da necessidade, será concedido gratuitamente, cal e pedra de produção

própria da empresa, a todos os empregados para fim específico de construção de sua primeira moradia, para ampliação, reforma ou melhoramentos necessários em sua habitação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos⁶³, em seu artigo 25, n. 01, embasa o discurso da importância que deve ser dada à concessão de direitos que melhorem a vida dos trabalhadores. Para esse documento:

Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes de sua vontade.

Conclui-se por isso, que através dos compromissos firmados pelos instrumentos coletivos advindos da negociação coletiva de trabalho da indústria do Paraná; a dimensão social da cidadania aflora, sob a forma da elevação do poder aquisitivo e da conquista de um novo padrão de bem-estar.

Tempos de reforma trabalhista

A Lei 13.467/17 entrou em vigor no dia 11/11/17 e a Medida Provisória 808, no dia 14/11/17, ambas alterando a

63 UNITED NATIONS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

legislação trabalhista. As relações individuais, processuais e sindicais foram repaginadas. Sob o manto da modernização, as novas leis trabalhistas alteraram e impactaram de forma substancial as negociações coletivas de trabalho.

O mundo do trabalho foi modificado por esses comandos legislativos e através do teor das suas convenções coletivas, a indústria paranaense indica as primeiras impressões desse setor produtivo. Foram analisadas para esse estudo 92 instrumentos coletivos vigentes. O universo de convenções do setor industrial é maior, mas já há um considerável e confiável balizamento com esse número de convenções coletivas de trabalho firmadas para o período de 2017/2018.

Vinte por cento desses instrumentos prevê uma cláusula que aborda o tema da Comissão de Conciliação Prévia, instituto que deverá ganhar uma relevância maior para fazer frente a retirada da necessidade de homologação da rescisão do contrato de trabalho pelo sindicato laboral.

Vinte e sete por cento das CCTs tem a data base no segundo semestre, isso quer dizer que quando da assinatura do documento coletivo as partes convenientes dessa convenções já tinham conhecimento das alterações promovidas pela Reforma Trabalhista.

Dentre esses instrumentos vigentes a partir de agosto de 2017 extrai-se que: a) quinze por cento reiterou o que o novo comando dispõe, que as horas *in itinere* não são consideradas trabalho (a disposição do empregador) e por isso não deverão ser pagas; b) trinta por cento veda a jornada intermitente; c) dezenove por cento mantém a homologação da rescisão do contrato de trabalho no sindicato da categoria profissional; d) onze por cento abrem a possibilidade de que se reduza o intervalo intrajornada para meia hora; e) trinta e cinco por cento prevê o Banco de Horas e o direciona para homologação do sindicato laboral; f) vinte e sete por cento prevê a jornada 12x36; g) vinte

por cento tem cláusula expressa de exclusão da obrigatoriedade de cumprir a convenção coletiva caso a empresa tenha firmado um acordo coletivo de trabalho.

Em momento algum os direitos adquiridos através da cidadania do trabalhador já abordados em tópico anterior foram confiscados ou mitigados. Os direitos adquiridos em outras negociações se mantiveram no instrumento vigente. Os temores de parte da comunidade jurídica⁶⁴ no sentido de que a Reforma Trabalhista enfraqueceu os sindicatos e que usurpou direitos arduamente conquistados pelos trabalhadores, não procedem no setor industrial paranaense.

Considerações finais

A fundamentação constitucional das tratativas coletivas não foi alterada pela Reforma Trabalhista, ela se dá através da liberdade de iniciativa e do valor social do trabalho, considerados fundamentos do Estado e bases da ordem econômica. A Carta Constitucional colocou, lado a lado, a atividade econômica e o trabalhador, criando um mecanismo de equilíbrio e valor, quando se fala em trabalho e capital.

Os sindicatos, protagonistas dos instrumentos coletivos, por sua vez, precisam se reinventar no atual contexto econômico, social e legal. Os desafios colocados pelo novo ordenamento

64 “Sob o signo da “modernização” da legislação trabalhista, com defesa enfática da livre iniciativa sobre o valor social do trabalho, mediante a propagação de um falso discurso de que o Direito do Trabalho impede o crescimento econômico do país, constitui-se, em pouquíssimo espaço de tempo, a mais contundente e profunda subtração de direitos sociais da classe trabalhadora que a história brasileira registra”. ALLAN, Nasser Ahmad. A Reforma Trabalhista: contratos de emprego precários e organização sindical. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coords.) **Reforma Trabalhista Ponto a Ponto**: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2018, p. 225-230.

jurídico trabalhista requerem sindicatos fortes, capazes de superar as suas crises internas, para assegurar, agir, pleitear, harmonizar, diluir sem perder, priorizar, avançar e inovar rumo aos novos tempos.

A Reforma Trabalhista, no âmbito das relações sindicais da indústria paranaense, não irradiou um espectro negativo no sentido de retirar as garantias e os direitos dos trabalhadores, sendo até o momento, reflexos fidedignos da cidadania do empregado e da sustentabilidade empresarial.

Há que se observar em tempos de mudanças, o respeito tanto ao trabalho como ao capital, pois ambos são necessários e se complementam, pois se o trabalho é desconsiderado, o capital é afetado e vice-versa. Apesar dessas relações se mostrarem por vezes antagônicas, são harmônicas e vitais, porque viabilizam a construção de uma sociedade digna, democrática e promotora de desenvolvimento.

As negociações coletivas de trabalho da indústria paranaense por fim, apesar da polêmica e conturbada Reforma Trabalhista, continuam viabilizando o dar cidadania e o receber produtividade. Podem, também, propiciar o bem-estar do trabalhador e a continuidade da empresa, o trabalho e o desenvolvimento sustentável, basta serem consideradas pelos atores sociais como um fator de equilíbrio entre o capital e o trabalho e não como um mecanismo de desajuste social maculado pela falta de perspectiva econômica empresarial e pelo desrespeito à dignidade do trabalhador.

Referências

ALLAN, Nasser Ahmad. A Reforma Trabalhista: contratos de emprego precários e organização sindical. In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coords.) **Reforma**

Trabalhista Ponto a Ponto: estudos em homenagem ao professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2018, p. 225-230.

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho.** São Paulo: Boitempo, 2000.

BAAMONDE, M. E. Casa. **La negociación europea como institución democrática y sobre la representatividad de los interlocutores sociales.** In: Relaciones Laborales, n.21, 1998, p. 12.

BARROS, Alice Monteiro de. Cidadania, Relações de gênero e Relações de Trabalho. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.** Belo Horizonte, v. 47, n.77, p. 67-83, jan./jun. 2008.

CAMARGO, Orsan. **O que é cidadania?** Disponível em: <<http://www.brasile scola.com/sociologia/cidadania-ou-estadania.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

CASALI, Emerson (Coord.). **Confederação Nacional da Indústria:** 101 propostas para a modernização trabalhista. Brasília: CNI, 2012

CUEVA, Mario de La. **El nuevo Derecho Mexicano del Trabajo:** seguridade social, derecho colectivo del trabajo, sindicación, convenciones colectivas, conflictos de trabajo, la huelga. México: Editorial Porrúa S.A, 1979.

DEJOURS, Christophe. **Da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho.** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo, 2007.

DIAS, Wladimir Rodrigues. Sobre o conceito de cidadania e sua aplicação ao caso brasileiro. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 15,

n. 2446, 13 mar. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14512>. Acesso em: 24 abr. 2013.

FERNANDEZ, Manuel Garcia. Le controle du gouvernement sur les salaires des conventions collectives en Espagne. In: **Études de droit du travail**. Paris: LSE, 1974.

FGV- GVCES. **Sustentabilidade Empresarial**. Disponível em: <http://www.gvces.com.br/index.php?r=site/CapaSecao&id=3>. Acesso em: 01 jun. 2013.

FUNARI, Pedro Paulo. A cidadania entre os romanos. In: PINSK, Jaime; PINSK, Carlla B (Orgs.). **História da cidadania**. São Paulo: Editora Contexto, 2003.

GERNIGNON, Bernard et. al. **A negociação coletiva na administração pública brasileira**. Rio de Janeiro: Forense/OIT, 2002.

GIDDENS, Anthony. Structuralism, post-structuralism, and the production of culture. In: **Social theory and modern sociology**. Stanford: Stanford University Press, 1987, p. 78-103.

GOMES, Miriam Cipriani. **Violação de direitos fundamentais na negociação coletiva**. São Paulo: LTr, 2012.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A negociação coletiva do trabalho como direito fundamental: necessidade de afirmação da tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial mundializada**. Revista Jurídica, Curitiba, nº 21, Temática n.5, p. 95-121, 2008.

IPARDES. **Paraná em números**. Disponível em: http://www.ipar-des.gov.br/index.php?pg_conteudo=1&cod_conteudo=1. Acesso em: 18 jun. 2013.

KRÜGER, Eduardo L. **Uma abordagem sistêmica da atual crise ambiental**. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/made/article/download/3038/2429>. Acesso em: 02 jun. 2013.

LEÃO XIII, Papa. **CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM**: Sobre a condição dos operários. Roma, 15 mai. 1891. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html.

LEROY, Máximo. **El derecho consuetudinário obrero**. Publicaciones de la Secretaría da Industria, Comercio y Trabajo, México, 1922.

MALMESBURY, Thomas Hobbes. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Disponível em: <http://dhnnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2013.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O Manifesto Comunista**. Peru: Los Libros Más Pequeños del Mundo EIRL, 2010.

MTE. **Fórum Nacional do Trabalho**. Disponível em: http://www.mte.gov.br/fnt/temáticos_micro2.asp. Acesso em: 16 mai. 2013.

OLIVEIRA, Paula Julieta Jorge de. **A cidadania é para todos**. Direitos, deveres e solidariedade. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos/a-cidadania-e-para-todos.direitos-deveres-e>>. Acesso em: 01 jun. 2013.

PEGON, Tiago. **GDF é o 1º a lançar cartão material escolar**. Disponível em: <<http://www.df.gov.br/noticias/item/5301-cartão-material-escolar-foto.html>>. Acesso em: 20 jun. 2013

POCHMAN, Marcio. **Sindicalismo patronal brasileiro**: auge e declínio. Disponível em: <http://www.seade.gov.br/produtos/spp/v12n01_13.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2013.

POPP, Carlyle. Liberdade Negocial e Dignidade da Pessoa Humana: aspectos relevantes. In: **Revista Jurídica do UNICURITIBA**, n. 21, Temática n. 5, 2008, (p. 45-72).

PORTAL BRASIL. **Mapa das micro e pequenas empresas**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/empreendedor/empreendedorismo-hoje/o-mapa-das-micro-e-pequenas-empresas>>. Acesso em: 16 mai. 2013.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **O que é crescimento inclusivo?** Disponível em: <<http://www.ipc-undp.org/PagePortb.do?i-d=146&active=1>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: PROST, Antoine; VICENT, Gérard (Orgs). Tradução de Denise Bottmann; Dorothee de Bruchard, posfácio. **História da vida privada: da Primeira Guerra a nossos dias**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho**. São Paulo: MAKRON Books, 1996.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. Breves considerações sobre a intervenção do Estado no domínio econômico e a distinção entre atividade econômica e serviceo público. In: SPARAPANI, Priscilia; ADRI, Renata Porto (Coords.). **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao professor Celso Antonio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ROMERO, Ademar R. **Desenvolvimento sustentável e mudança institucional: notas preliminares**. Disponível em: <<http://www3.fsa.br/localuser/Luciana/Nova%20pasta/Noções%20de%20Gestão%20Ambiental/Desenvolvimento%20sustentável.pdf>>.

SANTOS, Ariovaldo. **A Confederação Sindical Internacional: resposta à crise sindical?** Disponível em: <http://www.unicamp.br/cemarx/anais_v_coloquio...?Ariovaldo_Santos.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2013.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal.** Rio de Janeiro: BestBolso, 2011.

SHINYASHIKI, Roberto. **A importância do trabalho.** Disponível em: <<http://www.aceguarulhos.com.br/content.php?m=20020702113905>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2009.

SIQUEIRA, Lígia Airemoraes; LOPES, Marcelo Leandro Pereira. **Evolução histórica dos conceitos de cidadania e direitos humanos.** Disponível em: <http://www.ufpi.br/subsiteFiles/ppged/arquivos/files/eventos/evento2002/GT.5/GT5_12_2002.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2013.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TZANNATOS, Zafiris; AIDT, Toke S. Los sindicatos, los resultados microeconómicos y lo que cuenta para economistas y empresas. In: **Revista Internacional del Trabajo**, vol 125, nº 4, 2006. p.287-312.

UNITED NATIONS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

HIPERSUFICIÊNCIA

Luis Otávio Camargo Pinto¹

A lei 13.467/17 e a Hipersuficiência

A lei 13.467/17, ao abordar a hipersuficiência, trouxe importantes alterações que, sabemos, gerou e ainda está gerando muitos debates. A propósito, esse entrave começa da própria utilização/interpretação do afixo hiper (utilizado tão somente com o objetivo de intensificar o afixo “super”) que, para alguns juristas, é apto a gerar interpretações distorcidas².

Antes que se ingresse na análise do artigo 444, “caput”, da CLT, é de rigor lembrar que a reforma trabalhista, no campo

1 Graduado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Pós-graduado em Economia e Relações do Trabalho pela mesma Universidade. Advogado atuante nas áreas de Direito do Trabalho, Processual do Trabalho e Direito Sindical.

Integrante de bancas examinadoras do XXV, XXX e XXXVII Concursos de Ingresso da Magistratura do trabalho; da Associação Internacional das Relações Laborais e de Emprego (ILERA); da Comissão de Direito Material do Trabalho da OAB/SP; Presidente do Sindicato das Sociedades de Advogados dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro e Diretor-Jurídico da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades.

Coordena cursos na área de direito do trabalho e profere palestras sobre os temas de sua especialização.

Coautor em obras coletivas sobre direito do trabalho e autor de artigos em revistas especializadas

2 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.76.

do direito coletivo, inovou ao definir que o acordo coletivo de trabalho tem prevalência sobre a lei, conforme dispõe o artigo 611-A da CLT. E, no bojo dessa inovação, foi mais além ao permitir que as livres estipulações referenciadas no indigitado artigo tenham a mesma eficácia e preponderância sobre os instrumentos coletivos para os empregados detentores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Ainda no campo da hipersuficiência, o art. 507-A da CLT, também se valendo deste novo conceito, permitiu a pactuação de cláusula compromissória de arbitragem para indigitados empregados, desde que por iniciativa desses profissionais ou mediante concordância expressa.

Hipersuficiência na reforma trabalhista. Inconstitucionalidade?

Há quem sustente que a alteração principiológica na legislação trabalhista representará verdadeiro nó para o regular desenvolvimento das relações de trabalho, isso porque modificações substanciais no âmbito infraconstitucional foram introduzidas sem, contudo, cuidar-se da necessária alteração da Carta Magna, eivando de inconstitucionalidade a ação reformista, ainda que de forma pontual, segundo a visão de alguns críticos mais contidos que, somente com muito esforço, conseguem identificar alguns pontos de evolução na reforma trabalhista.

No entendimento dos críticos “não contidos”, a Lei 13.467/17 viola normas constitucionais ao permitir a negociação coletiva que não vise necessariamente a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, descaracterizando a natureza jurídica do acordo e da convenção coletiva (art. 611-A,

parág. segundo, da CLT), cujo texto constitucional, segundo informam, só permite a redução de direitos nas hipóteses dos incisos VI, XIII e XIV, do artigo 7º, da CF.

Esse alentado nó que não desata significaria barreira intransponível para as alterações introduzidas no artigo 444, parágrafo único, da CLT.

Outra barreira intransponível estaria na redação do artigo 507-A da CLT, afinal, a arbitragem trabalhista sempre sofreu forte resistência, notadamente quando se pontifica que a totalidade dos direitos trabalhistas, sem qualquer exceção, são indisponíveis.

Enfim, a existência de cláusula compromissória, ainda que restrita aos contratos de trabalhos dos hipersuficientes, não reúne qualquer possibilidade de sobreviver quando o entendimento está cristalizado na hipossuficiência de forma linear, seja qual for o patamar de entendimento intelectual e remuneratório desses profissionais.

Penso diferente. Tenho algumas reservas e reflexões sobre a reforma trabalhista, mas acredito que a inovação legislativa no quesito hipossuficiência significou avanço.

De toda sorte, acreditar que os profissionais que se enquadrem nesse patamar de “discernimento” poderão livremente negociar alterações dos seus contratos, sem qualquer objeção do Judiciário Trabalhista, apesar de minha convicção de que isso realmente está a revelar passo importante na evolução do Direito do Trabalho, na verdade, ainda pode significar um exercício de muito otimismo para nós, operadores do direito.

Hipossuficiência e vulnerabilidade

Na busca de melhor definição e entendimento do que se entende sobre hipossuficiência, vale adicionar ao debate o conceito de vulnerabilidade, impondo-se, de forma

preliminar, breve comparativo do Direito do Trabalho com o Direito Consumerista.

O Direito do Trabalho visa proteger (e esse conceito, por razões óbvias, continua hígido em nosso ordenamento jurídico) aquele que não detém os meios de produção. Também é certo que tanto o operário, chão de fábrica, como também o denominado “alto executivo”, justamente por não serem detentores dos meios de produção, são todos dependentes dos seus empregadores, logo, sob esse específico enfoque, nada há que os distinga.

Trazendo para o debate o Direito do Consumidor, aqui podemos nos valer do magistério de Fábio Konder Comparato quando define que os consumidores são aqueles “que **não dispõem de controle sobre bens de produção** e, por conseguinte, **devem se submeter ao poder dos titulares destes**”, enfatizando que “o consumidor é, pois, de modo geral, **aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários**”³ (grifos meus).

Essa avaliação (não ser detentor dos meios de produção) seja no âmbito do Direito do Trabalho ou Direito do Consumidor representa apenas parte da análise do que entendemos sobre hipossuficiência.

Se este entendimento é o único que deverá reinar em um debate, não sobreviveremos à única conclusão de que qualquer trabalhador, seja qual for a sua remuneração ou cargo, ou qualquer consumidor, seja qual for a sua condição econômico-financeira, sempre será vulnerável, logo, hipossuficiente.

No entanto, ainda buscando inspiração no direito do consumerista, é possível verificar que lá, vulnerabilidade e hipossuficiência, não são necessariamente conceitos idênticos.

3 Fábio Konder Comparato, **A proteção ao consumidor**: importante capítulo do direito econômico, inRevista de Direito Mercantil,p.15-16.

Nesse sentido, Roberto Senise aponta que:

Por ser reconhecido internacionalmente **como a parte mais fraca da relação de consumo** — 1º da Res. 09.04.1985 da Organização das Nações Unidas (ONU) —, o consumidor tem em seu favor o princípio da sua vulnerabilidade no mercado de consumo (art. 4º, I, da Lei 8.078/90). “Não se confunde a vulnerabilidade, entretantes, com a hipossuficiência, de vez que aquela se restringe à relação jurídica de consumo em si, enquanto esta compreende, ainda, a análise sócio-econômica das partes inseridas no mercado de consumo (SENISE, 2000, p. 300).⁴

Vulnerabilidade e hipossuficiência não são sinônimos. O consumidor é vulnerável pelo simples fato de que não tem acesso aos bens de produção, informações precisas do produto, etc., mas nem todo consumidor vulnerável é hipossuficiente a merecer maior proteção.

Todo trabalhador merece proteção, mas essa proteção não pode ser idêntica. Afinal, é a nossa própria Constituição Federal que nos dá o conceito de que se impõe tratar desigualmente os desiguais. Igualdade não é equidade. Igualdade se refere a situações idênticas para todas as pessoas e situações. Na equidade o que se persegue é a adaptação da regra a um caso específico. Busca-se aqui a justiça.⁵

4 Cf. Roberto Senise Lisboa, **Contratos difusos e coletivos**, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 300.

5 “As normas legais nada mais fazem do que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vem a ser colhidas por regimes diferentes. Donde a alguns são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, pois abrangidas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos.” (MELLO, Celso Antônio

De fato, um alto executivo é vulnerável na medida em que, nada obstante o bom trabalho que esteja desenvolvendo e/ou a próxima relação que possua com os seus superiores hierárquicos e/ou proprietários do negócio, a qualquer momento poderá ser sumariamente demitido, de forma injustificada, conforme prevê o nosso ordenamento jurídico. No entanto, um profissional com remuneração diferenciada certamente tem a exata noção daquilo que pode ou não pode assinar, conhece o rigor da tributação e, principalmente, sabe muito bem se determinada alteração contratual viabilizará e/ou ajustará novos negócios e contrapartidas remuneratórias, mercê de vantagens recíprocas, etc. Esse fato, apesar de não distanciá-lo da vulnerabilidade, certamente poderá qualificá-lo como hipersuficiente.

Alguns entendimentos do judiciário sobre os “hipersuficientes” antes da reforma trabalhista

Muito antes da hipersuficiência ser definida pela Lei 13.467/17, o Judiciário sempre esteve às voltas com esse conceito, inclusive, valendo-se dessa argumentação para fundamentar suas decisões.

Como ponto de partida, podemos citar as ações em que empregados com salários diferenciados, ou melhor, “padrão atual hipersuficiente”, buscavam reparação por eventual trabalho em sobrejornada não remunerado.

Inúmeras decisões, longe de se valer de informações sobre o efetivo poder de gestão desses profissionais, saciavam-se com a prova do alto salário para afastá-los do capítulo da duração do trabalho previsto na CLT. É o que bastava para o

não reconhecimento do direito⁶. Portanto, aqui estamos diante do fato de que esses hipersuficientes, ainda que não “tipificados” antes da reforma trabalhista, já recebiam do Judiciário a resposta de que eles deveriam saber que, quando do processo admissional, ainda que eventualmente estivessem sujeitos a um controle indireto da jornada de trabalho e/ou não ostensivo, apesar de real, não poderiam postular esses títulos por conta dessa situação diferenciada no quesito salário, pressupondo-se alto poder de discernimento para questões que envolviam o contrato de trabalho. Aqui não pretendo discutir o acerto ou desacerto do entendimento, mas se tratou (e se trata) de realidade sempre presente.

6 “GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. ARTIGO 62 DA CLT. DESNECESSIDADE DE PAGAMENTO PARA CONFIGURAÇÃO DO CARGO DE CONFIANÇA. Pela dicção do parágrafo único do artigo 62 da CLT, não há a obrigatoriedade de se conceder a gratificação e nem essa se constitui em requisito essencial para a configuração do cargo de confiança em questão, uma vez que o dispositivo que a normatiza, de forma cristalina faz uso da expressão “se houver”. A rigor, na Lei foi fixado um percentual mínimo para a gratificação, “se houver”, isto é, se o empregador entender que deve fazer distinção entre o empregado que ocupa cargo de confiança e os demais. E, no caso, o autor foi contratado para exercer função de confiança, recebendo remuneração compatível com a função exercida, pois seu padrão remuneratório é razoavelmente elevado e acima da média dos empregados em geral, uma vez que recebia mais do que o dobro do mais alto piso convencionalmente garantido aos demais empregados da sua categoria econômica (comerciário). A análise, sob o presente enfoque, evidentemente, vai além dos valores em termos absolutos, sem dúvida razoavelmente expressivos no caso de trabalhador do comércio, sendo necessário analisar-se o dado de forma contextualizada, tendo-se como parâmetro a renda média do trabalhador da mesma categoria do autor que, em sua maioria absoluta recebe menos da metade do valor recebido pelo reclamante, quando da contratação. Assim, tem-se que a gratificação de função a que alude o art. 62, II, da CLT, encontra-se inserida na remuneração elevada do autor, nada lhe sendo devido nesse sentido. Recurso da reclamada ao qual se dá provimento.” (TRT 9ª R.; RO 07039/2015-021-09-00.4; Sexta Turma; Relª Desª Sueli Gil El-Rafih; DEJTPR 28/04/2017).

Se buscarmos outras situações, também recorrentes em demandas trabalhistas, encontraremos julgados apontando o nível de conhecimento do trabalhador aliado ao seu padrão remuneratório como óbice para o recebimento de determinados direitos, dentre eles, o reconhecimento de vínculo empregatício⁷, etc.

Em outras situações, também essa condição de hipersuficiência serviu como justificativa para maior austeridade na avaliação de fatos declinados nas iniciais, de sorte a ensejar condenações por litigância de má-fé⁸, etc.

7 “Sabe-se que o ordenamento faculta a celebração dos atos e a inserção do indivíduo no mercado de trabalho por modelos dos mais diversos, sem exceção daquele livremente pactuado entre os atores da causa... O princípio da proteção ao hipossuficiente, referência basilar do Direito do Trabalho, é inspirado exatamente pela noção de que a impossibilidade ou limitação do poder de negociação do trabalhador é que deve ser compensada por visão que priorize, com adequação, os interesses deste. Ora, no caso destes autos o autor exerceu, com liberdade e autonomia, o poder de negociar a colocação de seus serviços e, com seu notório e brilhantado currículo, por óbvio que mais se distanciou da noção de hipossuficiente e mais se tornou próximo do ator social plenamente capaz e qualificado para a prática dos atos na forma que os exteriorizou. Livre e conscientemente bem orientado por suas próprias facilidades e pela dos demais que lhe cercavam, manifestou sua vontade empresária de, autodeterminando suas ações e munindo-se dos elementos necessários, fornecidos pela contratante, empreender seus relevantes serviços aos entes inscritos no pólo passivo e à sociedade... A realidade plasmada nos autos não configura a relação de emprego visualizada na sentença, seja pelas razões até aqui expostas, seja pela absoluta ausência de comprovação de sujeição hierárquica ou funcional do autor a qualquer das rés.” (TRT 2ª Região – 7ª Turma – Relator: Mauro Vignoto - Autos 0068500-58.2009.5.02.0023 – DEJT: 26.05.2011.)

8 “POSTULAÇÃO DE VALOR JÁ RECEBIDO. ARTIGO 940, CÓDIGO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIDADÃ. MOVIMENTAR A MÁQUINA JUDICIÁRIA À TOA. RESTITUIÇÃO EM DOBRO. PUNIÇÃO APLICÁVEL. Vir a juízo, como todos os atos da vida em sociedade, no patamar civilizatório do Estado de Direito, impõe responsabilidade do agente. O reclamante concedeu quitação geral, cuja validade, por peculiaridades da avença em concreto, não se

Apesar desses relatos não conterem previsão estatística ou conteúdo acadêmico, o patamar salarial sempre foi aspecto de grande relevância em inúmeras decisões proferidas, portanto, nada obstante a palavra hipersuficiente não estivesse estampada nas decisões, certamente o seu conteúdo já estava rigorosamente absorvido.

A hipersuficiência e norma interpretativa

Enfim, o que se busca com essa provocação é suscitar o debate sobre muitas questões que agora estão sendo levantadas por conta dessa novidade trazida pelos artigos 444, parágrafo único, e 508, ambos da CLT. Afinal, eventual impossibilidade de se diferenciar empregados nas categorias hiper e hipossuficientes não resiste às discussões que há muito tempo eram travadas em nossos tribunais especializados e que faziam sim essa diferenciação.

O que se vê, portanto, é que o legislador, quando apontou essa “nova” qualificação de empregados, tentou, tão-somente, por fim à dúvida que já reinava no ordenamento jurídico.

Não se pode dizer que eventuais divergências não apareçam, no entanto, há importante sinalização para uma construção de novos conceitos mais atentos com a realidade. Se não é exatamente isso que acontecerá, é isso pelo menos o que almejamos.

desfez, razão pela qual, rigorosamente, ao reclamar parcela do contrato, não ressaltada, postulou algo que já recebera. Configura-se inequívoca a hipótese do artigo 940, do Código Civil. Deve restituir em dobro o valor da indenização final de seu contrato ao empregador. Recurso ordinário na reconvenção conhecido e provido.” (TRT 2ª Região – 14ª Turma – Autos nº 0001921-14.2015.5.02.0090 – Relator: Davi Furtado Meirelles – DEJT: 05.05.2017)

O artigo 507-A da CLT e arbitragem trabalhista

Novamente, o enfoque aqui externado sobre a hipersuficiência e arbitragem trabalhista será mais no campo da percepção do que com o rigor estatístico.

Antes da reforma trabalhista, é preciso reconhecer, decisões solitárias do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho chegaram a fazer com que acreditássemos (só os mais sonhadores e otimistas, evidentemente) que a arbitragem no âmbito laboral viesse a ser acolhida, ainda que de forma muito restrita⁹.

9 Nesse sentido: AIRR 1475/2000-193-05-00.7 – Pedro Paulo Teixeira Manus – DJ: 17.10.2008; TRT da 3ª Região, autos nº 00259-2008.075.03.00-2 - Antônio Álvares da Silva - DEJT: 31.01.2009. Recentemente, mesmo afastando a validade de acordo firmado em câmara arbitral em razão do entendimento da maioria do TST, o ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos se manifestou a favor da arbitragem no Direito Individual do Trabalho, ressaltando no voto, porém, entender como inválida a inserção de cláusula compromissória no ato da contratação:

“É certo que as normas trabalhistas são de ordem pública, cogentes e imperativas, não se permitindo, por isso, que o trabalhador, parte hipossuficiente da relação de emprego, renuncie aos direitos por elas resguardados. Ocorre que a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas não é absoluta, podendo as partes, após a dissolução do contrato de trabalho, optar pelo juízo arbitral como meio de solução do litígio, contanto que essa opção não seja eivada de vício de consentimento. Isso porque, após o término da relação de trabalho, a hipossuficiência do trabalhador, que respalda a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, é reduzida, tornando esses direitos relativamente disponíveis, o que se depreende inclusive do artigo 764, caput e § 3º, da CLT. Importante ressaltar, ainda, que, depois de extinta a relação de emprego, não é fácil para o trabalhador reinserir-se imediatamente no mercado de trabalho, de forma que se afigura necessária uma solução rápida do eventual conflito com seu ex-empregador, a fim de que lhe sejam outorgados os créditos trabalhistas que irão permitir o seu sustento e o de sua família. Tal celeridade, contudo, dificilmente será alcançada na justiça do trabalho, em face do constante aumento de reclamações trabalhistas ajuizadas, ao passo que, no juízo arbitral, esse tipo de problema não será enfrentado. De mais a mais, sempre

Para melhor entendimento, impõe-se pequena digressão no tempo.

Há muitos anos, infelizmente, adotando temerário e fraudulento método para quitação de direitos trabalhistas, algumas entidades se arvoraram na condição de justiceiros privados, tentaram impor surrados expedientes, imaginando que o Poder Judiciário Especializado pudesse chancelar essas iniciativas.

Evidentemente, esse expediente fracassou.

A tentativa de obter a quitação de direitos a qualquer custo, ainda que sob a razoável justificativa de que a legislação trabalhista é algo semelhante a um “bunker” ao não permitir e validar a livre manifestação de vontade de um empregado - sem qualquer vício de consentimento - jamais poderia justificar o caminho fácil da fraude.

Em que pese a incompreensível resistência do Judiciário ao não validar manifestações legítimas de quem realmente poderia concedê-las, a utilização das câmaras arbitrais como balcões de homologação não se revestia de legalidade, muito menos de legitimidade. O engessamento de um entendimento, seja por erro de diagnóstico ou posicionamento ideológico, não pode justificar o contraponto revestido de fraude.

Após sucessivos enfrentamentos sobre a validade ou não da arbitragem em dissídios individuais, o entendimento que restou sufragado foi o de que a arbitragem só poderia afetar direitos disponíveis, conforme definição lançada no artigo 1º da Lei 9.307/96.

Novos caminhos tentaram ser trilhados e, nessa tentativa de aprimoramento, decisões começaram a diferenciar situações que não poderiam ser lançadas na mesma vala comum.

é suscetível de revisão pelo poder judiciário possível ilegalidade na escolha pelo juízo arbitral, na forma garantida pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.” (TST; AIRR 0037500-70.2009.5.15.0090; Quinta Turma; Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos; DEJT 03/03/2017; Pág. 1430).

De um lado, empregados hipossuficientes recebiam das câmaras arbitrais, não aquelas esperadas decisões que pudessem conciliar eventuais verbas não honradas no curso do contrato de trabalho, mas tão somente homologações de termos de rescisões de contratos de trabalho (TRTC). Procedimento fraudulento, nenhuma dúvida.

De outro, executivos com vigoroso grau de discernimento que, de forma espontânea, se utilizavam da via arbitral para o acerto de verbas – de fato – não honradas no curso do contrato de trabalho. Importante o registro de que, para esses profissionais, a arbitragem era o melhor caminho, pois ali encontravam a especialização dos árbitros, sigilo e, principalmente, real e efetiva celeridade.

Infelizmente, nada obstante os pequenos voos que foram alçados no Judiciário reconhecendo essa diferenciação, antes da reforma trabalhista, nós, profissionais do direito, acabamos por “aceitar” que esse obstáculo era realmente intransponível.

Pois bem, essas experiências advindas de casos judicializados, ao que tudo indica, permitiram ao legislador da “reforma” decifrar e diferenciar empregados não detentores de qualquer conhecimento, daqueles que poderiam escolher a Justiça Privada para a solução de controvérsias com seus empregadores.

É sempre oportuno enfatizar: há importante diferença entre um trabalhador hipossuficiente, que realiza um acordo numa câmara arbitral para apenas “homologar” verbas rescisórias, daquele hipersuficiente que, valendo da via arbitral, obtém acordo, além das verbas as quais faria jus findo o seu pacto laboral.

Além do que fora exposto, há um argumento adicional. Conforme define Carlos Alberto Carmona¹⁰, é preciso também

10 CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 59.

saber diferenciar que os direitos indisponíveis no âmbito trabalhista o são no curso do contrato de trabalho, sendo certo que, após a rescisão do contrato, e desde que não estejamos diante da controvérsia do pagamento ou não de verbas rescisórias, os direitos desse profissional, eventualmente objeto de transação, passam a ser – todos eles – disponíveis.

Enfim, esses apontamentos sobre o que ocorreu na Justiça do Trabalho revelam que o artigo 507-A da CLT, procura trazer respostas a situações que anteriormente só geravam desnecessária insegurança jurídica, definindo a possibilidade e o alcance da arbitragem no Direito Individual do Trabalho.

A cláusula compromissória que, pós reforma, passará a integrar os contratos de trabalho dos empregados hipersuficientes, por conta da redação do supracitado artigo, além de não ser inconstitucional, reforça o entendimento do que anteriormente já estava sendo delineado de forma tímida.

Conclusão

Transpor essa barreira entre o hipo e hipersuficientes significa quebrar alguns paradigmas que ainda reinam nesse tão complexo universo trabalhista.

Se a nova lei elencasse alguns critérios objetivos para definição do hipersuficiente, ainda que somente a título exemplificativo, certamente seriam muito bem recebidos pelos operadores do direito.

Com efeito, o Legislador da reforma já deveria ter aprendido que, por vezes, conceitos extremamente abertos só geram insegurança jurídica.

E esse termo mágico, insegurança jurídica, nesse momento de intensas mudanças nas relações de trabalho, e que continuam em franca modernização de forma acelerada, é tudo o

que os atores envolvidos não gostariam de ainda suportar em pleno século 21.

Portanto, procurando ser extremamente realista, acredito que a segurança jurídica, no quesito específico que envolve o presente artigo, somente se fará presente se a utilização da faculdade prevista nos artigos 444, parágrafo único, e artigo 507-A, ambos da CLT, se faça acompanhar de mínima boa vontade dos atores envolvidos, pois sabemos que há material robusto para criação de um abismo entre os dois institutos. Essa aproximação não deverá ser construída somente pelo Judiciário, mas principalmente pela legítima negociação sindical.

Sejamos protagonistas e atuemos objetivando a pacificação social. Se não tivermos a capacidade de construir uma solução via negociação sindical, será determinado que tão-somente esperemos futura construção jurisprudencial para solução desse dilema.

E, se é realmente esse o único cenário que se avizinha, sugiro encontrarmos uma confortável poltrona para que aguardemos passivamente a solução acontecer.

Referências

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n.º 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor: importante capítulo do direito econômico. In: **Revista de Direito Mercantil**, p.15-16.

LISBOA, Roberto Senise, **Contratos difusos e coletivos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.300.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. 17. tiragem. Malheiros Editores. São Paulo, 2009.

SILVA. Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p.76.

ENTIDADES SINDICAIS DE GRAU SUPERIOR: CRITÉRIOS E LIMITES DA UNICIDADE SINDICAL

Luiz Philippe Vieira de Mello Filho¹
Renata Queiroz Dutra²

Introdução

A Lei nº 13.467/2017, intitulada “Reforma trabalhista”, trouxe para a ordem jurídica polêmicas e controversas inovações, cuja constitucionalidade e convencionalidade devem ser detidamente aferidas por aqueles e aquelas que vivenciam, pensam e aplicam o direito.

As luzes lançadas sobre as negociações coletivas, que passam a ter funções diversas no ordenamento jurídico³, e, em alguma medida, a retirada da obrigatoriedade da contribuição sindical – desobrigação cujos fundamentos e ausência de mediações sociais são questionáveis – renovam o imprescindível debate sobre a liberdade sindical no país.

1 Ministro do Tribunal Superior do Trabalho.

2 Doutora em Direito pela Universidade de Brasília. Professora Adjunta de Legislação Social e Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

3 SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. **Relações coletivas de trabalho: configurações institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2008; DUTRA, Renata Queiroz. Entre a normatização estatal e a negociação coletiva: os desafios da proteção social ao trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 82, p. 272-301, 2017.

Nesse artigo, e na esteira dos silêncios eloquentes da reforma trabalhista, busca-se debater os limites à aplicação do princípio da unicidade sindical às entidades sindicais de grau superior, considerando a tensão constitucional entre os postulados da liberdade sindical e da unicidade sindical.

A existência de vetores contraditórios no texto constitucional, que, de um lado, aponta para a não intervenção do Estado nas instituições sindicais e para o fomento do pluralismo político e da representatividade democrática, e, de outro, institui obrigatoriamente a unicidade sindical por base territorial, é conflito que se coloca tradicionalmente, entre as entidades sindicais de base.

Entretanto, o debate se modifica quando a questão alcança as entidades sindicais de grau superior – as Federações e Confederações – uma vez que a base territorial das referidas entidades é composta justamente pelas agremiações sindicais que compõem o ente federativo e confederativo, abrindo margem para uma maior densificação do princípio da liberdade sindical, sem que haja assim conflito de bases territoriais entre entes sindicais que convivem.

A metodologia desse breve ensaio consistirá em revisão bibliográfica empreendida por meio de diálogo das fontes, no qual o direito do trabalho será lido e pensado a partir da hermenêutica constitucional.

Entre liberdade e unicidade: os paradoxos do texto constitucional

A questão debatida se reporta à originária tensão revelada na Constituição de 1988 entre a garantia da liberdade sindical e a regra da unicidade.

Está posto no art. 8º da Constituição Federal:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, **na mesma base territorial**, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.

Identificada como um movimento constitucional contraditório em relação ao Direito Coletivo do Trabalho, a Constituição de 1988, ao tempo em que avança no sentido de afastar o controle estatal dos sindicatos e assegurar expressamente a liberdade sindical enquanto garantia fundamental, preservou estruturas já integrantes da nossa dinâmica sindical infraconstitucional que se mostram, *a priori*, incompatíveis com a plenitude da liberdade sindical, como é o caso da contribuição sindical obrigatória e da unidade sindical, submetida ao controle pelo Ministério do Trabalho e Emprego⁴. Nesse sentido:

Com a Constituição de 1988, todavia, a contradição tornou-se evidente, na medida em que a liberdade e a unicidade constam agora do mesmo texto. Além disso, o inciso I do art. 8º veda a interferência e a intervenção do Poder Público na organização sindical – o que, se não houvesse a unicidade prevista no inciso II do mesmo dispositivo, seria um bom

4 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

argumento em favor da não recepção do art. 516 da CLT. Não obstante, foi apenas com essa última Carta que a liberdade sindical e os direitos trabalhistas deixaram de ser previstos no título destinado à ordem econômica e social e passaram a figurar expressamente como direitos e garantias fundamentais⁵.

Como observa Ricardo Machado Lourenço Filho, os debates da Constituinte de 1988 já demonstram a tensão entre as noções de liberdade e unicidade, como se tais postulados fossem incompatíveis em essência: parte significativa do movimento sindical e a maioria dos constituintes defendeu a persistência da unicidade por temer a fragmentação e a pluralidade sindical fragilizadoras do coletivo dos trabalhadores, sem observar a rica possibilidade de construção da unidade sindical a partir da premissa da liberdade. Nesse sentido, as palavras do autor:

Partindo dessas premissas vê-se o quanto há de inadequado em se utilizar uma distinção simplificadora do tipo “amigo/inimigo” para rejeitar o pluralismo – também aqui construções causais parecem contribuir para o obscurecimento da realidade. Em outras palavras, é a própria liberdade sindical, apreendida como uma dimensão do direito de autodeterminação individual, que é colocada em jogo quando se rejeita aos trabalhadores (e também aos empregadores) o direito à diferença e, portanto, à pluralidade. A unidade – desejada pelos defensores da unicidade – não pode ser imposta sob o pretexto de necessidade de proteção e, por conseguinte, de união contra o inimigo comum. As condições para

5 LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. **Liberdade sindical: percursos e desafios na história constitucional brasileira**. São Paulo: LTr, 2011, p.119.

essa construção perpassam, num plano mais amplo, a efetiva garantia na Constituição da liberdade sindical como direito fundamental. A questão estava, portanto, mal colocada nas discussões constituintes sobre organização sindical e isso por duas razões. A primeira delas é a de que não se trata apenas de decidir entre unicidade ou pluralidade. Vale dizer, a unicidade não se opõe (apenas) à pluralidade, mas principalmente, afronta a própria liberdade sindical, ao negar aos empregadores e trabalhadores um relevante aspecto da sua capacidade de autodeterminação. A segunda razão – como veremos adiante – diz respeito ao sujeito competente para decidir (não entre unicidade e pluralidade, mas entre unidade e pluralidade)⁶.

Em verdade, o comando constitucional contraditório, que remete os intérpretes da Constituição à difícil tarefa de compatibilização dos postulados, se deveu a demandas sociais concomitantes no sentido de assegurar a liberdade de autodeterminação dos sindicatos e trabalhadores, sem, ao mesmo tempo, fragiliza-los diante dos empregadores, como o pluralismo sindical supostamente faria.

Essa leitura recebe uma análise crítica por parte de Lourenço Filho, que demonstra que, se de um lado, a imposição da unicidade acaba por limitar o conteúdo jurídico da liberdade sindical, por outro, assegurar a liberdade não necessariamente acarreta a pluralidade de sindicatos, mas pode convergir para a unidade sindical, a partir de escolhas políticas autônomas dos titulares da decisão agremiativa, ou seja, os próprios trabalhadores, respeitados enquanto sujeitos de suas próprias experiências políticas, na vivência cidadã do Estado Democrático de Direito:

6 Ibid., p.121-122.

Permanece problemática, entretanto, uma situação em que, ao lado da afirmação de uma liberdade, propõe-se medidas ou regras que, em última análise, acabam por negar essa mesma liberdade. É o que ocorre com o texto constitucional elaborado pela Constituinte de 1987/1988, o qual, no início do seu art. 8º, dispõe ser “livre a associação profissional e sindical” para, logo em seguida – no inciso II daquele preceito –, dizer que “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa da categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial...”. O exame dessa questão, vinculada, ainda, à garantia de direitos fundamentais e da liberdade sindical, perpassa a própria definição (sempre aberta) da identidade constitucional em um Estado Democrático de Direito, como afirmado no art. 1º daquela Carta. Em termos práticos, situando-se de novo no campo sindical, podemos colocar a seguinte pergunta: tendo aquele paradigma como pano de fundo, a quem compete decidir entre unicidade e pluralidade?

Esta é, pois, a segunda razão pela qual a questão entre unicidade e pluralidade estava mal colocada: se o que se pretende afirmar e consolidar é um Estado Democrático de Direito, em que é reconhecida voz ao cidadão e garantido o direito de participação nos debates da vida pública, aquela decisão não pode competir a outra pessoa que não aos próprios trabalhadores e empregadores, no exercício da liberdade sindical positivada como direito fundamental. O reconhecimento daquela competência decisória, principalmente no caso dos trabalhadores, significa afastar a tutela paternalista e admiti-los plenamente como cidadãos (e não meros “hipossuficientes”), titulares de direitos

e liberdades nas esferas privada e pública, com todas as consequências, riscos e implicações correspondentes⁷.

Assentadas essas premissas teóricas, é a partir da concretude do texto Constitucional e das escolhas – ainda que contraditórias – ali assentadas que se dirime a questão.

Não se pode perder de vista que, ao lado de uma escolha política a respeito da estrutura sindical – a unicidade –, a Constituição assenta um Direito fundamental – a liberdade sindical – e que, se esses dois postulados colidem, deve-se, sem desprezar os comandos constitucionais, construir exegese no sentido de contemplar os ditames estruturais arquitetados pela Constituição para os sindicatos, com a menor restrição possível aos direitos fundamentais ora tangenciados.

Também não sobeja destacar que a liberdade sindical, em detrimento da regra organizativa da unicidade sindical, foi assentada como direito humano fundamental pela Organização Internacional do Trabalho (Convenções nº 87 e 98 - a primeira não ratificada pelo Estado Brasileiro) e também pelo Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, ao qual o Brasil adere inteiramente e que, consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem *status* supralegal (HC 87.585).

Do referido pacto extrai-se “o direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formarem ou de se filiarem às organizações sindicais internacionais”, com plena liberdade.

O desafio hermenêutico consiste, portanto, em reconhecer a densidade e a efetividade da liberdade sindical, na amplitude assegurada pela Constituição e pelos documentos

7 LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. **Liberdade sindical**: percursos e desafios na história constitucional brasileira. São Paulo: LTr, 2011, p.123-124.

internacionais de proteção, respeitando os ditames infraconstitucionais que regem a estrutura sindical, que também devem ser lidos e interpretados à luz da própria Constituição, das normas internacionais cuja hierarquia os supera e, ainda, considerando as constantes alterações do mundo do trabalho e a complexidade das relações sociais contemporâneas.

Unicidade sindical e entidades sindicais de grau superior

A Corte Constitucional Brasileira já reconheceu que a unicidade convive com a garantia da liberdade sindical e que esta se aplica também às entidades sindicais de grau superior, como Federações e Confederações.

No entanto, da jurisprudência do próprio STF se extrai a possibilidade de desmembramento e criação de mais de uma Confederação, se atendido o princípio da especialidade:

REPRESENTAÇÃO SINDICAL. TRABALHADORES EM POSTOS DE SERVIÇO DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO (“FRENTISTAS”). ORGANIZAÇÃO EM ENTIDADE PRÓPRIA, DESMEMBRADA DA REPRESENTATIVA DA CATEGORIA DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO DE MINÉRIOS E DERIVATIVOS DE PETRÓLEO. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA UNICIDADE SINDICAL. Improcedência da alegação, posto que a novel entidade representa categoria específica que, até então, se achava englobada pela dos empregados congregados nos sindicatos filiados à Federação Nacional dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo, hipótese em que o desmembramento, contrariamente ao sustentado no acórdão recorrido, constituía a vocação natural de cada classe de empregados, de per

si, havendo sido exercida pelos “frentistas”, no exercício da liberdade sindical, consagrada no art. 8º, II, da Constituição. Recurso conhecido e provido (RE 202.097-4; Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 04/08/2000).

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE – HOSPITAIS, ESTABELECIMENTOS E SERVIÇOS – CNS. DESMEMBRAMENTO DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA UNICIDADE.

Improcedência da alegação, posto que a novel entidade representa categoria específica, até então congregada por entidade de natureza eclética, hipótese em que estava fada ao desmembramento, concretizado como manifestação da liberdade sindical consagrada no art. 8º, II, da Constituição Federal. Agravo desprovido (RE 241.935-8, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 27/10/2000).

Também se depreende que tais precedentes, em razão do momento histórico de sua prolação, não dialogam com o controle de convencionalidade, notadamente do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais – que ostenta, também pela jurisprudência do STF, *status supra legal* –, tampouco com as recentes oxigenações da legislação trabalhista em matéria de relações coletivas de trabalho.

Tais aspectos são relevantes porque, embora a unicidade seja afirmada na Carta Constitucional (art. 8º, II), o seu conteúdo tem sido historicamente preenchido com os comandos disciplinados na CLT (arts. 570 a 573, e 589 a 591, para a distribuição da contribuição sindical).

Assim, é certo que a própria legislação infraconstitucional deve ser relida e reinterpretada em função da superveniência de normas supralegais (como o PIDESC, subscrito pelo Estado

Brasileiro em 1992), da revisão de sua arquitetura pelo advento de novas figuras, experimentadas na premissa da liberdade sindical plena (como as centrais sindicais, introduzidas pela Lei nº 11.648/2008) e inspiradas pela própria reformulação sistemática da CLT, com a recente Lei nº 13.467/2017, que impõe perspectivas de autonomia novas e altos níveis de responsabilidade para o movimento sindical, reabrindo importantes discussões constitucionais.

Por consequência, a atribuição de sentidos restritivos aos direitos fundamentais de qualidade constitucional, como é o caso da liberdade sindical, deve ser revista em função das novas configurações da ordem jurídica infraconstitucional que outrora o limitara.

Não se trata, em absoluto, de entender revogada a unicidade sindical, mas sim de atribuir a ela sentidos mais compatíveis com a ordem jurídica vigente, em exegese orientada para a maximização da eficácia dos direitos fundamentais, e em atenção à imperativa oxigenação das relações coletivas de trabalho e de seu importante papel em uma economia globalizada, forjada em cada vez mais complexas relações de trabalho.

Dessa forma, entende-se, por exemplo, pela legitimação da convivência de duas confederações potencialmente representativas de determinada categoria de trabalhadores, observando que cada uma tenha sua base territorial própria (aquela correspondente às federações que as integram). Tal configuração respeita a unicidade sindical no âmbito confederativo e reafirma a densidade constitucional da garantia da liberdade sindical.

Nesse sentido, as Federações integrantes de cada uma das confederações podem destinar os recursos provenientes das contribuições sindicais àquela que entenderem por bem se filiar e, assim sendo, caberá ao movimento sindical, a partir da rica experiência sócio-política acumulada, eleger se mais

interessante a agremiação por especialidade ou a agremiação por fortalecimento de confederações mais amplas e genéricas.

Nesse sentido, aliás, o recente precedente emanado da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ainda pendente de publicação:

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO REGIDO PELAS LEIS 13.015/2014 E 13.105/2015. ORGANIZAÇÃO SINDICAL BRASILEIRA. VINCULAÇÃO ENTRE SINDICATOS E ASSOCIAÇÕES SINDICAIS DE GRAU SUPERIOR. MATÉRIA AFETA À LIVRE DISCRICÃO DOS SINDICATOS. IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO ESTATAL. PREVALÊNCIA DA LIBERDADE DE ASSOCIAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. REPASSE. Discute-se nos presentes autos o direito da Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias Têxtil, Vestuário, Couro, Calçados e afins (CONACCOVEST) ao recebimento da contribuição sindical compulsória, decorrente do recolhimento processado junto às categorias empresariais representadas pelas Federações que figuram no polo passivo, contribuições repassadas à Confederação Nacional da Indústria (CNI), à qual as mencionadas federações se filiaram. De acordo com a jurisprudência desta 7ª Turma (RR - 33740-81.2006.5.10.0018, DEJT 11/12/2015), o postulado da unicidade sindical não se mostra incompatível com a existência de entes sindicais de segundo e terceiro graus, representativos do mesmo segmento econômico ou profissional, desde que os quadros de associados (sindicatos e federações, respectivamente) não sejam coincidentes. Com efeito, o rígido sistema sindical brasileiro - unitário e confederativo - idealizado a partir da década de

1930 do século passado sofreu mutação após o advento da Carta Política de 1988. Desde então, embora mantidas as travas corporativas da unicidade (CF, art. 8º III) e da contribuição sindical compulsória (CLT, arts. 578 a 610 c/c o art. 7º da Lei 11.648/2008), o conceito de unicidade foi alterado, vinculando-se à noção geográfica de base territorial, definida a partir dos (sindicatos) e alcançando, por projeções sucessivas, as federações e confederações (CF, art. 8º, II). Significa dizer que as regras da CLT que definiam federações com âmbito estadual (art. 534, § 2º) e confederações com base nacional (art. 535) não foram recepcionadas pela Constituição de 1988. Não se compadece com a noção essencial da liberdade sindical o reconhecimento do monopólio de representação a ente sindical com espectro subjetivo de representação – definido pelos entes sindicais que lhe são vinculados - não coincidente com o do outro ente de mesmo nível, quando diversas são as bases territoriais. Afinal, se o postulado da unicidade sindical, segundo a exata definição constitucional, deve ser cumprido em todos os níveis de representação e está atrelado ao espaço físico ou geográfico idealizado a partir dos sindicatos (CF, art. 8º, II), apenas haverá ofensa à unicidade se as bases territoriais das organizações forem coincidentes, o que não se verifica no caso dos autos, em que as Federações Recorridas se associam a Confederação diversa da Recorrente. Em igual perspectiva, a noção de categorias rígidas e pré-definidas pelo Estado, por meio do quadro anexo ao art. 577 da CLT e da Comissão de Enquadramento Sindical, não mais se revela adequada e compatível com as novas formas de organização da produção, com a realidade econômica definida em escala global e com

os avanços proporcionados pelo progresso da tecnologia. Nesse cenário, por imperativos de ordem lógica, democrática e jurídica, nada obsta que os entes sindicais de primeiro e segundo graus se vinculem às entidades de grau superior que considerem mais representativas de seus legítimos interesses, sem que se cogite de quebra do postulado da unicidade ou do sistema confederativo. Em síntese, não há como dissociar a liberdade sindical proclamada pela Constituição de 1988 do direito à livre adesão a órgãos de classe superiores representativos de igual segmento econômico ou profissional. No caso dos autos, fixada a premissa da válida existência de duas confederações com igual campo de representação, ainda que uma delas tenha alcance mais amplo (CNI), não se divisa ilegalidade ou inconstitucionalidade no repasse das contribuições sindicais arrecadas junto aos sindicatos vinculados às federações rés. A rigor, a singularidade do caso reside na circunstância de que coexistem uma Confederação genérica - a CNI - e uma específica - a CONACOVEST -, caracterizando-se, em razão do vínculo das federações à confederação genérica, o fenômeno da agregação, em oposição ao processo de desmembramento antes idealizado. Fixada a possibilidade plena da adesão das federações às confederações que considerem mais representativas, porque consentânea com a concepção democrática da liberdade sindical, correta a decisão regional. Incólumes os artigos 8º, II e IV, da Constituição Federal, 589 a 591 da CLT, inexistindo contrariedade à Súmula 677 do STF. Recurso de revista conhecido por divergência jurisprudencial e não provido. (TST-ED-RR-214-96.2014.5.10.0001, 7ª Turma, pendente de publicação).

Aliás, a escolha por critérios de representatividade, em detrimento do critério objetivo da mera territorialidade, mais se aproxima das ideias de cidadania e de pluralismo político que embasam o Texto Constitucional de 1988, o qual, como cediço, não pode ser interpretado em tiras.

Assim se concretiza o art. 8º, I, da Constituição Federal, sem tolerar, de outro lado, a presença simultânea de duas Confederações **na mesma base territorial** alusiva às Federações delas integrantes.

Do contrário, preserva-se a unicidade de cada Confederação na base territorial referente às Federações respectivas, sendo certo que a atuação nacional da Confederação não se confunde com uma base territorial imperativamente nacional. Tal interpretação decorreria de uma interpretação literal e absolutizante do texto da CLT, em perspectiva restritiva da liberdade sindical e incompatível com os demais diplomas infraconstitucionais vigentes.

Conclusão

O processo de amadurecimento constitucional e as transformações da ordem jurídica no sentido de incorporar valores fundamentais de liberdade contidos em normas internacionais bem como no sentido de atribuir centralidade à negociação trabalhista na dinâmica de regulação do trabalho, impõem uma densificação do princípio da liberdade sindical, para além das amarras da unicidade sindical, sobretudo em relação às entidades sindicais de grau superior, de modo a proporcionar amadurecimento, fortalecimento e diversificação das ações sindicais superiores.

A maturação do conteúdo das decisões jurisprudenciais, seja na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, seja no

âmbito do Tribunal Superior do Trabalho convergem para uma remodelagem da arquitetura sindical.

Mais que isso, alterações no modo de regular o trabalho não podem deixar de se fazer acompanhar de mecanismos de emancipação dos sujeitos coletivos trabalhistas, no sentido de plenitude da sua liberdade de agir coletivo e na qualificação de sua ação política e negocial, que converge para a efetivação dos mandamentos constitucionais da cidadania e da valorização social do trabalho⁸.

Referências

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Processo nº TST-ED-RR-214-96.2014.5.10.0001, 7ª Turma, pendente de publicação.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSO Nº RE 202.097-4, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 04/08/2000.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSO Nº RE 241.935-8, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 27/10/2000.

DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo Macêdo de Brito (Orgs.). **Trabalho, Constituição e Cidadania**. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

DUTRA, Renata Queiroz. Entre a normatização estatal e a negociação coletiva: os desafios da proteção social ao trabalho.

Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 82, p. 272-301, 2017.

8 DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo Macêdo de Brito (Orgs.). **Trabalho, Constituição e Cidadania**. São Paulo: LTr, 2014.

LOURENÇO FILHO, Ricardo Machado. **Liberdade sindical**: percursos e desafios na história constitucional brasileira. São Paulo: LTr, 2011.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. **Relações coletivas de trabalho**: configurações institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2008.

A REFORMA TRABALHISTA E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Maria Vitoria Queija Alvar¹

Breve contextualização da reforma trabalhista de 2017

Na concepção da globalização que potencializa de forma máxima as questões econômicas e financeiras, em detrimento do patrimônio social construído em séculos de lutas e dos princípios de solidariedade internacional, sob a justificativa de necessidade de adequação do ordenamento jurídico brasileiro as perspectivas dos mercados nacional e internacional em um cenário, político-social conturbado e maximizado pela descrença da sociedade, nas instituições e nas suas representações políticas e sociais, potencializada ao máximo pelo processo de impeachment da Presidente Dilma Rousseff e pelo desemprego, sem qualquer discussão reflexiva pela sociedade, mas sob o bordão falacioso de rearranjo da economia interna para o aumento dos postos de trabalho, em 13 de julho de 2017 foi aprovada a lei 13.467 que institui a Reforma Trabalhista.

1 Mestre em Direito Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU-SP, Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – USP-SP e pela Universidade de Castilla la Mancha – UCLM – Toledo, Espanha. Coordenadora dos Cursos de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da FMU, professora de graduação e Pós-Graduação no Curso de Direito da FMU, Professora Credenciada no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Franca-SP e professora convidada dos Cursos de Pós-Graduação e Extensão da Escola Superior de Advocacia ESA-SP.

O progresso tecnológico, a concorrência e a globalização são fenômenos interdependentes, que nos países periféricos ou emergentes causam alterações na organização e nas condições de trabalho, criando formas flexíveis e instáveis de emprego que segmentaram e individualizaram as relações laborais, enfraqueceram os laços de solidariedade entre os trabalhadores e fulminam suas organizações e levam ao aumento do trabalho temporário, dos vínculos contratuais precários onde a subcontratação e a pejotização, são alguns dos exemplos dos efeitos do novo modelo econômico-social fruto da globalização ao qual o Brasil se rendeu em 2017 com a reforma trabalhista.

Durante o meteórico processo de tramitação da lei de alteração a Consolidação das Leis do Trabalho, o governo e grande parte dos setores empresariais imprimiram o discurso abraçado com veemência por grande parte da mídia nacional, que modernização era necessária para o fim da crise econômica e sua consequência mais desastrosa o desemprego e infelizmente as organizações e setores progressistas da sociedade não foram capazes de enfrentar tal investida, desta forma nos defrontamos hoje com um legislação trabalhista infraconstitucional “reformada”, que desconsidera a fundamentalidade dos direitos trabalhistas, maculando o princípio de vedação de retrocesso social, da dignidade da pessoa do trabalhador e coloca por terra conquistas seculares da classe trabalhadora, em razão da incontestável prevalência do poder econômico em relação ao emprego imposto pela lei 13.467/2017, que por certo não mostrou nem mostrará qualquer efeito para fins aumento de crescimento econômico ou diminuição das taxas de desemprego.

Somente através da reflexão a partir da Constituição Federal será possível a sociedade enfrentar essa investida desmedida do capital e por certo caberá ao Poder Judiciário Trabalhista, (a despeito da intenção expressa na reforma de desprestígio e aniquilamento da Justiça Especializada), a interpretação dessa

nova ordem infraconstitucional, que por certo deverá ser feita à luz da fundamentalidade dos Direitos dos Trabalhadores como forma que se evite o retrocesso da condição social.

Os direitos fundamentais nas relações de trabalho

Partindo-se do pressuposto que os direitos laborais são de natureza fundamental como corolário do supra princípio da dignidade da pessoa humana e necessitam da atividade legislativa infraconstitucional e responsabilidade social efetiva dos empresários e das entidades representativas dos trabalhadores para sua concretização, constituindo-se em verdadeiro patrimônio do trabalhador e de toda sociedade, não há de se admitir, a adoção de medidas de caráter supressivas ou de alterações *in pejus*, no entanto a reforma trabalhista fincou essa espada, ceifando e reformando direitos seculares.

Com relação à temática dos Direitos Fundamentais não há consenso com relação à definição, terminologia ou até mesmo em relação às funções dessa categoria de direitos, Canotilho² ao distinguir direitos humanos e direitos fundamentais, sustenta que os direitos humanos, têm validade para todos os povos possuindo “dimensão intertemporal e universal”, já com relação aos direitos fundamentais, aponta que são os direitos institucionalmente garantidos em uma ordem jurídica concreta, logo, limitados pelo “espaço e pelo tempo”.

De outro lado Bonavides³ acerca da Teoria dos Direitos Fundamentais aponta o uso das expressões sob análise de forma promíscua na literatura jurídica, diferenciando-os no sentido

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 393

3 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.560

que o emprego da locução “direitos do homem” ou direitos humanos” decorre da tradição histórica do direito anglo saxão e latino, respectivamente, e a expressão direitos fundamentais é utilizada pela maioria dos autores alemães.

A despeito da terminologia utilizada pela Constituição Federal Brasileira, que em vários dispositivos utiliza como expressões sinônimas, direitos humanos, direitos e liberdades fundamentais, direitos fundamentais da pessoa humana, entre outras, sem maiores digressões, mas com a finalidade de se evitar ambiguidades, a despeito das posições doutrinárias sobre a terminologia, será adotada no presente trabalho a expressão Direitos Fundamentais, que para Godinho Delgado⁴ “são as prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade”.

Para a busca de uma definição que contemple a excelência dessa categoria de direitos, é imprescindível que se considere a dignidade da pessoa humana como vetor fundamental de um Estado Democrático de Direito, organização estatal essa, concebida para Gonçalves Correia⁵ “no contexto de uma sociedade livre, justa e solidária, no qual o Direito do Trabalho sempre teve papel essencial”.

A reforma trabalhista alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, mas isso não significa que a fundamentalidade dos direitos dos trabalhadores não foi desconsiderada, muito ao contrário, no Estado Social Democrático de Direito, a definição de direitos fundamentais não se restringe exclusivamente

4 DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. In SILVA, Alessandro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; BOUJIKIAN, Kenarik; SEMER, Felipe (coord.). **Direitos Humanos** - Essência do Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, p. 7

5 CORREIA Marcus Orione Gonçalves. Teoria e Prática do Poder de Ação na Defesa dos Direitos Sociais. São Paulo: Ltr, 2002.p.11

as disposições literais incorporadas nos textos constitucionais, para Sarlet⁶ que define fundamentalidade material a partir do significado, os direitos fundamentais devem ser considerados não somente sob a dimensão objetiva, mas também a partir de uma dimensão subjetiva, como direitos de determinação do marco material da cidadania, a ponto de regularem as relações do cidadão com o Estado, bem como as relações entre particulares, como forma de manutenção de aspectos elementares de uma vida livre e digna, em uma sociedade justa e solidária.

Alexy⁷ estudando as teorias que norteiam a definição das normas de direitos fundamental menciona a estreiteza de se considerar tão somente as normas diretamente expressas por enunciados da Constituição, o que denomina de disposições de direitos fundamentais, aclarando ser necessário que se considere a legislação infraconstitucional (normas adstritas), para a correta distinção entre regras e princípios, considerando que as duas categorias se constituem em dois tipos de normas. Assim a distinção referenciada é a base da teoria estrutural dos direitos fundamentais e constitui elemento cerne para os direitos fundamentais de todas as dimensões, inclusive com relação aos direitos fundamentais do trabalho.

A Constituição Federal de 1988 demonstra o seu comprometimento fundante com o valor social do trabalho⁸ e com a dignidade da pessoa humana expressa no artigo. 1º, III, da

6 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.38

7 ALEXY Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 60 e 80

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

Constituição, como fundamentos da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito., o referido artigo elenca, ainda em seus incisos II e IV, a cidadania e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, respectivamente, desta forma, o legislador constitucional originário de 1988 optou por eleger a dignidade da pessoa humana e o trabalho como princípios fundamentais do Estado brasileiro, bem como, inseriu o trabalho no rol dos Direitos Sociais, explicitando de forma exemplificativa diversos direitos básicos no artigo 7º, que para a sua efetivação necessitam da incontestante atuação do Estado, quer do ponto de vista Legislativo, Administrativo ou Judiciário.

O catálogo de direitos fundamentais dos trabalhadores expressos na Constituição Federal é amplo, mas isso não significa de forma alguma, como já mencionado que outros direitos consagrados em no nível infraconstitucional, ou internacionalmente, ou mesmo implicitamente, estejam excluídos de fundamentalidade, sob pena se negar a própria razão de ser de um Estado Democrático de Direito e principalmente do princípio da dignidade da pessoa humana.

O artigo 7º da Constituição Federal arrola os direitos fundamentais dos trabalhadores, consignando de forma expressa a natureza exemplificativa do dispositivo, ao inserir na segunda parte do *caput* a cláusula de abertura para outros direitos que mesmo que não formalmente constitucionais expressam direitos materialmente fundamentais.

A expressão acima referenciada demonstra que não apenas o rol do artigo 7º, mas também outros direitos expressos na Constituição, tais como, o direito à liberdade sindical, os direitos de participação dos trabalhadores, que são direitos fundamentais, mas também aqueles direitos revestidos de fundamentalidade em sentido material, por seus atributos, importância e conteúdo relacionados à dignidade da pessoa humana, inclusive positivados nas normas infraconstitucionais

e decorrentes da autonomia privada coletiva, quais sejam, os acordos e convenções coletivas de trabalho, consideradas as suas especificidades.

A Constituição Federal de 1988 que propugna pelos valores sociais do trabalho, insere o trabalho no rol dos Direitos Sociais e ainda no artigo 170 estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, apresentando como princípios afetos a temática sob comento, a função social da propriedade; redução das desigualdades regionais e sociais; e a busca do pleno emprego; tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, o que denota não apenas a abrangência individual, mas também de caráter social que envolve toda a coletividade.

A dignidade da pessoa humana deve ser o vetor da produção legislativa infraconstitucional, bem como, o princípio que norteia a interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que se refere ao Direito do Trabalho, no entanto esse vetor restou totalmente desconsiderado na reforma trabalhista, que inclusive traz a baila o absurdo no sentido que a Justiça do Trabalho no exame de normas coletivas analisará exclusivamente os elementos essenciais do negócio jurídico trazendo a reboque o indigitado princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva⁹.

Assim os direitos fundamentais dos trabalhadores não são apenas aqueles expressos na Carta Magna de 1988, mas também todos aqueles que por seu conteúdo finalístico baseados na dignidade da pessoa humana, independentemente da posição desses direitos na estrutura normativa.

O artigo 5º § 2º da Constituição Federal de 1988 insere de forma expressa outros direitos fundamentais, além daqueles

9 Artigo 8º parágrafo 3º CLT.

dotados de constitucionalidade formal, mas que se identificam com o conteúdo da dignidade da pessoa humana.

O conteúdo e o alcance do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 obrigam a análise da expressão “trabalhadores”, utilizada no caput do dispositivo. Muito se discute se a expressão sob comento refere-se somente aos trabalhadores subordinados, urbanos, rurais definidos na Consolidação das Leis do Trabalho e legislação esparsa, respectivamente, os avulsos e domésticos por disposição expressa do texto constitucional, o que parece um desacerto senão uma verdadeira mácula ao fundamento do Estado Social Democrático de Direito, que se funda na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho, ao desconsiderar os demais trabalhadores, que mesmo não preenchendo os todos os requisitos caracterizadores da relação de trabalho empregatícia exercem trabalho pessoal.

Essa interpretação restritiva da interpretação da Constituição que relega não apenas os autônomos, mas inclusive outras categorias que não os empregados, os avulsos, os cooperativados e os parassubordinados, a uma posição de absoluta marginalidade restou fortalecida pela reforma trabalhista. Não se diga que uma interpretação sistemática do artigo 7º da Constituição Federal Brasileira de 1988, por exemplo, demonstra que o dispositivo deve ser interpretado em sua literalidade gramatical em razão de direitos expressos, como o descanso semanal remunerado, que não poderiam ser aplicados a outras categorias de trabalhadores, especialmente considerando-se a linha que foi imposta pela lei da reforma, que trouxe a baila uma espécie de contrato com jornada intermitente, que impõe ao trabalhador condições análogas à escravidão.

O sistema constitucional de proteção aos trabalhadores não pode ser excludente, na medida em que isso não se coaduna com o princípio vetor já várias vezes mencionado, qual

seja, da dignidade da pessoa humana, eis que esse sistema faz parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores estão inseridos no Título II, Capítulo II da Constituição Federal, logo, se submetem a aplicabilidade imediata do artigo 5º § 1º e no rol da cláusula pétreas do artigo 60§ 4º e a abertura material consagrada no artigo 5º § 2º e por certo a interpretação dos dispositivos da reforma da legislação trabalhista de 2017 não poderá retirar a fundamentalidade desses direitos.

O artigo 7º da Constituição Federal arrola os direitos fundamentais dos trabalhadores, consignando de forma expressa a natureza exemplificativa do dispositivo, ao inserir na segunda parte do caput a cláusula de abertura para outros direitos que mesmo que não formalmente constitucionais expressam direitos materialmente fundamentais.

A expressão acima referenciada demonstra que não apenas o rol do artigo 7º, mas também outros direitos expressos na Constituição, tais como, o direito à liberdade sindical, os direitos de participação dos trabalhadores, que são direitos fundamentais, mas também aqueles direitos fundamentais em sentido material, por seus atributos, importância e conteúdo relacionado à dignidade da pessoa humana, inclusive positivados nas normas decorrentes da autonomia privada coletiva, quais sejam, os acordos e convenções coletivas de trabalho, consideradas as suas especificidades.

A despeito da toada de enfraquecimento da representação sindical imposta aos sindicatos na lei da reforma, caberá aos sindicatos através de normas decorrentes da autonomia privada coletiva assegurar o não retrocesso social da classe trabalhadora, e de outro lado caberá a justiça do trabalho a função de preservação dos princípios de direito do trabalho e dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal.

O respeito a Constituição Federal e aos princípios civilizatórios de centralidade na pessoa do trabalhador, para o afastamento de aplicabilidade de dispositivos perversos impostos pela reforma, não se tratará jamais de desobediência civil como algumas lideranças políticas e empresariais tem propagado, muito ao contrário, demonstrará o compromisso com a ordem constitucional de um Estado Democrático de Direito.

O princípio de vedação do retrocesso social

A reforma trabalhista por qualquer ângulo de análise afronta o princípio da vedação do retrocesso social, na medida em que as normas de direito fundamental do trabalho produzem efeitos não somente na proteção deste em relação ao Estado, mas também, tem incidência nas relações privadas, o que se denominada, respectivamente de eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais.

A eficácia denominada vertical, ou seja, aquela que se concretiza entre o cidadão e o Estado, não é restringida aos direitos de defesa, mas também se exige uma atividade estatal positiva na concretização dos direitos fundamentais, em outras palavras, o Estado não tem apenas o dever de proteger, mas de promover o efetivo gozo dos direitos fundamentais. Na relação jurídica entre particulares, especialmente considerando-se as especificidades do contrato entre empregado e empregador, norteados e diferenciados pelo requisito da subordinação, que coloca o último em relação de vulnerabilidade ao primeiro, impõe-se a proteção dos direitos fundamentais, especialmente considerando-se o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do não retrocesso social.

Para Souto Maior¹⁰:

Uma efetiva luta pela justiça social, utilizando-se o direito do trabalho como instrumento, culmina com a constitucionalização das normas protetivas do trabalho e a normatização de seus princípios fundamentais, possibilitando a interpretação das normas infraconstitucionais com base nesses postulados. O direito do trabalho assim construído e aplicado é instrumento decisivo para a formação e a defesa da justiça social, ainda que, concretamente, em primeiro momento, só consiga minimizar as injustiças. Sob o prisma específico da teorização do direito do trabalho, o objetivo primordial é destacar que a sua origem histórica, que marca uma preocupação com e eliminação da injustiça, que é característica da relação capital X trabalho, integra-se em seu conceito, advindo daí a noção de justiça social como seu princípio maior (SOUTO MAIOR, 2000, p.259).

O princípio do não retrocesso social ou aplicação progressiva dos direitos sociais caracteriza-se pela impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados na Constituição, ou que tenham sido positivados em normas infraconstitucionais, garantindo ao cidadão o acúmulo, proteção e perenidade de seu patrimônio jurídico e o avanço na concretude fática do conceito de cidadania.

Canotilho¹¹ salienta que a noção de proteção aos Direitos Fundamentais engloba as categorias de proibição do excesso e

10 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social. São Paulo: LTR, 2000, p. 259.

11 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **ob.cit.**, p.273.

da proibição da proteção deficiente, com relação a essa última categoria no sentido de busca da máxima efetividade dos direitos sociais:

Há, porém, um outro lado de proteção que, em vez de salientar o excesso, revela a proibição por defeito (*untermassverbot*) existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (*schutzpflicht*), adotam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa, ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão dos direitos fundamentais (CANOTILHO, p.273).

Não bastasse a realidade que se verifica no Brasil da incontestável omissão do Estado que não protege e com a reforma trabalhista demonstrou que também desprotege, na medida em que não adota condutas de caráter material para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, aí incluídos os direitos fundamentais do trabalhador, não são poucas também as investidas de concepção neoliberal no sentido de desmantelamento do que as normas preconizam para essa categoria de direitos sob a justificativa da necessidade de competitividade imposta pela economia globalizada e a reforma trabalhista de 2017 seja talvez a maior investida até então experimentada no Brasil, sem que se esqueça que tramita nas casas legislativas outra reforma de cunho retrocessivo, qual seja a reforma da previdência social.

O empresariado sempre formulou e formula discurso no sentido de que os direitos dos trabalhadores além de demasiados, são os responsáveis pelas crises econômicas e pelo não crescimento econômico do Estado, o que se caracteriza em discurso que objetiva retrocesso social que macula o princípio estruturante da dignidade da pessoa humana na dimensão do trabalho e certamente a reforma trabalhista é a maior vitória que os setores predadores da sociedade conseguiram até então.

Em tempos pós reforma trabalhista impõe-se a discussão acerca da vedação do retrocesso social, com fundamento que um Estado Democrático de Direito se constrói não somente através de consenso, mas principalmente de valores inarredáveis de segurança, confiança e efetividade máxima da Constituição e de solidariedade concreta, não se pretende relegar aqui um papel secundário ao princípio da democracia de forma alguma, muito ao contrário, a democracia somente e perene e se completa através do respeito à dignidade humana do trabalhador.

No Direito Constitucional Brasileiro, o primeiro doutrinador a tratar da proibição do não retrocesso social foi Silva¹², para quem normas definidoras de direitos sociais teriam sido concebidas como normas programáticas, que dependem da atividade do legislador vinculada às imposições constitucionais, onde a lei nova não pode desfazer o grau de efeitos da constituição.

Barroso¹³ apresenta o impedimento de retrocesso social como um princípio implícito, onde o comando constitucional não pode arbitrariamente ser ceifado:

12 SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 162

13 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites de Possibilidades da Constituição Brasileira* 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158-159.

Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior (BARROSO, 2001, p.158-159).

O princípio do não retrocesso social não é expresso no texto constitucional, desta forma, necessário que se coloque a premissa necessária para o seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro, como verdadeiro direito que recebeu a garantia de fundamentalidade, qual seja, a segurança jurídica. Não se diga que o princípio do direito adquirido, inserto no artigo 5º inciso XXXVI da Constituição Federal e ainda no artigo 6º parágrafo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, é capaz de exaurir a completude de fundamentalidade no impedimento de retrocesso social, ademais considerando as especificidades das relações de trabalho, de cunho via de regra de natureza privada.

Barroso¹⁴ analisando o princípio do direito adquirido conclui que:

Note-se, que a matiz do princípio do direito adquirido é por certo restritiva, na medida em que se refere a uma dada situação concreta, o

14 BARROSO, Luís Roberto. **ob.cit**, p.159.

que pode levar a concepção de que todas as situações que não se submetem ao conceito delineado do artigo 6º da LICC não estariam cobertas pela estabilidade e revestido de um formalismo de caráter restritivo (BARROSO, 2001, p.159).

O fundamento estruturante do Estado Social Democrático de Direito em conferir segurança jurídica às relações sociais através da materialização dos direitos fundamentais, e consecução do princípio da dignidade da pessoa humana, é imprescindível para que se admita a existência da vedação do retrocesso social, assim como refere Canotilho¹⁵:

A segurança e proteção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos de seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder - legislativo executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às suas decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.

15 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p.257.

As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente à actos normativos- proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais = inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação aos actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos da confiança são exigíveis perante qualquer ato de qualquer poder - legislativo executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às suas decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente à actos normativos- proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais = inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação aos actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos (CANOTILHO, 1994, p.257).

O alcance do princípio do não retrocesso social deve levar em consideração o carácter absoluto dos direitos fundamentais,

a despeito de entendimentos contrários da doutrina, no que se refere à relativização.

Os direitos fundamentais sociais estão umbilicalmente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, assim considerá-los em caráter relativo, coloca em risco e na berlinda o principal princípio de um Estado Social e de Direito e o verdadeiro alcance do princípio do não retrocesso trata-se de verdadeira blindagem e proteção dos direitos fundamentais.

O princípio do não retrocesso social faz parte da essência de um Estado de Direito, pois, só através dele é possível a concretização da segurança jurídica, que se materializa através de todas as atividades estatais, quer as de natureza legislativa, onde a atuação do legislador deve se pautar nos fundamentos e estruturas definidas pela constituinte originária e nos valores da sociedade, nas de natureza administrativa na concepção e efetivação de políticas públicas de inclusão e erradicação das mazelas que permeiam a sociedade, e por fim, nas funções judiciárias, de verdadeiro guardião do Estado de Direito através de medidas corretivas às ações que visem macular o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa toada uma vez concretizados os direitos fundamentais em sede legislativa, passam a exibir status negativo próprio dos direitos de primeira dimensão, inclusive em relação ao legislador, que não pode impedir através da atividade legiferante a concretização dos direitos fundamentais, sem a criação de mecanismos equivalentes, sob pena de ato atentatório a justiça social.

A discussão sob vedação de retrocesso social no contexto da necessária existência de recursos financeiros e materiais, se estendeu com a reforma trabalhista de 2017 de forma sub-reptícia aos direitos dos trabalhadores, sob a alcunha de flexibilização ou desregulamentação dos de direitos laborais através do discurso para que o Estado brasileiro e as empresas

aqui sediadas, sejam elas nacionais ou transnacionais, possam fazer frente às exigências do mercado globalizado, o que significa na realidade relegar o trabalho humano a um simples e secundário elemento de produção que pode ser descartado e objeto de máculas sem qualquer cerimônia.

A necessária e urgente rearticulação dos trabalhadores

No Brasil ou internacionalmente é de fundamental importância a verificação do papel a ser desempenhado pelas entidades sindicais na melhoria da condição social dos trabalhadores e defesa contra as práticas retrocessivas que se multiplicam em razão da globalização econômica e no Brasil também em razão da reforma trabalhista.

A Constituição Federal reserva grande importância à função dos sindicatos na representação dos interesses das respectivas categorias, e o significado disso não se refere, por óbvio aos interesses individuais de cada trabalhador, no cenário do sistema confederativo de representação sindical no Brasil, necessário que se verifique qual o papel que pode ser desempenhado pelas entidades sindicais no combate ao menosprezo do valor social do trabalho frente a reforma trabalhista.

Os instrumentos que podem ser utilizados pelos sindicatos existem, no entanto, essas entidades pecam por sua constante e deliberada omissão, em muitas ocasiões nada defendem os interesses dos trabalhadores e essa realidade tem que ser transformada.

Além da atuação dos sindicatos e demais entidades sindicais atreladas ao princípio da unicidade social, as centrais sindicais como entidades de coordenação sindical no nível nacional certamente devem desempenhar o papel de articulação de mecanismos de defesa, que possibilitem um planejamento estratégico de forma a coibir as ações relacionadas ao retrocesso

social neste momento de incertezas e fragilidade. Considerando que as questões que envolvem os direitos dos trabalhadores, em razão da reforma não se resumem aos interesses específicos de cada categoria, muito ao contrário, as mazelas impostas pelo capitalismo globalizado, na tônica do desemprego estrutural e da precarização das condições de trabalho como a subcontratação e a pejetização, perpassa pelo conjunto de trabalhadores sem qualquer distinção, as entidades intercategoriais podem ser muito mais efetivas na priorização dos interesses que devem ser objeto de sua ação e articulação.

As centrais sindicais, se verdadeiramente representativas, certamente podem se colocar como interlocutores dos interesses dos trabalhadores, não somente perante as entidades representativas dos interesses do capital, mas também, em relação ao Estado e a sociedade civil, afinal o papel de proteger os trabalhadores não se restringe ao Poder Judiciário.

Considerações finais

A opção solidarista da Constituição Federal de 1988, que reconheceu o trabalho na sua dimensão social e o incluiu como uma das faces para a concretude do princípio da dignidade da pessoa humana, reclama que o fenômeno contratual trabalhista que se vê às voltas com os efeitos da globalização e da sociedade da informacional, reconheça o trabalhador não como um sujeito abstrato, mas como pessoa, pois, de nada serve o Direito que desconsidera a realidade social e a reforma trabalhista fez pouco caso a tudo isso, como se tivesse por objetivo transformar o Direito Social do Trabalho em Direito Empresarial do Trabalho.

A reforma trabalhista de 2017 não passou por qualquer discussão no seio da sociedade, foi imposta de forma extremamente meteórica, o que não permitiu sequer que as entidades

sindicais representativas dos trabalhadores se mobilizassem para a discussão e reflexão, certamente a rapidez e a forma autoritária foram as estratégias adotadas para a conclusão do objetivo de desqualificar a relação de trabalho subordinado, a representação dos trabalhadores e a Justiça do Trabalho, basta um simples passar de olhos na reforma para que se verifique que a grande maioria dos dispositivos se baseiam em teses defensivas usadas pelo empresariado em ações trabalhistas, muitas rechaçadas pela atuação judicial em todas as instâncias.

O Direito do Trabalho historicamente sempre desempenhou papel social, na medida em que normatiza e regulamenta as relações sociais de produção capitalista, não há de se vislumbrar um sistema capitalista sem a existência ou desmantelamento desse ramo do Direito, que se traduz ferramenta de manutenção do próprio capitalismo e deve se pautar nos princípios constitucionais postos em busca da concretude, considerando-se os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, do pleno emprego, da proteção do meio ambiente do trabalho, de forma a se efetivar o respeito aos direitos da personalidade do trabalhador em relação aos abusos de ordem material e moral, quer por omissão ou intenção.

Com a eclosão de novas formas de contratação que tentam mascarar a subordinação como se isso pudesse suprimir da sociedade o conflito entre capital e trabalho, assim a terceirização e a pejetização, são colocadas na ordem fática das relações de trabalho e se cria o ideário através das novas formas de gestão de recursos humanos onde a subordinação é substituída pela parceria, e assim o conflito é mascarado, e nesse processo, o trabalhador se aliena da sua real condição, onde o seu algoz é outro trabalhador e não a empresa que menospreza seus direitos de forma diuturna.

Em tempos de globalização observa-se o discurso que objetiva a eliminação do conflito entre trabalhadores e

empregadores, o que por certo se trata de uma falácia que se encontra no cerne da reforma trabalhista, na medida em que a relação de trabalho traz em sua essência a subordinação jurídica, onde o trabalhador coloca a sua força de trabalho a disposição da vontade empresarial, assim existe tão somente a possibilidade fática de regulação dos interesses e jamais eliminação completa dos conflitos de matiz trabalhista.

Referências

- ALEXY Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites de possibilidades da Constituição Brasileira** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- _____. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CORREIA Marcus Orione Gonçalves. **Teoria e prática do poder de ação na defesa dos direitos sociais**. São Paulo: Ltr, 2002.
- DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. In SILVA, Alessandro da; MAIOR, Jorge Luiz Souto; BOUJIKIAN, Kenarik; SEMER, Felipe (coord.). **Direitos humanos- Essência do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O Direito do Trabalho como Instrumento de Justiça Social**. São Paulo: LTR, 2000.

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO DO TRABALHO

Mauricio de Figueiredo Corrêa da Veiga¹

Introdução

A reforma trabalhista trouxe profundas alterações no sistema laboral brasileiro e está em vigor desde o dia 11.11.2017, com as alterações promovidas pela Medida Provisória n.º 808/2017. É grande a expectativa acerca da resposta do Poder Judiciário em relação a trechos da Lei n.º 13.467/2017, principalmente após a posse da nova diretoria do Tribunal Superior do Trabalho ocorrida no dia 26.02.2018, ocasião na qual o presidente empossado, assegurou a aplicação da Constituição Federal quando houver conflito com a lei ordinária².

O objetivo do presente artigo é afastar o embate ideológico que lamentavelmente tem pautado as discussões acerca da nova lei trabalhista, para enfrentar o tema proposto que diz respeito a prescrição intercorrente no processo do trabalho que

1 Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de LISBOA-UAL; Membro da Academia Brasiliense de Direito do Trabalho; Conselheiro da OAB/DF; Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros; Sócio do escritório Corrêa da Veiga Advogados.

2 <http://economia.ig.com.br/2018-02-26/tst.html> . Em seu discurso de posse, o Ministro João Batista Brito Pereira enfatizou que quando houver conflito de normas prevalece a Constituição do Brasil.

passa a ser tratada no artigo 11 da CLT, bem como a sua aplicação no tempo.

Prescrição e alteração contratual ilícita

A prescrição está mantida no art. 11 da CLT, razão pela qual permanece a regra no sentido de que “a pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

Contudo, foi incorporada no texto legal a previsão contida na Súmula n.º 294/TST, sendo que o § 2º passará a dispor que:

§ 2º Tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.

Essa orientação há muito já era aplicada pelo Tribunal Superior do Trabalho, cabendo aqui mencionar o julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência n.º IUJ-RR 6928/86.3, de 10 de abril de 1989, em que figurou como recorrente a Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE.

O incidente foi suscitado tendo em vista que a 1ª Turma do TST aplicava a prescrição total quando a controvérsia versava sobre alteração do contrato de trabalho, com repercussão em prestações de trato sucessivo (Min. Fernando Franco), enquanto que a 2ª e 3ª Turmas entendiam de forma simetricamente oposta (Min. Ranor Barbosa, Min. Marcelo Pimentel).

Na época o parecer do Subprocurador Geral do Trabalho opinava pela eleição do entendimento adotado pela 1ª Turma, porquanto a hipótese estaria abrangida pela jurisprudência

predominante da Corte, revelada pelo então Enunciado n.º 198/TST.

O Ministro Coqueijo Costa, então presidente da E. 3ª Turma elaborou parecer em que manifestou posição contrária ao incidente de uniformização e à formalização e inclusão de novo verbete na Súmula da Corte, enquanto que o Ministro Barata Silva, na qualidade de presidente da Comissão de Súmulas se inclinou favorável à formalização de um novo Enunciado, que fosse amplo para abranger todos os aspectos da alteração contratual e sugeriu a seguinte redação: “A alteração contratual, dependente de mútuo consentimento, feita unilateralmente, ou com prejuízos ao empregado é nula, e atingindo prestações jurídicas periódicas devidas ao empregado, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma dessas prestações e não da lesão do direito.”

Nota-se, portanto que o conflito era suficiente para ensejar a instauração do incidente.

O relator do incidente foi o Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello que ao adentrar o mérito da discussão ressaltou a existência da prescrição parcial e total previstas no ordenamento pátrio. Restou mencionado que se o empregador altera as condições do contrato causando prejuízo ao empregado, há o cometimento de um ilícito trabalhista (art. 468 da CLT), no que assegura ao trabalhador não o direito em si a qualquer parcela, mas a intangibilidade do contrato de trabalho. Portanto, verificado o ato, surge no patrimônio do empregado o direito de assegurar a manutenção das condições primitivas, surgindo, neste instante, o direito de ação e a partir deste começando a fluir o prazo prescricional, razão pela qual tem o empregado o prazo de dois anos para pleitear a reparação do direito que importa na preservação do *statu quo ante*.

Dessa forma, por maioria de votos³, em 10.04.1989, foi fixado novo verbete jurisprudencial consagrado na Súmula n.º 294/TST e que agora (com pequenas modificações na redação) passa a fazer parte do ordenamento jurídico trabalhista.

Interrupção da prescrição

O § 3º do art. 11 trata da hipótese de interrupção da prescrição:

§ 3º A interrupção da prescrição somente ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista, mesmo que em juízo incompetente, ainda que venha a ser extinta sem resolução do mérito, produzindo efeitos apenas em relação aos pedidos idênticos.

Prescrição intercorrente

A Jurisprudência trabalhista não admitia prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho. Contudo, a nova lei passa a dispor que:

Art. 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos.

§ 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.

§ 2º A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição.

3 Ficaram vencidos os Ministros Coqueijo Costa, Barata Silva, Orlando Teixeira da Costa e Fernando Vilar, tendo sido apresentado voto vencido pelo Ministro Barata Silva.

Atualmente, algumas regras que tratam da prescrição estão disciplinadas nas Súmulas ns. 294, 326 e 327 do TST e nas Orientações Jurisprudenciais n. 175 do TST. Além disso, passa a ser reconhecida a prescrição intercorrente no processo do trabalho, no prazo de dois anos, devendo ser ressaltado que essa previsão já era reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal desde 13.12.1963, data da edição da Súmula n. 327 daquela Corte (devendo ser ressaltado que o primeiro precedente data de 1951, de autoria do Ministro Luiz Gallotti, que afirmou nos autos do AI n. 14.744-DF, que a invocação do princípio protetório do Direito do Trabalho para afastar a prescrição intercorrente era digno de apreciação, mas que não estava assegurado em preceito de lei).

No ano de 2009, escrevi breve artigo⁴ no qual pretendi abordar a prescrição da execução trabalhista, nada obstante a redação da Súmula n. 114/TST e a posição predominante da jurisprudência.

Um dos objetivos, portanto, era trazer à tona os efeitos provocados pela inércia do reclamante em promover a execução do título exequendo, mesmo sendo a execução uma fase contínua do processo de conhecimento, e não mais um processo autônomo naquele modelo pregado por Liebman⁵, por força da Lei n. 11.232/2005.

A arguição de prescrição da execução (também denominada de prescrição intercorrente) não é uma inovação, eis que a própria CLT prevê a alegação de prescrição na fase de execução. É o que dispõe o § 1º do art. 884 daquele diploma, *verbis*: **Art. 884.** [...] [...]§ 1º A matéria de defesa será restrita às

4 VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa da. Hipóteses de cabimento da prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 71, n. 7, p. 807, jul. 2007.

5 LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1980.

alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida.

Com efeito, a prescrição de que trata este dispositivo legal não é aquela prevista no art. 7º, XXIX, da CRFB — esta é de ser arguida em instância ordinária —, mas a prescrição intercorrente.

Na fase de execução, caso o processo fique parado por mais de dois anos, por causa da inércia do reclamante e sem que haja qualquer justificativa razoável para tal, esta matéria pode ser ventilada quando da oposição de embargos à execução.

As ações imprescritíveis devem ser repudiadas, pois perpetuam uma situação e geram instabilidade jurídica (salvo aquelas em que se discute grave violência a Direitos Humanos, como a tortura, por exemplo, que neste caso faz-se necessária e prudente a imprescritibilidade do direito de ação sob pena de se repetir o ato criminoso).

Seguindo o ensinamento de Vicente Ráo, “os direitos não existem para permanecer inertes, para viver abstratamente; existem, sim, para ser exercidos, em proveito do titular, de outrem ou da coletividade”.⁶

Com efeito, o art. 202 do Código Civil Brasileiro já consagrou a hipótese de ocorrência da prescrição no decorrer do processo, ou seja, depois de ajuizada a ação.

Por meio da Súmula n. 150, o Supremo Tribunal Federal afirma que “*prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação*”.

A Súmula n. 327 do STF, dispõe que o “direito trabalhista admite a prescrição intercorrente”, todavia, esta orientação não é seguida por juristas trabalhistas, tendo o Tribunal Superior do Trabalho adotado entendimento diametralmente oposto ao

6 RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

editar a Súmula n. 114, que caminha na contramão do posicionamento do Pretório Excelso: “ É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente”.

O argumento mais robusto para a manutenção da Súmula da mais alta Corte Trabalhista é o fato de que a execução pode ser impulsionada por qualquer interessado, inclusive de ofício, pelo juiz. Nada obstante os respeitáveis entendimentos neste sentido, insta salientar que a previsão contida no art. 878 da CLT é uma faculdade e não um dever do magistrado.

Outrossim, a Súmula n. 114 do TST não pode ser aplicada indistintamente, devendo cada caso específico ser analisado individualmente. Isto porque a mencionada Súmula foi editada com base nas orientações da Lei de Executivos Fiscais — de aplicação subsidiária na fase de execução no Processo no Trabalho. Preceitua o art. 40 da Lei n. 6.830/80 que “o juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição”. Aduz, ainda, o § 3º do mesmo dispositivo que caso a qualquer tempo forem encontrados bens ou o devedor, a execução seguirá seu curso novamente.

Segundo o entendimento do Magistrado Sergio Pinto Martins⁷, dispensável falar em aplicação da Lei n. 6.830/80, uma vez que a própria CLT dispõe que a prescrição é matéria a ser alegada em sede de embargos:

A prescrição de que fala o § 1º do art. 884 da CLT só pode ser, porém, a prescrição intercorrente, quando a parte vai alegá-la nos embargos. Assim, se a própria CLT regula a matéria, não há como se aplicar a Lei n. 6.830/80. Verbis (grifos nossos).

7 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 615.

Todavia, deve restar claro que a prescrição intercorrente pode ser arguida quando o credor/exequente, por inércia, deixa de executar o título que lhe é favorável, sem promover os atos necessários para a conservação do direito.

Cumprе frisar que na medida em que o *ius postulandi* infelizmente ainda vigora na Justiça do Trabalho, quando o reclamante estiver desassistido de advogado, não deverá ser declarada a prescrição da execução, pois, sem um mandatário dificilmente o autor da ação disporá de todos os meios necessários e suficientes para impulsionar a execução.

O Professor Rodrigues Pinto⁸ apresenta duas razões para justificar o seu posicionamento e é expresso em afirmar que “Não obstante o peso dessas justificativas e circunstâncias, preferimos ficar com os vencidos pelo Enunciado n. 114, seja porque o exercício do jus postulandi é, por sua vez, facultativo, incapaz, portanto, de autorizar quem é parte em juízo a perpetuar o andamento da lide, muitas vezes com propósitos subalternos, seja porque o impulso processual pelo juiz, além de não lhe ser exigido como dever, nem sempre pode dar-se, como lembra Wagner Giglio, até mesmo na cognição, exemplificando com a reintegração condicionada à devolução de indenização, e tanto mais na execução, como se dá com a liquidação por artigos”.

Apesar do teor contido na Súmula n. 114 do TST, a matéria está longe de ser pacificada.

Até a vigência da Lei n. 11.232/2005, a prescrição da execução poderia ser arguida nos casos mencionados no capítulo anterior, sendo que sua apreciação não encontrava óbice na Súmula n. 114, uma vez que o referido verbete de jurisprudência se refere a impossibilidade de ocorrência da prescrição

8 PINTO, José Augusto Rodrigues. **Execução trabalhista**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2004.

intercorrente no Processo do Trabalho, enquanto que a prescrição da execução, em determinados casos, era possível e se distinguia da prescrição intercorrente em virtude do caráter autônomo do processo de execução.

Ocorre que a Lei n. 11.232/05 incluiu o art. 475-I no Código de Processo Civil que, segundo o Desembargador do TJ/RJ, Alexandre Câmara⁹, dispensa o processo executivo autônomo nas sentenças condenatórias em obrigação de fazer, na medida em que remete ao cumprimento da sentença na forma dos arts. 461 e 461-A daquele Código.

Previsão similar àquela contida no art. 884, § 1º, está no inciso VI do art. 475-L do Código de Processo Civil, no qual prevê que a sentença de liquidação poderá se impugnada quando ocorrer qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

Portanto, a prescrição da execução anteriormente defendida parece não ser mais possível. Todavia, a arguição da prescrição intercorrente¹⁰ deve ser (como vem ocorrendo) considerada pela jurisprudência trabalhista.

A jurisprudência:

PRESCRIÇÃO EXECUTÓRIA — PROCESSO PARALISADO — LAPSO SUPERIOR A DOIS ANOS — INÉRCIA DO EXEQUENTE — CONFIGURAÇÃO.

A prescrição da pretensão executória se consuma quando o exequente, por sua exclusiva

9 CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

10 Na lição de Arnor Serafim Jr., nesta hipótese o mais correto seria a utilização do vocábulo prescrição intracorrente. **A prescrição na execução trabalhista**. São Paulo: LTr, 2006. p. 87.

inércia, deixa o processo paralisado por mais de 2 anos.

VOTO

(...)

PRESCRIÇÃO

Assevera a reclamada que sobre a execução em curso incide a prescrição intercorrente, em decorrência da paralisação do processo por mais de 05 anos, por inércia do demandante. Nesse tópico, a confusão parte da agravante, por não distinguir prescrição intercorrente e executória. Enquanto a primeira é conceituada por Isis de Almeida¹¹ como “aquela que vai fulminar a execução durante a sua tramitação”, a prescrição executória impede que a fase de execução seja instaurada quando, por culpa exclusiva do exequente, o processo ficar sem andamento por mais de 2 anos. É o caso dos autos. Não obstante a errônea nomenclatura ofertada pela agravante, não se pode albergar a atitude do reclamante, pretendendo iniciar a execução da sentença transitada em julgado em 16 de setembro de 1993 (fl. 73 verso) quando decorridos mais de cinco anos do último despacho proferido nos autos, em 28.9.1993 (fl. 74 verso). Inevitavelmente houve consumação da prescrição da pretensão executória. Nesse sentido encontram-se sedimentadas decisões em âmbito nacional, inclusive nesta Corte Trabalhista. Exemplificando: AGRAVO DE PETIÇÃO — PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA — Cabível, na Justiça obreira, a incidência da prescrição da pretensão executória, quando da absoluta inércia da parte no biênio legal, cujo termo a quo encontra-se

11 ALMEIDA, Isis de. **Manual de direito processual do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 1998. v. 2, p. 441.

no trânsito em julgado da decisão liquidanda. (TRT 20ª R. — AP 1200/99 — J.C.J. de Propriá — Rel. Juiz Eduardo Prado de Oliveira — J. 9.8.1999) Restando provado que a instauração da execução ocorreu em 29.3.1999, por meio de apresentação de Cálculos, fls. 82/84, não há dúvidas de que se configurou a prescrição da pretensão. Diante desse fato, declaro prescrição a pretensão executória, via de consequência, extingo o processo com julgamento do mérito, com fulcro no inciso IV do art. 269 do CPC. Rejeito a preliminar de inépcia da petição suscitada em contrarrazões e declaro prescrita a pretensão executória do reclamante, via de consequência, extingo o agravo de petição interposto, com julgamento do mérito, com fulcro no inciso IV do art. 269 do CPC.

DECISÃO

Acordam os Exmos. Srs. Juízes do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região, por unanimidade, rejeitar a preliminar de inépcia da petição suscitada em contrarrazões e dar provimento ao agravo para considerar prescrita a pretensão executória do reclamante, extinguindo o processo com julgamento do mérito, com fulcro no inciso IV do art. 269 do CPC.

(TRT-20ª Região — Processo n. 04.01-0295/92 — Decisão: 29.2.2000. tipo: AP n. 2137/99 — Turma: Tribunal Pleno — Diário de Justiça do Estado de Sergipe. Data: 5.4.2000 — Relator Juiz Antônio Carlos Pacheco de Almeida)

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

É certo que a doutrina e a jurisprudência admitem, em situações especiais, a declaração da prescrição intercorrente no direito do trabalho. **Entretanto, tais situações somente se configuram quando o processo permanece**

paralisado por culpa exclusiva do exequente e não poderia ter sido impulsionado ex officio pelo juízo. Em se tratando de paralisação decorrente da ausência da apresentação, pelo devedor, de documentos para viabilizar a liquidação, não se considera cabível a declaração da prescrição intercorrente, eis que o procedimento poderia ter sido movimentado pelo juízo da execução. Decisão: Por unanimidade, conhecer do agravo de petição e, no mérito, dar-lhe parcial provimento.

(TRT 18ª REGIÃO — AP 1.466/2001 — DJE-GO 19.4.2002 — p. 89 — Relator: Juiz Geraldo Rodrigues do Nascimento)

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE — APLICAÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO — SÚMULA N. 327 DO STF E ENUNCIADO N. 114 DO TST

Estando a parte devidamente representada por advogado e não praticando os atos que lhe competem para o prosseguimento da execução, deixando o processo paralisado por mais de dois anos, extingue-se a execução face à prescrição intercorrente, consoante entendimento consubstanciado na Súmula n. 327 do C. STF, vez que não se trata de hipótese de *ius postulandi*, fundamento gerador da edição do Enunciado n. 114 do E. TST.

(TRT — 3ª Região — AP 4862/99 — Relatora: Juíza Maria José C. B. de Oliveira — DJMG de 24.5.2000)

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE — PARALISAÇÃO DO PROCESSO POR MAIS DE DOIS ANOS — EXECUÇÃO — OCORRÊNCIA

Prescrição intercorrente — Quando a parte autora dá causa a paralisação do processo por mais de dois anos, opera-se a chamada

prescrição intercorrente, já que na Justiça do Trabalho prescreve a execução no mesmo prazo da ação.

(TRT da 7ª Região — Ac. n. 1499/00 — Relator: Jacintho Moreira Salles — maioria — julg. em 3.4.2000 — TRT n. 6.829/99 — Publicado DOJT/CE de 28.4.2000)

DA PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO.
ENUNCIADO N. 114. SÚMULAS NS. 150 E 327 DO STF

Existe uma diferença estrutural entre o processo comum e o trabalhista. Enquanto no processo comum a liquidação de sentença e a execução — excepcionado o caso de simples cálculo aritmético (art. 604) — têm natureza jurídica de verdadeira ação, no processo do trabalho, tem natureza jurídica de simples decisão interlocutória mista. Lá a decisão proferida (art. 162) tem a dignidade de verdadeira sentença a desafiar inclusive a ação rescisória, aqui é apenas mera decisão interlocutória que poderá ser desfeita por ação anulatória. Daí não admitir a prescrição intercorrente na execução. Todavia, a prescrição poderá ocorrer na fase de accertamentos quando, decorridos cinco anos, a executada não for citada. É que proposta a ação antes de dois anos adquire a parte o direito de discutir matéria dos últimos cinco anos (art. 7º, XXIX, “a”, CF). Também a prescrição, a partir daí, será de cinco anos. Nesse sentido direciona o art. 40 da Lei n. 6.830/80 (art. 889, CLT).

(TRT da 2ª Região — Ac. n. 02990069768 — Relator: Francisco Antônio de Oliveira; 5ª Turma — Processo n. 02980524691/98, Publicado no DO 19.3.1999)

ACÇÃO DE EXECUÇÃO TRABALHISTA. PRESCRIÇÃO. PRAZO

1. A prescrição da ação de execução trabalhista, que não se confunde com prescrição intercorrente, está escrita no § 1º do art. 884 da CLT. Oportunamente arguida, cabe ao julgador aplicá-la, observando o prazo legalmente previsto. 2. O prazo estatuído no inc. XXIX do art. 7º da CF aplica-se à ação de conhecimento. A prescrição da ação de execução trabalhista não tem regência constitucional, segunda a ótica do STF (STF, AG-140.108-7-SP, Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 7.8.1992, p. 11.783). 3. Por exclusão, incide sobre a ação de execução trabalhista o disposto no art. 11 da CLT, sobrevivente à Carta Política de 1988, para esta finalidade. Bienal, portanto, o prazo de prescrição que alcança o direito de ação de execução trabalhista. 4. Agravo de petição ao qual se dá provimento, para julgar extinto o processo de execução, porque nuclearmente prescrito o direito de ação.

(TRT da 2ª Região — Ac. n. 029880498100 — Relatora: Vilma Capato; 10ª Turma. Processo n. 02980100336, Publicado no DO 2.10.1998)

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

Aplica-se no processo do trabalho. Não fosse assim, inexistiria o texto da CLT, art. 884, § 1º: “A matéria de defesa será restrita às alegações de [...] prescrição da dívida”. Esta só pode ser a prescrição intercorrente, pois a do processo de cognição já está preclusa; nessa fase. Assim, também o STF, Súmula n. 327.

(TRT da 2ª Região — Ac. n. 02980198670 — Relator: Valentin Carrion; 9ª Turma. Processo n. 02970374654, Publicado no DO 28.4.1998)

PRESCRIÇÃO DA ACÇÃO DE EXECUÇÃO TRABALHISTA:

A prescrição da ação de execução trabalhista, que não se confunde com prescrição intercorrente, está prevista no § 1º do art. 884 da CLT. Por não haver regência constitucional para o caso, aplica-se-lhe o disposto no art. 11 da CLT, sobrevivente à CF/88, sendo bienal, portanto, o prazo de prescrição.

(TRT da 2ª Região — Ac. n. 20020756024 — Relator: Vilma Capato; 4ª Turma. Processo n. 36827200290202007, Publicado no DO 29.11.2002)

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE
— APLICABILIDADE

Competindo à parte o dever legal de praticar determinado ato para dar andamento à execução, e quedando-se esta inerte, a ponto de permanecer a execução paralisada por mais de dois anos, apesar de cientificada e advertida de cumprir o ato em prazo determinado, de se aplicar a prescrição intercorrente (Súmula n. 327, STF), extinguido-se a execução, na forma do art. 794 do CPC, c/c art. 884, § 1º, da CLT. Nada obstante, a existência do Enunciado n. 114, que sustenta ser inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente, trata-se de jurisprudência sem efeito vinculante e que deve ceder passo ao entendimento do STF.

(TRT da 15ª Região — Relator: Nildemar da Silva Ramos. Processo: AP — 20694/2002, Publicado no DO 14.11.2002)

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.
INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO N. 114 DO C. TST. CABIMENTO.

Nada obstante os termos do Enunciado n. 114 do C. TST, é perfeitamente aplicável a prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho, posto

que ausente a força vinculante da súmula. Ademais, o próprio Estatuto Obreiro prevê a ocorrência desse instituto, na medida em que o inclui nas matérias previamente delimitadas para arguição nos Embargos à Execução (§ 1º do art. 884). Entretanto, imprescindível que a inércia seja do autor, e que o ato que devesse ser praticado fosse de sua exclusiva responsabilidade.

(TRT da 15ª Região — Relator: Luis Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. Processo: AP 1496-1983-001-15-00-0, Publicado no DO 17.10.2002)

AGRAVO DE PETIÇÃO — PRESCRIÇÃO DA EXECUÇÃO.

Não se confundem prescrição da execução e prescrição intercorrente. Esta se dá depois de instaurada a execução e não tem sido acolhida pela jurisprudência. Aquela decorre da inércia do Exequente que, após o trânsito em julgado da sentença, não se interessa em dar início ao processo de execução (Súmula n. 150 do C. STF). Recurso provido para julgar extinta a execução.

(TRT da 15ª Região — Relator: Iara Alves Cordeiro Pacheco. Processo: AP 1370-1988-016-15-00-9, Publicado no DO 1º.12.1999)

PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE — APLICAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Em situações especialíssimas, em que se avulta o manifesto desinteresse do exequente na execução, permanecendo inerte por quase quinze anos, a despeito de regularmente intimado a oferecer elementos para prosseguir-la, aplica-se ao processo do trabalho a prescrição intercorrente.

(TRT 3ª Reg. AP 00078-1989-057-03-00 — (Ac. 6ª T.) — Rel. Juiz Ricardo Antônio Mohallem. DJMG 5.2.2004, p. 11)¹²

Desta forma, tendo em vista a copiosa jurisprudência de que a prescrição pode ser acatada na fase de execução, é forçoso se concluir que a matéria está longe de ser pacificada, uma vez que há inúmeras divergências entre a máxima Corte trabalhista do país e o Supremo Tribunal Federal.

Logo, pode-se concluir que a injustificável inércia do reclamante para promover os atos necessários para o impulso da execução deve ser compelida pelo Poder Judiciário.

As próprias inovações tecnológicas provenientes do avanço da informática contribuem para que a parte utilize de todos os meios necessários para célere tramitação processual.

A Jurisprudência dos Tribunais Regionais vem admitindo a decretação da prescrição na fase de execução, fato este que, até a edição da Lei n. 11.232/2005 não divergia do disposto na Súmula n. 114 do C. TST, pois aquela Corte não admite a prescrição intercorrente, porém é silente em relação à possibilidade de arguição da prescrição da execução.

Todavia, a partir do momento em que a execução não mais é um processo autônomo, a prescrição a ser arguida nesta fase processual é a intercorrente, razão pela qual nos parece prudente e necessário que o C. TST reveja o referido verbete de Jurisprudência, tendo em vista a oscilação das decisões que envolvem o tema.

Desta forma, configurada a hipótese de paralisação do processo por dois ou mais anos, por culpa exclusiva do reclamante, estando assistido por advogado, deverá ser declarada pelo juiz a prescrição da execução caso a parte contrária não o faça.

12 **Suplemento de Jurisprudência**, LTr, n. 12, p. 92, 2004.

Cumpra-se observar que por se tratar de matéria de ordem pública a declaração da prescrição efetuada de ofício pelo Juiz é dever deste por força do que prescreve o § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, em razão da alteração promovida pela Lei n. 11.280/2006.

Portanto, desde o início do século XXI já havia um movimento para se reconhecer a arguição de prescrição intercorrente, o que passa a ser possível por força de imperativo legal.

Conclusão

A prescrição intercorrente é matéria de ordem pública, razão pela qual qualquer juiz ou tribunal gozará de legitimidade para decreta-la, desde que satisfeitos os requisitos legais (omissão injustificada do credor pelo prazo de dois anos, contados da intimação da respectiva determinação judicial).

Em relação a aplicação da lei, não há como se interpretar que o parágrafo 3º do art. 11 da CLT se aplica somente nos processos ajuizados sob a égide da Lei n.º 13.467/2017, na medida em que sua aplicação deverá ser feita nos processos em curso, desde que haja a determinação judicial explicitada no art. 11 § 2º, tendo em vista a disposição contida no art. 6º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

A declaração de ofício da prescrição intercorrente ensejará o contraditório prévio acerca do tema, tendo em vista a real possibilidade de estarem configuradas causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional.

Em que pese a disposição da Súmula n.º 114/TST, que deverá ser cancelada pelo TST, já havia julgamentos aplicando a prescrição intercorrente no processo do trabalho diante da previsão contida no art. 884 da CLT e na própria Súmula n.º 327 do Supremo Tribunal Federal, sendo que a agora a questão foi dirimida e incorporada no ordenamento jurídico pátrio.

Referências

ALMEIDA, Isis de. **Manual de direito processual do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 1998. v. 2.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Execução trabalhista**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2004.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SERAFIM JÚNIOR, Arnor. **A prescrição na execução trabalhista**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2006.

VEIGA, Mauricio de Figueiredo Corrêa da. **Hipóteses de cabimento da prescrição intercorrente na justiça do trabalho**. Revista LTr: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 71, n. 7, p. 807, jul. 2007.

Sítios da internet

Câmara dos Deputados — <www.camara.gov.br>.

IG - <www.economia.ig.com.br>.

Presidência da República — <www.planalto.gov.br>.

Tribunal Superior do Trabalho - <www.tst.jus.br>.

ASPECTOS DA AUDIÊNCIA TRABALHISTA À LUZ DA LEI 13.467/17

Mauro Schiavi¹

Do arquivamento

O art. 844, da CLT fora substancialmente alterado para fixar o pagamento de custas em caso de arquivamento do processo por ausência do reclamante na audiência, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável, sendo certo que o pagamento das custas processuais, pelo reclamante, será condição para o ingresso com nova reclamação.

Doravante, diante do arquivamento, para evitar o pagamento das custas processuais, o reclamante terá que comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável. O prazo começa a fluir da própria audiência, sem necessidade de notificação do reclamante. Argumentam os defensores da alteração, que ela imprimirá maior seriedade ao processo do trabalho, evitará extinções prematuras do processo, e compensará em parte os custos da máquina diante do arquivamento.

1 Mauro Schiavi é Juiz Titular da 19ª Vara do Trabalho de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor no Curso de Pós-Graduação do Mackenzie/SP. Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação Autor de 17 livros, dentre eles: Manual de Direito Processual do Trabalho. 13ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

Os motivos legalmente justificáveis estão arrolados de forma não exaustiva no artigo 473, da CLT, "in verbis":

"O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário:

I - até 2 (dois) dias consecutivos, em caso de falecimento do cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, declarada em sua carteira de trabalho e previdência social, viva sob sua dependência econômica; (Inciso incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

II - até 3 (três) dias consecutivos, em virtude de casamento; (Inciso incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

III - por um dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana; (Inciso incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

IV - por um dia, em cada 12 (doze) meses de trabalho, em caso de doação voluntária de sangue devidamente comprovada; (Inciso incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

V - até 2 (dois) dias consecutivos ou não, para o fim de se alistar eleitor, nos termos da lei respectiva. (Inciso incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

VI - no período de tempo em que tiver de cumprir as exigências do Serviço Militar referidas na letra "c" do art. 65 da Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar). (Incluído pelo Decreto-lei nº 757, de 12.8.1969)

VII - nos dias em que estiver comprovadamente realizando provas de exame vestibular para ingresso em estabelecimento de ensino superior. (Inciso incluído pela Lei nº 9.471, de 14.7.1997)

VIII - pelo tempo que se fizer necessário, quando tiver que comparecer a juízo. (Incluído pela Lei nº 9.853, de 27.10.1999)

IX - pelo tempo que se fizer necessário, quando, na qualidade de representante de entidade sindical, estiver participando de reunião oficial de organismo internacional do qual o Brasil seja membro. (Incluído pela Lei nº 11.304, de 2006)

X - até 2 (dois) dias para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira; (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

XI - por 1 (um) dia por ano para acompanhar filho de até 6 (seis) anos em consulta médica. (Incluído dada pela Lei nº 13.257, de 2016).

Além das hipóteses acima, consideramos justificável a doença do reclamante, devidamente comprovada por atestado médico que impeça sua locomoção até o local da audiência.

No entanto, exigir o recolhimento das custas, e ainda condicionar o recolhimento destas como condição de ingresso de nova ação no caso do autor beneficiário de Justiça gratuita viola o princípio do constitucional do acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da CF), e também do da assistência judiciária integral (artigo 5º, LXXIV, da CF), e a própria essência do benefício da justiça gratuita, que é isentar a pessoa economicamente vulnerável das despesas do processo. Além disso, atenta contra o princípio da gratuidade do processo trabalhista que exterioriza o princípio do protecionismo processual na esfera trabalhista. Portanto, de nossa parte, as custas do beneficiário de justiça gratuita em caso de arquivamento, não devem ser cobradas

pela Justiça do Trabalho (inconstitucionalidade e existência de lacuna axiológica da lei processual trabalhista).

No mesmo sentido o Enunciado 113, da II Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA, “in verbis”:

ACESSO À JUSTIÇA. ART, 844, § 2º E § 3º, DA CLT. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLA O PRINCÍPIO DE ACESSO À JUSTIÇA A EXIGÊNCIA DE COBRANÇA DE CUSTAS DE PROCESSO ARQUIVADO COMO PRESSUPOSTO DE NOVO AJUIZAMENTO. O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA É UMA DAS RAZÕES DA PRÓPRIA EXISTÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, O QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DESSAS REGRAS, INCLUSIVE SOB PENA DE Esvaziar o conceito de GRATUIDADE DA JUSTIÇA.

Da revelia

A revelia é um instituto processual que sempre desafiou a doutrina e a jurisprudência. Apesar de a discussão ter grande relevo teórico, o tema tem enfoque prático, pois diariamente, na Justiça do Trabalho, o juiz enfrenta a angústia de ter de julgar processos à revelia e, muitas vezes, depara-se com pretensões fora da razoabilidade ou não resta convencido quanto à verossimilhança das alegações. De outro lado, muitas vezes o juiz se depara com pedidos excessivos, decorrentes da expectativa da parte de que ocorra a revelia.

Na Justiça do Trabalho, constantemente o reclamado revel sofre os pesados efeitos de uma condenação julgada à revelia, e, muitas vezes, a decisão contém injustiça manifesta. O autor, por sua vez, fica frustrado com o não comparecimento do réu e a expectativa de não encontrá-lo para executar a futura decisão.

A doutrina designa a expressão contumácia para a inatividade das partes quando há o chamamento judicial para comparecimento em juízo. A revelia é a contumácia do réu em não atender ao chamado judicial para defender-se.

De nossa parte, a revelia não é rebeldia, pena ou ônus para o réu. Trata-se de uma preclusão qualificada que gera uma situação processual (fato processual) decorrente da inatividade do réu em oferecer resposta à pretensão do autor que acarreta consequências processuais favoráveis ao demandante e desfavoráveis ao demandado.

Alguns chegam a dizer que, quando há o julgamento à revelia, há uma decisão fictícia ou até mesmo ausência de jurisdição.

Não temos dúvida de que a melhor forma de compreender a lide é por meio da atividade das partes, tanto que o Direito Processual do Trabalho, assim como o Direito Processual Civil, adota o princípio da oralidade. Também é com a presença das partes que, muitas vezes, se atinge uma solução consensual para o conflito, ou se chega mais próximo da realidade do litígio.

A necessidade de intervenção do réu no processo, conforme nos mostra a história, dependeu da evolução da natureza jurídica do processo. Antigamente, quando se entendia que o processo tinha natureza jurídica privada, o comparecimento do réu era fundamental. Hoje, praticamente em todas as legislações, o processo tem natureza jurídica pública, o que faz a jurisdição atuar mesmo sem a presença do demandado.

Dispõe o art. 344, do CPC: “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.”

A CLT disciplina a matéria no art. 844, que tem a seguinte redação: “O não comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação e o não comparecimento

do reclamado importa revelia, além de confissão, quanto à matéria de fato.”(o grifo é nosso)

Pelo confronto entre os arts. 344 do CPC e 844 da CLT, de plano, nota-se que o dispositivo celetista faz alusão à revelia como sendo o não comparecimento do reclamado à audiência. Não há como se interpretar a revelia, sob o prisma do Processo do Trabalho, com a revelia no processo civil, pois, enquanto neste a revelia se caracteriza com a ausência de contestação (art. 344 do CPC), naquele a revelia configura-se com a ausência da parte (reclamado) à audiência. Como a CLT tem regra específica, não há como se aplicar os conceitos do Direito Processual Comum (art. 769 da CLT). Sob outro enfoque, o art. 844 da CLT é peremptório ao asseverar que a ausência do reclamante “importa o arquivamento” e a “ausência do reclamado importa revelia”, revelando a especificidade do instituto no Direito Processual do Trabalho. Além disso, na esfera processual trabalhista, a resposta é ato de audiência (art. 847 da CLT).

Pelo exposto, a revelia, no Processo do Trabalho, conceitua-se como sendo a ausência do reclamado, imotivadamente, regularmente notificado, à audiência em que poderia apresentar resposta.

Novos contornos da revelia após a reforma trabalhista

Dispõem os parágrafos 4º e 5º do artigo 844, da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/17:

§ 4º A revelia não produz o efeito mencionado no caput deste artigo se: I - havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação; II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; IV - as

alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos. § 5º Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados.

O parágrafo 4º do artigo 844, da CLT incorpora as disposições do artigo 345 Código de Processo Civil de 2015 que já são aplicáveis ao processo do trabalho.

O artigo 844, parágrafo 4º, da CLT trata da não aplicabilidade dos efeitos da revelia quando: I - havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação; II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; IV - as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Na hipótese do inciso I, malgrado a lei não faça distinção ente litisconsórcio simples ou unitário, têm a doutrina e a jurisprudência se posicionado, a nosso ver corretamente, no sentido de que a matéria tem que ser comum aos litisconsortes, ou seja, trata-se de litisconsórcio unitário (art. 116 do CPC), embora não necessário, cuja decisão tem de ser comum a ambos os litisconsortes.

No Processo do Trabalho, é muito comum, em hipóteses de terceirização, a empresa prestadora ser revel e a tomadora contestar os pedidos. Nessa hipótese, como a matéria é comum às duas reclamadas, não haverá os efeitos de revelia em face da reclamada ausente.

No aspecto, destacamos a seguinte ementa:

TERCEIRIZAÇÃO. REVELIA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS. DEMANDA CONTESTADA PELA TOMADORA. CONFISSÃO FICTA

(ART. 302 DO CPC). Contestada a demanda pela empresa tomadora de serviços, a revelia da prestadora não importa na veracidade dos fatos narrados na inicial (art. 320, I, do Código de Processo Civil); nada obstante, tal circunstância não afasta a necessidade do réu “manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial” (art. 302 — ônus da impugnação específica), sob pena de serem reputados incontroversos e, por consequência, não exigirem instrução probatória (art. 334, III). Ao avaliar os benefícios de terceirizar serviços, a tomadora deveria ter no mínimo ponderado — e precavido — os riscos da empresa prestadora não solver suas obrigações para com o trabalhador que à sua disposição colocava, bem como desta nem sequer responder à citação judicial e não vir a Juízo apresentar suas oposições e provas perante as pretensões obreiras, sendo inadmissível que essa sua redução de custos e o progresso de sua atividade econômica sejam conquistados a expensas da inadimplência de direitos dos trabalhadores em total desrespeito à valorização do trabalho humano, princípio da ordem econômica nacional (art. 170 da Constituição da República). Recurso a que se nega provimento (TRT/SP – 02168009420095020076 (02168200907602004) – RO – Ac. 5ª T. – 20110292795 – rel. José Ruffolo – DOE 24.3.2011).

Mostra-se polêmica a seguinte questão: se uma das reclamadas, regularmente citada, não comparecer à audiência una, quando a outra reclamada não foi citada, é possível considerar revel a reclamada ausente?

Há duas vertentes de interpretação na jurisprudência, quais sejam: a) não se declarar a revelia da reclamada ausente,

pois não houve a instauração da audiência e, portanto, neste momento processual não haverá a apresentação de defesa; b) considerar revel a reclamada ausente, pois não compareceu à audiência para a qual foi devidamente citada. Houve, neste caso, rebeldia ao chamamento judicial para defender-se.

No nosso entendimento, a reclamada ausente à audiência, quando regularmente citada, é revel, ainda que a outra reclamada não tenha sido citada, pois os litisconsortes são independentes no processo. Além disso, tal entendimento prestigia a dignidade da justiça do trabalho e também a celeridade do procedimento.

Também quando há existência de grupo econômico, a matéria contestada por uma das empresas do grupo às outras aproveita, pois o grupo econômico é empregador único, nos termos da Súmula n. 129 do C. TST.

Nesse sentido, destacam-se as seguintes ementas:

1. Revelia/litisconsórcio — Efeitos — Elisão — Aplicabilidade do art. 320 do CPC. A contestação apresentada pelo litisconsorte (tomadora de serviços) com impugnação específica dos termos da inicial afasta os efeitos da revelia, conforme previsto no art. 320 do CPC. Recurso provido para elidir os efeitos citados.
2. Ilegitimidade passiva. A recorrente é parte legítima para figurar no polo passivo, porquanto na condição de tomadora dos serviços, admitida na defesa, beneficiou-se diretamente do labor executado pelo recorrido. Assim sendo, satisfeitas as condições da ação, supera-se a questão levantada. Negada.
3. Responsabilidade subsidiária do tomador de serviços. A subsidiariedade é responsabilidade patrimonial cujo objetivo é garantir ao empregado o pagamento de todos os seus direitos trabalhistas. Inadmissível é que o

hipossuficiente venha a sofrer perdas de natureza alimentícia em face de um contrato de natureza civil celebrado entre as empresas prestadora e tomadora de serviços. Mantida sentença. 4. Data de admissão. Competia ao reclamante o ônus de comprovar a ampliação do lapso laboral por ser fato constitutivo de seu direito. Todavia, dele não se desincumbiu, haja vista que a prova emprestada em nada ratifica suas afirmações e os efeitos da revelia foram afastados. Desta forma, impõe-se a reforma da r. sentença no particular (TRT 10ª R. – 2ª T. – RO n. 982/1998.019.10.00-2 – relª Maria Piedade B. Teixeira – DJDF 12.11.04 – p. 18).

Litisconsórcio passivo. Revelia de um dos reclamados. Defesa apresentada por outro reclamado. Aplicação do disposto no art. 320, I, do CPC. Havendo, no caso, pluralidade de réus e tendo a segunda reclamada apresentado defesa, ficam afastados os efeitos da revelia e a matéria passa a ser julgada observando o teor da controvérsia instaurada a partir da contestação apresentada e a partir do direito aplicável (TRT 10ª R. – 1ª T. – RO n. 297/2004.821.10.00-7 – relª Elke D. Just – DJDF 4.2.05 – p. 5) (RDT n. 03 de Março de 2005).

Na hipótese do inciso II do artigo do parágrafo 4º do artigo 844, da CLT, não serão aplicáveis os efeitos da revelia se a causa discutir direitos indisponíveis.

Dispõe o art. 392, *caput*, do CPC: “Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.”

Embora haja alguma divergência na doutrina, é praticamente consenso que o Direito do Trabalho pertence ao ramo do Direito Privado, embora muitas de suas normas tenham natureza

cogente (arts. 9º, 444 e 468 da CLT). No nosso sentir, o fato de existirem normas de ordem pública no Direito do Trabalho não significa dizer que os direitos trabalhistas são indisponíveis. Alguns direitos, na esfera trabalhista, são indisponíveis, como os direitos da personalidade do trabalhador, difusos, coletivos e também os relacionados com as normas que se referem à medicina, à segurança e ao meio ambiente do trabalho.

Quanto ao inciso III do parágrafo 4º do artigo 844, da CLT, também não serão aplicáveis os efeitos da revelia se a petição inicial não estiver acompanhada de documento essencial.

Em sede trabalhista, são exemplos de documentos essenciais os acordos e convenções coletivas, a prova da filiação por meio de juntada de certidão de nascimento para dar suporte à pretensão do salário-família.

Se o autor não juntar o documento essencial, deverá o juiz facultar a juntada no prazo de quinze dias, nos termos do art. 321 do CPC e Súmula n. 263 do C. TST. Uma vez não juntado o documento essencial, deverá o Juiz do Trabalho extinguir o processo sem exame de mérito, nos termos do art. 330, IV, do CPC.

Dispõe o inciso IV do parágrafo 4º do artigo 844, da CLT que não serão aplicáveis os efeitos da revelia quando as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Trata-se de inovação salutar do CPC de 2015, incorporada, agora, ao texto da CLT, pois o CPC/73 não trazia regra similar. O referido dispositivo é perfeitamente compatível com o processo do trabalho (arts. 769 da CLT e 15 do CPC), pois propicia maior veracidade, racionalidade e justiça à decisão. Tal previsão já encontrava suporte em doutrina autorizada e também em significativo número de julgados.

O Juiz do Trabalho, não aplicará os efeitos da revelia quando:

- a. a) as alegações da inicial forem inverossímeis: nesta situação, as alegações articuladas na inicial estão fora da razoabilidade, ou são de difícil ocorrência, segundo os padrões médios da conduta humana. Por exemplo, alegação de uma jornada de 20 horas diárias com 15 minutos de intervalo;
- b. b) as alegações da inicial estiverem em contradição com a prova constante dos autos: nessa situação, os fatos da inicial estão em contradição com qualquer meio de prova produzido nos autos, que leve ao Juiz concluir, segundo seu convencimento motivado, que não são verdadeiros.

Nessas duas situações, o Juiz do Trabalho poderá facultar que o autor produza prova dos autos constitutivos do direito invocados na inicial, ou determinar, de ofício, a produção de provas (Súmula n. 74, III, do TST).

Conforme o parágrafo 5º do artigo 844, da CLT, ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados.

Trata-se de providência que prestigia o contraditório e ampla defesa em compasso com o acesso à ordem jurídica justa pelo reclamado. Haverá confissão ficta pelo não comparecimento do reclamado ou de seu preposto, mas não a revelia, pois houve ânimo de defesa, e apresentação de contestação. Diante da presente disposição, a Súmula 122 do TST² fica revogada.

2 Súmula 122 do TST: **“Revelia. Atestado médico.** (RA 80/1981, DJ 06.10.1981. Redação alterada pela Res n° 121/2003, DJ 19.11.03. Nova redação em decorrência da incorporação da Orientação Jurisprudencial n° 74 da SDI-1 - Res. 129/2005, DJ. 20.04.2005)

A reclamada, ausente à audiência em que deveria apresentar defesa, é revel, ainda que presente seu advogado munido de procuração, podendo ser ilidida

Da condição de empregado do preposto

Dispõe o artigo 843, parágrafos 1º e 3º da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/17:

§1º É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente. § 3º O preposto a que se refere o § 1º deste artigo não precisa ser empregado da parte reclamada.

Nos ensina Melchíades Rodrigues Martins³

O preposto, no âmbito da Justiça do Trabalho, é aquela pessoa indicada pelo empregador para ser seu representante em juízo trabalhista e suas declarações, favoráveis ou desfavoráveis ao desfecho do processo, serão tidas como sendo do próprio preponente.

A CLT disciplina a matéria no § 1º do art. 843, que tem a seguinte redação: “É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o preponente.”

O parágrafo 3º do artigo 3º, do artigo 843 encerra a antiga discussão doutrinária e jurisprudencial sobre ostentar, ou não o preposto da condição de empregado do reclamado.

a revela mediante a apresentação de atestado médico, que deverá declarar, expressamente, a impossibilidade de locomoção do empregador ou do seu preposto no dia da audiência”. (Primeira parte - ex-OJ nº 74 - Inserida em 25.11.1996; segunda parte - ex-Súmula nº 122, redação dada pela Res 121/2003, DJ 19.11.03)

3 *O preposto e a representação do empregador em juízo trabalhista e órgãos administrativos*. São Paulo: LTr, 2002. p.14.

Dentre os argumentos apontados pela doutrina, que entende ser desnecessária a condição de empregado do preposto, destacamos:

- a. falta de previsão legal, pois o art. 843, § 1º, da CLT não exige que o preposto seja empregado;
- b. obstar o acesso à justiça do empregador, que não pode nomear empregado para representá-lo em juízo;
- c. uma pessoa próxima ao empregador pode conhecer com maior riqueza de detalhes os fatos da relação de emprego do que um empregado;
- d. risco exclusivo do empregador em nomear preposto que não saiba dos fatos. 45)

Os que entendem que o preposto deve ser empregado do reclamado elencam, entre outros, os seguintes fundamentos:

- a. necessidade efetiva de o preposto conhecer os fatos que se passam na empresa;
- b. princípio da oralidade do processo do trabalho;
- c. busca da verdade real no processo do trabalho, uma vez que o empregado preposto tem potencialmente maiores possibilidades de relatar a realidade do contrato de trabalho;
- d. evitar a “indústria” de prepostos profissionais;
- e. moralização do processo do trabalho.

O TST havia pacificado a questão por meio da Súmula n. 377, recentemente alterada, dispondo:

PREPOSTO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO — Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art.

54 da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.

De nossa parte, embora a lei não exigisse que o preposto seja empregado, a interpretação teleológica e sistemática dos arts. 843 e 844 da CLT, em cotejo com o princípio da oralidade, nos sinaliza no sentido de que, efetivamente, o preposto deva ser empregado para que conheça os fatos da causa e facilite o acesso do juízo aos fatos pertinentes e relevantes do processo.

Doravante, diante do parágrafo 3º do artigo 843, da CLT, o preposto do empregador não precisa mais ostentar a condição de empregado.

Referências

MARTINS, Melchíades Rodrigues. **O preposto e a representação do empregador em juízo trabalhista e órgãos administrativos**. São Paulo: LTr, 2002.

SCHIAVI, Mauro. **Reforma Trabalhista e Processo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018.

PETIÇÃO INICIAL LÍQUIDA. E AGORA?

Maximiliano Carvalho¹

Introdução

Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA², o tempo médio de tramitação do processo trabalhista em fase de conhecimento é de 161 (cento e sessenta e um) dias, enquanto a média para o cumprimento de sentença ultrapassa 1.000 (mil) dias³.

Quando analisados os dados por Tribunal Regional do Trabalho, percebe-se queda drástica no tempo da fase de conhecimento quando existe o estímulo ao peticionamento líquido, como é o caso, por exemplo, do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região - TRT8:

-
- 1 Coordenador Executivo da Comissão Nacional de Efetividade da Execução Trabalhista (CNEET). Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Mestrando em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília/FGV. Juiz Federal do Trabalho - TRT da 10ª Região (DF/TO).
 - 2 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.
 - 3 TD 2140 - Insumos para a Regulamentação do Funget: informações sobre execuções na Justiça do Trabalho. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=26455&catid=344-&Itemid=383

Quadro 1⁴

TRIBUNAL	TEMPO MÉDIO DA ETAPA DE CONHECIMENTO (DIA)	TEMPO MÉDIO DA ETAPA DE EXECUÇÃO (DIA)
1	304,89	873,86
3	81,62	778,66
4	226,24	884,31
5	192,64	1124,71
6	113,71	619,69
7	186,16	1814,38
8	68,94	451,54
9	229,13	2088,4
10	129,52	1515,35
11	116,74	280,97
12	190,54	1112,53
13	138,15	1990,25
14	50,18	1033,59
15	247,31	1122,6
16	101,61	1032,31
17	173,86	854,14
18	95,95	513,4
19	131,44	1222,27
20	103,21	1082
21	93,15	2065,47
22	100,39	470
23	174,74	1609,74
24	146,6	1468,53
BRASIL	161,12	1027,61

Fonte: IPEA/DIEST, com base no BANAFAT – Banco Nacional de Autos Findos de Ações Trabalhistas, DATA.

4 VIEIRA RÊGO, Caio – Relatório sobre o tempo e o custo das ações trabalhistas, março de 2015. Disponível em www.ipea.gov.br

Eis o nosso ponto de partida, para reflexão.

Breve histórico

Foi a partir da Lei 9.099/95 (cria os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Estadual) que a ideia da indicação do valor de cada pedido surgiu. Tal se deu, à época, ante a estreita relação entre o valor da causa e o valor do pedido. Isto porque, conforme preconizado na redação original da indigitada legislação, a competência do JEC se fixa, entre outros, pelo valor da causa não excedente de quarenta vezes o salário mínimo.

Tendo isto em vista, no ano subsequente o legislador positivo inseriu a seção II-A na CLT (Lei 9.957/00), que criou o procedimento sumaríssimo, passando-se a exigir, no art. 852-B, que as reclamações enquadradas em tal rito contivessem pedido com indicação de valor correspondente.

Ora, “a demanda vem a ser, tecnicamente, o ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação jurisdicional, isto é, exerce o direito subjetivo público de ação, causando a instauração da relação jurídico-processual que há de dar solução ao litígio em que a parte se viu envolvida” (THEODORO JR, 2009, p.345, apud BARBOSA MOREIRA, p. 21).

Quando se pleiteia em juízo, busca-se a certificação de um Direito que – via de regra – é composto por 05 (cinco) elementos: a) *an debeat* (existência do débito); b) *cui debeat* (a quem é devido); c) *quid debeat* (o quê é devido); d) *quis debeat* (quem deve); e e) *quantum debeat* (o quanto é devido).

Destes, apenas o *quantum debeat* – historicamente – fica relegado a uma fase própria de certificação, qual seja, a liquidação da sentença. Porém, a partir de 1999 houve por bem a *mens legis* modificar este quadro, na sabedoria de que em causas de menor complexidade, a presença dos cinco elementos já

na sentença daria maior efetividade ao quanto contido no artigo 5º, LXXVIII, CF (duração razoável do processo).

Para Humberto Theodoro Junior (2009, p.355): “O núcleo da petição inicial é o pedido, que exprime aquilo que o autor pretende do Estado frente ao réu. É a revelação da pretensão que o autor espera ver acolhida e que, por isso, é deduzida em juízo. [...] Nele, portanto se consubstancia a demanda”.

Nesse sentido, 18 (dezoito) anos de prática forense separaram as primeiras experiências com a indicação do valor do pedido em causas de menor complexidade e a novel redação do art. 840, § 1º, da CLT.

No interim, uma bem sucedida cultura propagada pelo TRT8 (quadro 01), em que OAB, MPT e Judiciário Trabalhista se uniram em colaboração para estimular tanto o peticionamento líquido, quanto a entrega da prestação jurisdicional com a supressão da fase de liquidação da sentença. Alhures detalhar-se-á tal projeto.

Assim, de se ver que a ideia de Justiça, celeridade e efetividade estão intrinsecamente ligadas; e que já há maturidade suficiente para um novo passo rumo à máxima eficácia do quanto preconizado na Carta Magna. Seja pelo quanto aqui delineado, seja – enfim – pelos inúmeros avanços tecnológicos (adiante mencionados), os quais permitem e até mesmo estimulam esta nova etapa para o Ordenamento Jurídico pátrio.

Primeira experiência trabalhista – o rito sumaríssimo

Conquanto a CLT não contenha expressa menção à necessidade de que as sentenças sejam prolatadas com a indicação do valor de condenação de cada pedido, a norma consolidada, ao mesmo tempo, prevê que a execução provisória (ainda que restrita até a fase da penhora).

Nesse sentido, o artigo 879 da CLT prevê que “sendo ilíquida a sentença...”, ao tempo em que o artigo 899 preconiza que “os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora”.

De se ver que no caso da execução provisória o processo ainda está em fase de conhecimento e uma etapa que seria posterior ao trânsito em julgado (liquidação da sentença, constante do Capítulo “Da Execução” na CLT) ocorre sem que existe coisa julgada formal ou material.

A ideia de execução provisória está diretamente ligada à duração razoável do processo e à entrega da prestação jurisdicional efetiva. Nesse sentido, Raimundo Itamar Lemos Fernandes Júnior (*in* O direito processual do trabalho à luz do Princípio Constitucional da Razoável Duração: a aplicação da reforma do CPC ao processo do trabalho fase por fase. São Paulo : LTr, 2008. p. 133.):

[...] merece encômios o legislador constituinte brasileiro, que, atendendo à grita popular, ao reformar a Constituição da República (Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.04), acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º (...) Não há mais como dizer-se que o tardar é da natureza da Justiça. Em verdade, agora, a instituição da celeridade na tramitação do processo, como característica, princípio obrigatório deste, resgata o verdadeiro sentido de *Iustitia*, o que é atrelado à ideia de *jus dicere*, ou seja, naquilo que é simplesmente dito, falado, de modo claro e sem maiores formalismos ou demoras.

E, exatamente por não se exigir que a sentença seja prolatada de forma líquida é que o legislador positivo impôs – no ano 2000 –, numa experiência pioneira, vanguardista e

bem-sucedida que as petições iniciais, no procedimento sumaríssimo, contenham a indicação do valor correspondente (art. 852-B, I, CLT).

Desta maneira, a sistemática prevista na CLT fica completa, pois a petição inicial conterá os pedidos liquidados, cabendo à parte contrária contestar – inclusive e sob pena de preclusão – os valores ali indicados. Por mais que a sentença não seja liquidada, eventual execução provisória já possuirá os elementos mínimos necessários à entrega exata (até mesmo quantitativamente) do bem da vida pretendido.

Para que se tenha uma ideia, basta observar o quadro 02 abaixo, em que Elton Antônio de Salles Filho (*in* A sentença liquidada como instrumento de alcance do princípio constitucional da razoável duração do processo. Artigo na Revista trabalhista: direito e processo / Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra). Rio de Janeiro, Forense, 2012.) traz a estatística de prazo médio da liquidação de sentença entre ritos na 1ª Vara do Trabalho de Criciúma:

Quadro 2 - Prazos da Prolatação das Sentenças Liquidadas e não Liquidadas com sucumbência até a definição dos valores incontroversos

Mês/ano	Tipo de sentença	nº dias
	ilíquida - sem recurso	55
	Ilíquida - com recurso e sem modificação do julgado	276
01/2011	Ilíquida - com recurso e com modificação do julgado	927
	Líquida - sem recurso	10
	Líquida – com recurso e sem modificação do julgado	177
	Líquida – com recurso e com modificação do julgado	334
	ilíquida - sem recurso	126
	Ilíquida - com recurso e sem modificação do julgado	308
02/2011	Ilíquida - com recurso e com modificação do julgado	665
	Líquida - sem recurso	13
	Líquida – com recurso e sem modificação do julgado	224
	Líquida – com recurso e com modificação do julgado	207
	ilíquida - sem recurso	399
	Ilíquida - com recurso e sem modificação do julgado	796
03/2011	Ilíquida - com recurso e com modificação do julgado	592
	Líquida - sem recurso	30
	Líquida – com recurso e sem modificação do julgado	237
	Líquida – com recurso e com modificação do julgado	291
	ilíquida - sem recurso	179
	Ilíquida - com recurso e sem modificação do julgado	671
04/2011	Ilíquida - com recurso e com modificação do julgado	364
	Líquida - sem recurso	22
	Líquida – com recurso e sem modificação do julgado	277
	Líquida – com recurso e com modificação do julgado	370
	ilíquida - sem recurso	91
	Ilíquida - com recurso e sem modificação do julgado	230
05/2011	Ilíquida - com recurso e com modificação do julgado	716
	Líquida - sem recurso	8
	Líquida – com recurso e sem modificação do julgado	299
	Líquida – com recurso e com modificação do julgado	180
	ilíquida - sem recurso	422
	Ilíquida - com recurso e sem modificação do julgado	652

06/2011	Ilíquida - com recurso e com modificação do julgado	460
	Líquida - sem recurso	8
	Líquida – com recurso e sem modificação do julgado	343
	Líquida – com recurso e com modificação do julgado	303
	ilíquida - sem recurso	146
	Ilíquida - com recurso e sem modificação do julgado	329
07/2011	Ilíquida - com recurso e com modificação do julgado	690
	Líquida - sem recurso	8
	Líquida – com recurso e sem modificação do julgado	247
	Líquida – com recurso e com modificação do julgado	337
	ilíquida - sem recurso	181
	Ilíquida - com recurso e sem modificação do julgado	289
08/2011	Ilíquida - com recurso e com modificação do julgado	476
	Líquida - sem recurso	14
	Líquida – com recurso e sem modificação do julgado	281
	Líquida – com recurso e com modificação do julgado	405
	ilíquida - sem recurso	397
	Ilíquida - com recurso e sem modificação do julgado	333
09/2011	Ilíquida - com recurso e com modificação do julgado	610
	Líquida - sem recurso	14
	Líquida – com recurso e sem modificação do julgado	282
	Líquida – com recurso e com modificação do julgado	204
	ilíquida - sem recurso	305
	Ilíquida - com recurso e sem modificação do julgado	419
10/2011	Ilíquida - com recurso e com modificação do julgado	259
	Líquida - sem recurso	21
	Líquida – com recurso e sem modificação do julgado	219
	Líquida – com recurso e com modificação do julgado	314
	ilíquida - sem recurso	153
	Ilíquida - com recurso e sem modificação do julgado	253
11/2011	Ilíquida - com recurso e com modificação do julgado	254
	Líquida - sem recurso	31
	Líquida – com recurso e sem modificação do julgado	204
	Líquida – com recurso e com modificação do julgado	220
	ilíquida - sem recurso	588
	Ilíquida - com recurso e sem modificação do julgado	535

12/2011	Ilíquida - com recurso e com modificação do julgado	408
	Líquida - sem recurso	36
	Líquida – com recurso e sem modificação do julgado	191
	Líquida – com recurso e com modificação do julgado	180

PRAZOS MÉDIOS APURADOS (em dias)		
TIPO DE SENTENÇA	ILÍQUIDA	LÍQUIDA
Sem recurso	253,5	17,917
Com recurso	404,28	181,69

Quanto ao ponto, aduz Salles Filho que:

A leitura que se faz dos dados compilados acima mostra-se esclarecedora, destacando-se dois parâmetros: o primeiro, que na comparação geral entre os diversos critérios, a média do prazo para a definição do valor incontroverso, quando a sentença é prolatada de forma liquidada, é de **181,69 dias**, e quando o julgado não o é, é de **404,28 dias**, ou seja, uma diferença de **222,59 dias**, ou **sete meses e doze dias**, ou ainda, em termos percentuais, de **55,06 pontos para mais**, na situação da sentença não liquidada, o que configura que o tempo necessário para estabelecimento do valor incontroverso, é mais que o dobro do necessário, quando o julgado é prolatado de forma liquidada.

Ressalte-se que nesse levantamento estão envolvidas variáveis externas ao campo de atuação, como por exemplo o tempo de tramitação em segundo grau, pois houve recurso do julgado, o que, longe de comprometer a estatística, reafirma a importância da prolação de sentenças liquidadas.

Porém, um dado ainda mais revelador do que ora defende-se, e que é o segundo parâmetro, aparece quando se comparam os números na situação em que não é oferecido recurso em face da sentença.

Nessa hipótese, a média do prazo para definição do valor incontroverso, quando a sentença é liquidada, é de **17,92 dias**, e, quando não o é, de **253,5 dias**, ou seja, uma diferença de **235,58 dias**, ou **sete meses e vinte e cinco dias**, ou ainda, em termos percentuais, de **92,94 pontos para mais**, na situação do julgado não liquidado, o que configura um gasto de tempo, energia, idas e vindas de despachos, em inacreditáveis **catorze vezes mais tempo (mais do décuplo)**, do que quando a sentença é prolatada de forma liquidada.

Portanto, constata-se que Juiz e partes devem conduzir o processo com equilíbrio, em diálogo, sem assimetria entre atores processuais. Nesse sentido, o devido processo é cooperativo, imposto pela Constituição Federal diante da democracia e solidariedade ínsitas ao nosso ordenamento jurídico.

Artigo 840, § 1º, da CLT

A partir da Lei 13.467/, de 13 de julho de 2017, (Reforma Trabalhista), nova regra foi inserida no Ordenamento Jurídico brasileiro, exigindo-se também nas ações que tramitem em rito ordinário que a reclamação escrita indique o valor do pedido:

Art. 840. [...]

§ 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.

§ 2º **Se verbal**, a reclamação será reduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, **no que couber, o disposto no § 1º deste artigo**.

§ 3º **Os pedidos que não atendam** ao disposto no § 1º deste artigo serão julgados **extintos sem resolução do mérito** (BRASIL, 2017, s/p, grifo nosso).

Tal alteração, na exposição de motivos da reforma, busca respaldo na duração razoável do processo “[...] pois permite que todos os envolvidos na lide tenham pleno conhecimento do que está sendo proposto, além de contribuir para a celeridade processual com a prévia liquidação dos pedidos [...]”.

Outrossim, pode-se amparar a alteração legislativa na boa-fé processual, esclarecendo-se desde o início da lide qual o valor econômico pleiteado em juízo.

Ainda, com argumento no princípio da sucumbência⁵, é importante que se tenha a indicação dos valores dos pedidos na inicial, tornando possível estimar eventual valor de honorários a serem pagos por quem não obtiver êxito na causa.

Questiona-se, entretanto, a utilidade de pedidos líquidos, considerando-se que possivelmente haverá alteração decorrente da fase instrutória do processo; e mesmo da ausência ou míngua de elementos asseguradores da correta liquidação dos pleitos pelo reclamante.

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

Acrescente-se: - Como exigir a liquidação de pedido genérico (art. 324, § 1º, CPC)⁶?

Além, nos casos do exercício do *jus postulandi*, seria o caso de mitigação da exigência legal?

Inicialmente, consigna-se que ao contrário de Schiavi (A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho, LTR, 2017, p. 93-94), e também diferente de Antonio Umberto de Souza Júnior, Fabiano Coelho de Souza, Ney Maranhão e Platon Teixeira de Azevedo Neto (Reforma Trabalhista – Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017, RIDEEL, 2017), os quais consignam a necessidade de “reles indicação do valor do pedido”, tem-se que a indicação do montante de cada pleito deve sim – como regra – ser detalhado, justificando-se a mera estimativa apenas como exceção, conforme se verá.

Tal se dá, além dos argumentos já delineados, ante a necessidade de extrair da norma sua máxima eficácia, assim como já ocorre nos casos de rito sumaríssimo (art. 852-B, I, da CLT). Além, Souza Júnior *et al* (*in. ob. cit.*) consignam que:

Em alguns tribunais, como no Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP), praticamente todas as petições iniciais há muito trazem pedidos devidamente liquidados em planilhas de cálculo, independentemente do rito processual, **por conta das imensas facilidades operacionais ofertadas pelo sistema de cálculos ali utilizado**. Trata-se de excepcional hipótese de costume processual, atribuindo-se à prática, portanto, peculiar força normativa (CLT, art. 8º, caput). Nesse

6 CPC, Art. 324. O pedido deve ser determinado. § 1º É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados; II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III - quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

caso, pois, a exigência judicial de clara demonstração dos parâmetros de cálculo é legítima e se impõe (SOUZA JÚNIOR, 2017, p. , grifo nosso).

Tais facilidades, adiante serão demonstradas, estão à disposição de todos, cumprindo aos operadores do Direito aproveitar a oportunidade da alteração normativa para também transformar a cultura, consolidando o peticionamento líquido (o qual, conforme apontado alhures, maximiza a celeridade e efetividade processuais).

De outro giro, saliente-se que se discorda do entendimento de Teixeira Filho, que afirma que:

A exigência estampada no § 1º, do art. 840, da CLT, **também incide** no caso de pedidos *alternativos* (CPC, art. 325), *subsidiários* (*idem*, art. 326) e *cumulados* (*ibidem*, art. 327). Para efeito de fixação do valor da causa (CPC, art. 291) deverão ser observados os incisos VI, VII e VIII, respectivamente, do art. 292, do CPC (SALLES FILHO, 2017, p.132, grifo nosso).

Isso porque, conforme Souza Júnior et al (*in. ob. cit.*):

[...] **Importante ressaltar que apenas as prestações pecuniárias (obrigações de pagar) principais e vencidas devem compor o conjunto de pedidos sujeitos à atribuição de valores. Afinal, somente em relação a estes a liquidez tem relevância por corresponder ao bem da vida perseguido em juízo, prioritariamente.**

Reconhecimento de vínculo (pretensão declaratória), reintegração ao emprego, entrega de guias para saque do FGTS ou requerimento do seguro desemprego, anotação da CTPS ou

reenquadramento (obrigações de fazer) ou ainda tutelas inibitórias (obrigações de não fazer) não são pedidos dependentes de liquidez para seu exame, ainda que, para efeito de valor da causa, sendo eles os únicos pleitos, se possa dar um valor estimativo (CPC, arts. 77, § 5º, 81, § 2º, 85, § 8º, e 291).

Também inviável a atribuição de valor a pedidos correspondentes a obrigações pecuniárias inexigíveis no momento da propositura da ação, mas que poderão ser contempladas na sentença condenatória. É o caso da multa do art. 467 da CLT, sanção processual totalmente dependente do comportamento processual do réu (seu valor dependerá do conteúdo da resposta do reclamado e da ocorrência ou não da purgação da mora na primeira audiência trabalhista). No mesmo conjunto estão os encargos previdenciários, imposto de renda, SAT/RAT, custas processuais e honorários advocatícios. São todas verbas cuja contemplação judicial dependerá do reconhecimento de pendência de uma obrigação principal – está necessariamente sujeita à liquidez. Ademais, nestes últimos casos, todas as verbas têm seu valor ou percentual definidos expressamente em lei, sendo completamente supérflua a atribuição de valores na inicial a tal respeito.

Parece igualmente uma abominável homenagem ao exacerbado formalismo exigir atribuição de valores a pedidos subsidiários e a pedidos cujo deferimento independe de pleito expresso na inicial.

No primeiro caso, o CPC, supletivamente aplicável aos processos trabalhistas (CPC, art. 15), aponta explicitamente a sua desconsideração para fixação do valor da causa, a balizar-se exclusivamente pelo pedido principal a que

ele se atrele (CPC, arts. 292, VIII, e 326). É o que se dá quando o reclamante postula sua reintegração ao emprego ou, sucessivamente, caso inviável ou impossível no momento do julgamento ou da execução, a indenização estabilitária compensatória. Nada obsta, de todo modo, que a parte, querendo, já os liquide.

No segundo caso, se sequer é necessário que o autor formule o pedido para que o juiz lho defira, não deve ser indeferida a inicial se tal pedido vier de modo ilíquido, pois remanesce a possibilidade do acolhimento de ofício da pretensão. É o caso da própria multa do art. 467 da CLT e das multas cominatórias em geral fixadas pela lei ou arbitradas pelo juiz para assegurarem o cumprimento da obrigação principal (astreintes para compelir o empregador a assinar ou devolver a CTPS ou a reintegrar o empregado). Também aqui se encontram os encargos tributários, previdenciários e sucumbenciais referidos logo acima. Igualmente desnecessária a mensuração prévia dos juros e correção monetária, ingredientes de garantia de preservação do valor da moeda e de compensação da mora, pois sua aferição prescinde de pedido e tem os seus parâmetros delineados na lei (CLT, art. 879, § 7º, se se entender compatível com a Constituição a estipulação legal de índice de atualização monetária que não espelha a evolução inflacionária, mas a política governamental de gestão das taxas de juros no mercado financeiro).(..." (SOUZA JÚNIOR, 2017, grifo nosso).

Do mesmo modo, Miessa (In:Comentários à Lei 13.467, *Juspodivm*, 2017), consigna que,

[...] não podemos concordar com a interpretação puramente gramatical desse dispositivo, de modo que, a nosso juízo, deve ser interpretado da seguinte forma: 1) não haverá necessidade de indicação de valor para os pedidos: a) genéricos; b) implícitos; c) declaratórios e constitutivos; d) condenatórios que não tenha conteúdo pecuniário (obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa); e) de prestações que não são exigíveis no momento do ajuizamento da reclamação, mas que poderão ser contempladas na sentença condenatória (p.e., multa art. 467 da CLT); e 2) o valor do pedido deverá ser indicado na inicial, nas hipóteses não elencadas no item anterior (MIESSA, 2017, p.).

Além disso, a extinção sem resolução do mérito preconizada no § 3º do art. 840 da CLT deve ser mitigada para – em diálogo de fontes com o CPC – aplicar-se o art. 321 da lei adjetiva comum:

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 **ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito**, determinará que o autor, no **prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete**, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. [...] (grifo nosso).

Isso, por inexistir obrigação legal de instrução e julgamento em audiência única, ou de apreciação em prazo máximo de 15 (quinze) dias, como ocorre no procedimento sumaríssimo (arts. 852-B, III e 852-C, ambos da CLT). Embora a necessidade de

liquidação do pedido seja idêntica, o tratamento em caso de inobservância da regra é diferenciado.

Quanto ao tema, Souza Júnior *et al* (*in. ob. cit.*) consignam que

[...] é importante frisar que o indeferimento da petição inicial trabalhista por iliquidez poderá ser total ou parcial [...] sendo comum a cumulação de pedidos na Justiça do Trabalho, a ausência de indicação de valor de apenas um ou alguns pleitos formulados não obstará o prosseguimento do processo em relação aos demais pedidos, salvo se houver conexão de prejudicialidade, ou seja, a menos que não seja possível analisar determinado pedido líquido sem apreciar, previamente, outro pedido que esteja indevidamente ilíquido (SOUZA JÚNIOR, 2017).

Ademais, nos casos em que for extremamente oneroso ao reclamante a definição do valor dos pedidos, Teixeira Filho) traça as diretrizes:

[...] a) para que a petição inicial expresse, desde logo, o valor dos pedidos, **incumbirá ao autor ingressar com pedido de tutela de urgência de natureza cautelar (CPC, art. 301) ou com ação de produção antecipada de prova (CPC, art. 381)**, fundando-se no art. 324, § 1º, III, do CPC, assim redigido: '§ 1º É lícito, porém, formular pedido genérico: I (...); III quando a determinação do objeto ou do valor da condenação *depende de ato a ser praticado pelo réu*' (destacamos). Apresentados os documentos necessários, os pedidos deverão ser liquidados antes de serem postos na inicial;

b) **para que o valor seja fixado após a apresentação da defesa, o autor deverá suscitar o incidente de exibição de documentos**, regulado pelos arts. 396 a 404, do CPC; exibidos os documentos, o juiz concederá prazo para que o autor emende a petição inicial, no prazo de quinze dias, indicando o valor dos pedidos formulados (CPC, art. 321, caput), sob pena de indeferimento da petição inicial (ibidem, parágrafo único).

Dir-se-á, talvez, que a possibilidade de haver essa emenda encontra óbice no art. 329, II, do CPC, que permite o aditamento ou a alteração do pedido e da causa de pedir, após o saneamento do processo, somente se houver consentimento do réu. Se assim se alegar, devemos contra-argumentar, em caráter proléptico, que a emenda à inicial, de que estamos a tratar, **não implicará aditamento nem alteração do pedido**. Expliquemo-nos. Aditamento e modificação não se confundem. Aquele representa o acréscimo quantitativo de pedidos, vale dizer, a inclusão, na mesma causa, de pedidos inicialmente omitidos; esta não implica a formulação de novos pedidos, senão que a modificação dos já existentes (ou da causa de pedir).

Ora, se o juiz do trabalho conceder prazo para que o autor, após haver obtido do réu os documentos necessários, indique o valor dos pedidos formulados na inicial, não estará autorizando nenhum aditamento e nenhuma alteração, se não que permitindo ao autor emendar a petição inicial, a fim de dar cumprimento à determinação contida no § 1º, do art. 840, da CLT, para que o pedido possua uma expressão pecuniária. Efetuada a emenda, juiz concederá prazo de quinze dias, ao réu, para

que se manifeste a respeito. Especificamente para essa finalidade, pode-se invocar a incidência analógica do disposto no inciso II, do art. 329, do CPC. [...] (SALLES FILHO, 2017, p. 132, grifo nosso).

Assim, da ótica jurídica, inexistente empecilho hábil a impedir a aplicação da nova regra do art. 840, § 1º, da CLT. Mesmo nos casos de *jus postulandi*, a Lei 13.467/2017 houve por bem deixar a cargo do magistrado compreender pela mitigação (ou não) do comando legal, ao aduzir no § 2º que **“se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, no que couber, o disposto no § 1o deste artigo”** (grifo nosso).

Outrossim, nos casos de revelia não há obrigação legal de o magistrado manter a simetria de uma eventual condenação conforme os valores apontados na inicial. Veja-se que os pedidos devem indicar o valor, mas a sentença não será necessariamente líquida. Aplica-se ao caso, portanto, a regra do art. 879, CLT: “Art. 879 - Sendo ilíquida a sentença exequenda, ordenar-se-á, previamente, a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos.”

Tal entendimento encontra respaldo, inclusive, no veto ao § 2º do artigo 852-I, da CLT, em que se consignou como razão:

O § 2º do art. 852-I não admite sentença condenatória por quantia ilíquida, o que poderá, na prática, atrasar a prolação das sentenças, **já que se impõe ao juiz a obrigação de elaborar cálculos**, o que nem sempre é simples de se realizar em audiência. Seria prudente vetar o dispositivo em relevo, já que **a liquidação por simples cálculo se dará na fase de execução da sentença**, que, aliás, **poderá sofrer modificações na fase recursal** (AUTOR, ano, p., grifo nosso).

Ademais, Souza Júnior *et al* (*in. ob. cit.*) aduzem que

[...] o valor definido para determinado pedido não vincula o julgador, que poderá deferi-lo em montante inferior (julgamento *citra petita*), **mas limita o valor máximo atendível, pois veda a lei o julgamento ultra petita fora das hipóteses legalmente autorizadas (CPC, art. 492)**. Assim, a atribuição aleatória de valores aos pedidos poderá redundar em severos prejuízos ao reclamante quando a expressão monetária de seu crédito for superior àquela informada na inicial. [...] (SOUZA JÚNIOR, 2017, p. grifo nosso).

Some-se a isso – à guisa da conclusão – o fato de que o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), reconhecendo o excelente trabalho realizado no TRT8, chancelou em sua Resolução nº 185/2017 (dispõe sobre a **padronização do uso do PJe**), no art. 47, § 5º:

[...] § 5º Independente da pactuação de parceria a que se refere o § 4º deste artigo, os TRTs promoverão a capacitação dos advogados na usabilidade do Sistema “**PJe Calc Cidadão**”, fomentando a distribuição de ações e apresentação de defesa, **independente do rito, sempre acompanhadas da respectiva planilha de cálculos**. (BRASIL, 2017, s/p, grifo nosso).

Tal sistema se encontra disponível na primeira página de acesso ao TRT8 e pode ser descarregado em qualquer computador, contando com manual do usuário e tutoriais com um simples clique em www.trt8.jus.br, optando por “serviços” e PJe-Calc.

Mesmo no *Youtube* não faltam vídeos acerca do sistema, dando o passo-a-passo para uso dessa intuitiva ferramenta⁷.

Assevere-se, em arremate, que o sistema PJe Calc Cidadão se comunica com o sistema PJe Calc Tribunais (a que se referem os arts. 47 - § 3º - e 49, ambos da Resolução CSJT nº 185/17)⁸, assim dando eficácia ao princípio cooperativo preconizado pelo CPC, além de possibilitar a plena normatividade do art. 133, da CF, pelo qual a advocacia é indispensável à administração da Justiça.

Referências

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil, Brasília, DF.

FERNANDES JÚNIOR, Raimundo Itamar Lemos. **O direito processual do trabalho à luz do Princípio Constitucional da**

7 https://www.youtube.com/results?search_query=pje+calc. Acesso em 05/09/2017

8 Art. 47. Os TRTs promoverão investimentos para a formação e aperfeiçoamento dos usuários, inclusive pessoas com deficiência, com o objetivo de prepará-los para o aproveitamento adequado do PJe.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no § 2º deste artigo, bem como no desenvolvimento de outras expertises, os magistrados de 1º e 2º graus, bem como os servidores usuários do PJe serão capacitados em: I – princípios da teoria geral do direito processual eletrônico; II – uso do editor de textos do PJe; e III – liquidação de sentenças no Sistema “PJe Calc Tribunais”.

Art. 49. Sem prejuízo do disposto no art. 47 desta Resolução, o CSJT, às suas expensas promoverá, anualmente, a capacitação de magistrados de 1º e 2º graus, observando: I – dois encontros, um a cada semestre, voltado à disseminação e debate dos princípios da teoria geral do direito processual eletrônico; II – dois encontros, um a cada semestre, voltado à prática eletrônica de atos processuais (regras de negócio) e conhecimento das funcionalidades do PJe; e III – dois encontros, um a cada semestre, voltados à liquidação de sentenças no Sistema “PJe Calc Tribunais”.

Razoável Duração: a aplicação da reforma do CPC ao processo do trabalho fase por fase. São Paulo: LTr, 2008.

MIESSA, Élisson. **Comentários à Lei 13.467/17.** JUSPODIVM. 2017.

SALLES FILHO, Elton Antônio de. **A sentença liquidada como instrumento de alcance do princípio constitucional da razoável duração do processo.** Revista trabalhista: direito e processo / Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra). FORENSE, 2012.

SCHIAVI, Mauro. **A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho.** LTR. 2017.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de et al. **Reforma Trabalhista – Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/2017.** RIDEEL, 2017.

TEIXEIRA DE FREITAS, Manoel Antônio. **O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista.** LTR, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil- Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** FORENSE, 2009.

VIEIRA RÊGO, Caio. **Relatório sobre o tempo e o custo das ações trabalhistas.** março de 2015. Disponível em www.ipea.gov.br.

OS NOVOS CONTORNOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Otávio Pinto e Silva¹

Introdução

O ano de 2017 ficará marcado de forma indelével na história do Direito do Trabalho no Brasil, em razão das inúmeras alterações corridas na CLT, com a promulgação da Lei nº 13.467/17.

A legislação aprovada trouxe mudanças significativas no direito individual do trabalho, no direito coletivo do trabalho e no direito processual do trabalho, seguindo diretrizes gerais que, ao final, podem ser classificadas como “flexibilizadoras” do princípio protecionista.

O objetivo do presente artigo é examinar os novos contornos da negociação coletiva de trabalho no Brasil diante do novo quadro legal instituído, para avaliar o impacto dessas mudanças e refletir acerca da reforma sindical que não aconteceu.

A lei nº 13.467/17 E a prevalência do negociado sobre o legislado

A chamada “reforma trabalhista” foi produzida em meio a uma grave crise política e econômica e se originou de um

1 Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo, encaminhado ao Congresso Nacional no final de 2016 pelo Presidente Michel Temer, após a aprovação do *impeachment* da Presidente Dilma Roussef.

Em 29 de outubro de 2015 a Fundação Ulisses Guimarães, braço do PMDB, havia divulgado o documento “Uma ponte para o futuro”,² onde proclamava que na área trabalhista seria necessário “*permitir que as convenções coletivas prevaleçam sobre as normas legais, salvo quanto aos direitos básicos*”.

O projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional, assim, era bem restrito, limitando-se a tratar de poucos temas, como a terceirização, a negociação coletiva, a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho.

A tramitação na Câmara dos Deputados resultou na aprovação de um substitutivo que ampliou significativamente os temas abordados, envolvendo mudanças no direito individual do trabalho, no direito coletivo do trabalho e também no direito processual do trabalho.

Encaminhado ao Senado Federal, o projeto foi apreciado por aquela que deveria cumprir o papel de uma casa revisora no sistema bicameral, mas que o aprovou sem fazer qualquer modificação no texto oriundo da Câmara.

Dessa forma, em julho acabou sendo sancionada a Lei nº 13.467/17, em meio às turbulências políticas vividas pelo governo diante das graves denúncias de corrupção enfrentadas pelo Presidente Temer (em razão da acusação apresentada pelo Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, que naquele momento ainda dependia de apreciação pelo plenário da Câmara dos Deputados).

2 http://pmdb.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELEASE-TEMER_A4-28.10.15-Online.pdf, consulta em 01/12/2017.

A nova lei introduziu um § 3º no art. 8º da CLT, para prever que 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, o Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Vale dizer, ao criar um “novo princípio”, o legislador pareceu querer passar uma mensagem aos juízes do trabalho brasileiros: na análise das normas coletivas de trabalho, vocês deve apenas averiguar os elementos do negócio jurídico (agente capaz, forma prescrita ou não defesa em lei, objeto lícito). Esqueçam os debates doutrinários a respeito das teorias da acumulação ou do conglobamento!

No entanto, não me parece que essa criação legal de um princípio conseguirá atingir esse objetivo, uma vez que no exame do conteúdo das normas coletivas de trabalho, em confronto com a lei, o Judiciário sempre poderá concluir que determinado objeto é ilícito, anulando cláusula que tenha sido negociada pelas partes.

Em técnica legislativa que, decididamente, não é a mais adequada, o legislador inseriu ainda o art. 611-A da CLT (com o rol de temas a respeito dos quais a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei) e o art. 611-B da CLT (prevendo que constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos direitos que arrola).

Mas veja-se, por exemplo, as controvérsias que poderão surgir no tocante à norma do parágrafo único do artigo 611-B da CLT, quando prevê que as 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.

Ora, será que isso significaria, por exemplo, que um sindicato poderia negociar a supressão de pausas previstas na jornada de trabalho dos empregados em empresas de teleatendimento, previstas no Anexo II da NR-17 do Ministério do Trabalho?

Por outro lado, o §2º do artigo 611-A da CLT passou a prever que 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.

Será que então não ficarão mais sujeitas ao crivo judicial normas coletivas que apenas reduzam direitos e garantias anteriormente conquistados pela categoria profissional?

Segundo a análise do DIEESE, a prevalência do negociado sobre o legislado, na ausência de outras condições necessárias à plena realização do potencial das negociações coletivas, trará elevados riscos para os trabalhadores³.

O texto “Movimento sindical e negociação coletiva” (resultado de pesquisa CESIT/IE/UNICAMP - Centro de Estudo Sindicais e de Economia do Trabalho do Instituto de Economia da Unicamp, coordenada por Andréia Galvão) vai no mesmo sentido: em suas conclusões, assevera que ao ampliar as formas de contratação atípicas e as possibilidades de negociação de direitos, a reforma tende a promover o aumento do número de trabalhadores precários, a reduzir a base de representação sindical e a ampliar ainda mais a fragmentação sindical. A mudança no financiamento não pode ser feita de forma isolada e de cima para baixo, devendo ser inserida em um debate mais geral acerca da reforma da estrutura sindical do país.⁴

3 <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec178reformaTrabalhista.html>, consulta em 03/12/2017.

4 <http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/11/Texto-de-discussão-5-Negociacao-coletiva-e-sindicalismo-1.pdf>, consulta em 09/12/2017.

Já a CNI faz uma análise mais otimista, por meio do texto “Novos Desafios, Muitas Possibilidades: legislação e prática da negociação coletiva - Lei 13.467 de 2017”.⁵A entidade empresarial sustenta que a negociação coletiva enfrentou dificuldades no Brasil, em razão da,

Desconfiança de parcela de importantes instituições do mundo do trabalho, como o Judiciário Trabalhista e o Ministério Público do Trabalho – MPT, que muitas vezes entendiam necessário considerar inválidas cláusulas de negociações coletivas livremente negociadas, por vezes com apoio de súmulas de jurisprudência do TST, entre as quais: redução do intervalo intrajornada (Súmula 437, II), elástico dos minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho (Súmula 449), compensação de jornada em atividade insalubre (Súmula 85, VI), incidência do adicional de periculosidade de eletricitários sobre o salário básico (Súmula 191), fixação do adicional de periculosidade proporcionalmente ao tempo de exposição à condição perigosa (Súmula 364, II). Tal cenário motivou a aprovação da Lei 13.467/2017, que tem como um de seus cerne principais o fortalecimento e reconhecimento da negociação coletiva.

A função de negociação deve ser plenamente assegurada, pois é a partir dela que os sindicatos exercem o poder de criação de normas jurídicas trabalhistas que devem reger as relações individuais de trabalho (convenções e acordos coletivos de trabalho); mas é preciso advertir que a mera garantia

5 http://www.portaldaindustria.com.br/relacoesdotrabalho/media/publicacao/chamadas/Novos_Desafios_web.pdf consulta em 01/03/2018.

formal da existência de sindicatos é insuficiente. Na verdade, é necessário averiguar o modo como o sindicato é concebido e a maneira como se relaciona com seus representados, com outras entidades e com o próprio Estado.

A reforma trabalhista prevê ainda que as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho (artigo 620 da CLT), parecendo com isso buscar privilegiar a realização de negociação em nível de empresa.

Outro ponto que gerou muita polêmica foi a vedação da ultratividade da norma coletiva de trabalho (artigo 614, §3º, da CLT): a medida, apontada como uma reação do Legislativo contra a edição da Súmula 277 pelo TST, poderá levar o empregador a não se interessar pela negociação coletiva.

Nesse sentido, vale citar a crítica de Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado:

Prestigiar um critério interpretativo segundo o qual, em um único dia, dezenas de cláusulas e direitos inerentes a certo ACT ou CCT desapareceriam da regência normativa das categorias e dos contratos de trabalho, abrindo-se dramático limbo jurídico nesse segmento socioeconômico e profissional, consiste em desequilibrar, demasiadamente, de maneira manifestamente desproporcional, a balança do poder ente o sindicato de trabalhadores e a respectiva empresa empregadora ou a correspondente categoria econômica (DELGADO, 2017).

Enfim, somente se pode cogitar de efetiva garantia da autonomia privada coletiva quando o ordenamento jurídico não apenas assegura o “reconhecimento” de acordos e convenções coletivas de trabalho (artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição

Brasileira), mas vai mais além, promovendo e incentivando a função negocial.

É o que prega a Organização Internacional do Trabalho: a Convenção 98 da OIT aponta a importância da função negocial do sindicato, ao assinalar a necessidade da adoção de medidas adequadas para estimular trabalhadores e empregadores ao pleno desenvolvimento dos procedimentos de negociação.

Numa perspectiva de valorização dos direitos humanos ligados ao trabalho é que a OIT vem pautando sua atuação desde 1998, quando aprovou a *“Declaração relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho”*, que acentua a necessidade de se assegurar a liberdade de associação e liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, em conformidade com as Convenções 87 e 98.

No entanto, a Convenção 87 da OIT ainda não foi ratificada pelo Brasil, o que é indispensável para que se possa falar em efetiva valorização da autonomia privada coletiva, na busca de um modelo que vise assegurar aos particulares, na prática, os mecanismos necessários para a autorregulamentação de condições de trabalho.

Infelizmente, nada disso foi mexido na chamada “reforma trabalhista”, o que nos leva a um certo descrédito quanto ao efetivo êxito da nova negociação coletiva que se apregoa ter sido implantada no Brasil.

A reforma sindical que não houve

Estudo publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)⁶, da lavra de André Gambier Campos, aponta a existência de 16.491 organizações sindicais de representação

6 http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2262.pdf, consulta em 02/12/2017

de interesses econômicos e profissionais no Brasil, registradas no Ministério do Trabalho até o final do ano de 2016. Seguindo os níveis hierárquicos da estrutura oficial, há 15.892 sindicatos, 549 federações, 43 confederações e 7 centrais sindicais, totalizando 16.491 organizações que representam empregadores (5.251) e trabalhadores (11.240).

As transformações no direito trabalho brasileiro precisariam ter começado pela organização sindical e representação dos trabalhadores no local de trabalho, com a aplicação prática do princípio da livre formação de sindicatos: ou seja, deveria ter sido garantido aos grupos de trabalhadores ou de empresários o direito de criar livremente suas entidades sindicais, sem a sujeição a atos de ingerência do poder público.

Enfim, para que objetivo de fortalecimento da negociação coletiva seja efetivamente alcançado, diversas outras medidas reformadoras ainda precisam ser aprovadas, muitas delas implicando a necessidade de emenda constitucional. Senão, vejamos.

Supressão da unicidade sindical

A primeira das medidas reformadoras é a supressão da regra da unicidade sindical, prevista no artigo 8º, inciso II, da Constituição Federal.

Os parâmetros para a organização sindical devem ser os estabelecidos pela Convenção 87 da OIT, que consagra os princípios da liberdade e autonomia sindical.

Cabe aos interessados - trabalhadores e empregadores - definir quantas e quais entidades representarão seus interesses.

A unidade do movimento sindical não deve ser imposta mediante intervenção legislativa estatal, pois tal intervenção contraria o princípio de liberdade sindical previsto no artigo 2º da referida convenção internacional.

Eliminação das categorias como formas obrigatórias de organização sindical

Se a regra deve ser a liberdade sindical, não cabe ao Estado definir os contornos das entidades representativas de trabalhadores e empresários.

Sendo assim, uma segunda medida indispensável é a supressão tanto na Constituição (artigo 8º, inciso II) quanto na lei (parágrafos do artigo 511 da CLT) das referências aos conceitos de categorias econômica, profissional e diferenciada como formas obrigatórias de organização em entidades sindicais.

Não deve o Estado estabelecer a forma de organização dos sindicatos, impondo a existência das categorias; ao contrário, a possibilidade de escolha precisa ser atribuída aos próprios grupos.

Pode até ser que a similitude das condições de vida e de trabalho decorrente das atividades desenvolvidas justifique a continuidade da existência de sindicatos tradicionais; mas cabe aos trabalhadores (e somente a eles) decidir se devem se organizar de tal forma.

Por outro lado, aos empresários também deve ser deixada a opção da forma mais conveniente de organização sindical, em vista da solidariedade de interesses econômicos que possam ter, diante das atividades que desempenham.

A enorme proliferação de sindicatos que se deu no Brasil a partir da Constituição de 1988 deixa claro que o critério da unicidade sindical por categoria não garante a união dos trabalhadores, na medida em que foram inúmeras as categorias profissionais surgidas sem um mínimo de representatividade (gerando disputas judiciais pelo direito de representação que demonstram não ter sido alcançada a unidade de ação que decorreria do sistema previsto no artigo 8º da Constituição).

Revogação da base territorial mínima municipal

A terceira medida de garantia da liberdade e autonomia sindical é a revogação da regra constitucional (também contida no inciso II do artigo 8º) que prevê a área do Município como limite mínimo da base territorial de atuação dos sindicatos.

Deve ser aberta a possibilidade de criação de sindicatos por empresas ou por região geográfica, em conformidade com a similitude das condições de trabalho nas empresas envolvidas e de acordo com as conveniências e circunstâncias ditadas unicamente pelos interesses dos trabalhadores e empresários.

Bastam os exemplos das grandes metrópoles e da pluralidade de atividades econômicas desenvolvidas em seu território para justificar a possibilidade de criação de um sindicato que busque atuar em apenas uma parte do Município.

Ou ainda, não deve ser desprezada a possibilidade de criação de sindicatos por empresas, segundo a avaliação de conveniência de tal medida, o que deve ser objeto de deliberação exclusiva dos interessados.

Novas formas de custeio da atividade sindical com o fim da contribuição sindical compulsória

A reforma trabalhista trouxe o fim da contribuição sindical compulsória, que efetivamente não se justifica em um sistema de liberdade sindical. Agora, a legislação exige a prévia e expressa autorização dos membros da categoria para que o sindicato possa exigir o pagamento de uma contribuição.

Os trabalhadores e os empresários devem ter o direito de se filiar à organização sindical de sua escolha, com a única condição de conformarem-se aos seus estatutos.

O artigo 2º da Convenção 87 consagra o direito do indivíduo aderir ou não à entidade sindical, isto é, não impõe um

dever de sindicalização; de tal forma, a obrigação de pagar uma contribuição ao sindicato pressupõe o ato voluntário de filiação.

A liberdade sindical é incompatível com a imposição (por via legal ou constitucional) do pagamento da contribuição sindical obrigatória: se a sindicalização é um direito, a contribuição não pode ser uma obrigação.

É de se lamentar a omissão do Congresso Nacional em debater e aprovar a norma legal que viria substituir a contribuição sindical compulsória pela chamada contribuição negocial, vinculada ao resultado da negociação coletiva e condicionada à aprovação de assembleia dos trabalhadores representados.

Essa mudança chegou a ser prometida no artigo 7º da Lei nº 11.648/2008 (que regulamentou as Centrais Sindicais), mas ao que parece que ficou relegada a um momento futuro e incerto, pois nada se cogitou a respeito por ocasião da reforma trabalhista.

Modificar o custeio compulsório dos sindicatos e a exclusividade de sua organização em um território local são medidas relevantes, pois a combinação de ambos os mecanismos é um dos motivos por trás do aumento no número de sindicatos no Brasil, ano após ano, devido a disputas envolvendo os recursos financeiros da contribuição obrigatória (CAMPOS, 2017).

Estímulo à representação e participação dos trabalhadores no local de trabalho

A quinta transformação necessária consiste na criação de novas formas de representação e participação dos trabalhadores no local de trabalho.

É preciso ampliar os canais institucionais de atuação dos trabalhadores, incrementando a sua representação e participação no cotidiano empresarial, de maneira a tornar mais

frequentes as negociações nos próprios locais de trabalho e a democratizar a gestão.

A representação é uma forma de atuação dos trabalhadores no local de trabalho para a defesa e promoção de seus interesses individuais e coletivos; já a participação constitui mecanismos por meio dos quais os trabalhadores participam da gestão, dos lucros ou do capital da empresa (SILVA, 1998).

Existem dois dispositivos constitucionais nesse sentido que devem ser lembrados: o artigo 11 (que assegura, nas empresas com mais de duzentos empregados, a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores) e o inciso XI do artigo 7º (que prevê a participação dos trabalhadores, em caráter excepcional, na gestão da empresa).

A Lei nº 13.467/17 regulamentou o artigo 11 da Constituição para estabelecer uma nova forma de representação dos trabalhadores, a ser adotada nas empresas com mais de duzentos empregados. Agora passa a ser prevista a eleição de uma comissão com a finalidade de promover o entendimento direto com o empregador; mas se serão mesmo instaladas, não se sabe. E a sua efetiva representatividade ainda é algo incerto, pois não há uma clara definição de diretrizes para sua atuação.

Proteção contra os atos antissindicais

Uma sexta providência imprescindível é a inclusão no ordenamento jurídico de mecanismos efetivos de proteção contra os atos antissindicais, medida que visa dar legitimidade ao processo de negociação coletiva, estabelecendo garantias para o livre exercício da atividade dos sindicatos.

São classificados como antissindicais quaisquer atos que venham a prejudicar indevidamente o titular de direitos sindicais, quando em exercício de atividade sindical.

O sujeito prejudicado tanto pode ser um indivíduo quanto o próprio sindicato: como exemplos, podem ser citados atos como a despedida injusta de dirigente sindical, a proibição de distribuição de material informativo do sindicato na porta da empresa, ou ameaças do empregador que visem desencorajar os seus empregados de se filiarem ao sindicato.

Quanto aos agentes, capazes de praticarem tais atos, podem ser arrolados os empregadores e seus prepostos, as organizações de empregadores e até mesmo o Estado (este, tanto no seu papel de empregador quanto no de autoridade administrativa).

A OIT expressa a sua preocupação quanto à necessidade de previsão de mecanismos de proteção contra os atos de “discriminação” e de “ingerência”.

O conceito de “atos de discriminação” está previsto no artigo 1º da Convenção nº 98 da OIT, de 1949. Os trabalhadores gozarão de adequada proteção contra atos de discriminação com relação a seu emprego. Essa proteção aplicar-se-á especialmente a atos que visem: a) sujeitar o emprego de um trabalhador à condição de que não se filie a um sindicato ou deixe de ser membro de um sindicato; b) causar a demissão de um trabalhador ou prejudicá-lo de outra maneira por sua filiação a um sindicato ou por sua participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante o horário de trabalho.

Já a noção de “atos de ingerência” está prevista no artigo 2º da Convenção nº 98 da OIT. As organizações dos trabalhadores e dos empregadores gozarão de adequada proteção contra atos de ingerência de umas nas outras, ou por agentes ou membros de umas nas outras, na sua constituição, funcionamento e administração. Serão considerados atos de ingerência, nos termos deste artigo, promover a constituição de organizações de trabalhadores dominadas por organizações de empregadores ou manter organizações de trabalhadores com recursos

financeiros ou de outra espécie, com o objetivo de sujeitar essas organizações ao controle de empregadores ou de organizações de empregadores.

A experiência da Comissão de Peritos da OIT revela que a existência de normas legislativas fundamentais que proíbam atos antissindiais é insuficiente, se estas não vem acompanhadas de procedimentos eficazes que garantam sua aplicação na prática. Alguns requisitos são apontados para a eficácia dos mecanismos de proteção:

- I. a possibilidade de suspensão liminar do ato antissindical, para evitar que os seus efeitos se consolidem antes de uma decisão definitiva;
- II. uma diferenciação na distribuição do ônus da prova, pois pode ser muito difícil para o trabalhador ou para a sua entidade provar que determinado ato patronal está sendo praticado com fim ilícito: assim, por exemplo, surge a necessidade de o empregador demonstrar que uma despedida que está sendo questionada tenha um determinado fundamento;
- III. a celeridade do processo, uma vez que a lentidão para a solução de pendência acerca de um ato antissindical gera dois efeitos perversos: de um lado, se o ato não é suspenso provisoriamente, produz seus efeitos ilícitos durante todo esse tempo, e por outro lado, nesse mesmo período é possível que a situação violadora se consolide, tornando impraticável uma solução reparatória tardia.

Enfrentamento da crise de representatividade sindical

Constata-se que existem várias premissas indispensáveis para que se possa falar em um sistema de organização sindical fundamentado no critério de liberdade.

Essas premissas devem fazer parte de uma reforma do nosso modelo, pois somente com a tutela da liberdade sindical é que o Estado poderá garantir o desenvolvimento de negociações coletivas autênticas.

Vale dizer, a autonomia privada coletiva está vinculada à efetividade da representação sindical: as ambíguas instituições legais brasileiras condicionam uma estrutura legal burocratizada e desvinculada das bases, fatores esses que impedem o nosso movimento sindical de demonstrar sua capacidade de viver democraticamente e atingir sua plena maturidade (MASSONI, 2007).

Ao se discutir o papel da negociação coletiva na regulação do trabalho, portanto, é indispensável a revisão do modelo de organização sindical (CAMPOS, 2017).

Em síntese, o que se pode afirmar é que o grande dilema do sindicalismo no século XXI não é outro senão o de obter efetiva representatividade, pois esta é a única forma de sobreviver ao novo sistema de relações de trabalho que vem sendo desenhado.

Garantia do direito de greve

Não há negociação coletiva de trabalho autêntica sem que o Estado assegure a efetiva garantia do direito de greve. A diretriz prevista no artigo 9º da Constituição brasileira precisa ser observada na prática: cabe aos trabalhadores decidir pela oportunidade do exercício do direito de greve e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

A nossa lei de greve ainda necessita ser aperfeiçoada, incluída aí a regulamentação do exercício do direito pelos servidores públicos.

Conclusão

A modernização do direito do trabalho no Brasil necessariamente passa pelo enfrentamento da questão da reforma sindical, que infelizmente ficou à margem da Lei nº 13.467/17.

Um modelo de relações de trabalho que valorize a autonomia privada coletiva depende da efetiva garantia da liberdade de organização sindical e de exercício das funções negociais.

O Congresso Nacional ainda deve ao povo brasileiro a indispensável reforma sindical, como verdadeira garantia de acesso ao trabalho decente pela via da negociação coletiva.

Referências

CAMPOS, André Gambier. **Sindicatos no Brasil**: o que esperar no futuro próximo? In: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2262.pdf. Rio de Janeiro: IPEA, 2016.

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

MASSONI, Túlio de Oliveira. **Representatividade Sindical**. São Paulo: Editora LTr, 2007

SILVA, Otavio Pinto e. **A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, Otavio Pinto e. **Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. **Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa**. São Paulo: LTr, 1998.

A REPRESENTAÇÃO DE TRABALHADORES NOS LOCAIS DE TRABALHO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS – PROVOCAÇÕES SOBRE AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA

Paulo Sergio João¹
Paulo Antonio Peressin²

Introdução

O presente artigo tem por finalidade a exposição breve de conceitos relacionados à representatividade de trabalhadores em seus respectivos locais de trabalho, à luz do disposto nas regras internacionais de proteção ao trabalho, bem como na legislação trabalhista pátria.

Ao final, pretende-se traçar um panorama entre as formas de representação sindical e não sindical no local de trabalho

-
- 1 Advogado. Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Mestre em Direito Social pela Universidade Católica de Louvain – Bélgica; Mestre em Direito do Trabalho pela USP. Especialista em Seguridade Social pela Organização Iberoamericana de Seguridade Social – Espanha. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC-SP. Professor de Direito do Trabalho e coordenador do Curso de Especialização em Direito do Trabalho da PUC-SP. Professor de Direito do Trabalho da Fundação Getúlio Vargas.
 - 2 Advogado coordenador da prática contenciosa trabalhista do escritório Lefosse Advogados, em São Paulo. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC-Campinas e Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP.

e sua contribuição para o alcance da efetivação dos direitos trabalhistas e os avanços trazidos pela Lei n. 13.467/2017 – chamada Lei da Reforma Trabalhista.

Da liberdade sindical enquanto direito dos trabalhadores e das organizações no local de trabalho perante o empregador – Breves conceitos – Distinção entre representação sindical e não sindical – Sistema dual de representação

A evolução do Direito do Trabalho passa pela necessidade histórica e evolutiva de proteção às garantias dos trabalhadores, na medida em que a as relações de trabalho pressupõem de forma inconteste a oposição latente entre a força do capital, detida pelos detentores dos meios de produção, e a força de trabalho, detida pela classe trabalhadora.

Nos dizeres de José Francisco Siqueira Neto, “a relação de trabalho é uma relação de poder, e o principal escopo da legislação do trabalho sempre foi – e sempre será – aquele de constituir uma força balanceadora destinada a neutralizar a disparidade contratual imanente dessas relações³”.

Neste contexto, o surgimento dos entes sindicais, assim substanciados pela união dos trabalhadores em torno de uma ideologia comum, na defesa de seus interesses e na busca por garantias frente aos empresários, apresentou-se como resultado de um imperativo social pelo qual se buscaria a afirmação de conquistas e de melhoria da condição social dos representados.

O ordenamento jurídico pátrio, além de estipular condições mínimas e fundamentais a serem garantidas aos trabalhadores nas relações individuais, acena para a efetivação de direitos

3 SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho**. São Paulo: LTr, 1999. p.57.

e pretensões suplementares ou especiais pela via da negociação coletiva, materializada por meio do Acordo Coletivo de Trabalho e da Convenção Coletiva de Trabalho, ambos devidamente reconhecidos pela Constituição Federal, em seu artigo 7º, inciso XXVI⁴.

A força da negociação coletiva e dos frutos dela decorrentes tem garantia na Constituição Federal, nos incisos VI, XIII e XIV⁵, do mesmo artigo 7º, prevendo a possibilidade de prevalência excepcional dos termos negociados sobre as próprias garantias constitucionais, ao autorizar que Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho estipulem condições, *a priori*, menos benéficas aos trabalhadores, para que se preserve o interesse coletivo.

Por outro lado, a Constituição Federal é taxativa ao impor a obrigatoriedade da participação dos Sindicatos na negociação coletiva, como forma de privilegiar o equilíbrio da desigualdade econômica da relação individual e, desta feita, atribuir garantia jurídica ao negociado (artigo 8º, inciso VI⁶).

Isto porque, o ordenamento jurídico trabalhista, construído ao longo de décadas e fruto de momentos históricos e

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

(...) *omissis*;

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

5 VI - irredutibilidade do salário, **salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo**; (grifo nosso).

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, **mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho**; (grifo nosso).

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, **salvo negociação coletiva**; (grifo nosso).

6 Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...) *omissis*;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

que forjaram socialmente o modelo atual, parte da premissa quase que inafastável de que os trabalhadores apresentam-se como hipossuficientes na relação de trabalho e, por tal motivo, não dispõem de condições para negociar diretamente com seu respectivo empregador. O coletivo apresenta-se como condição de garantia negocial e de segurança jurídica na expressão da autonomia da vontade coletiva.

Não obstante a importância da representação sindical, e trazendo novamente palavras de Siqueira Neto “os Sindicatos, embora sujeitos típicos da autonomia e da autoproteção coletiva, não são, todavia, seus sujeitos exclusivos. O Sindicato é apenas uma, embora a mais importante, das formas de os indivíduos se organizarem para defender seus interesses profissionais”⁷.

Com o passar do tempo e o incremento dos meios de produção, tornou-se claro que além dos mecanismos de representação externa (Sindicatos), os trabalhadores, para o exercício da cidadania no local de trabalho e considerando que as relações internas se fundamentam no exercício da democracia, também precisariam atuar diretamente no local de trabalho, percepção essa que resultou na criação dos organismos de representação interna, que se tornaram instrumento complementar destinado a regular as relações entre capital e trabalho⁸.

Há críticos que sustentam que o surgimento de representações internas nas empresas é fruto de interesse dos empregadores justamente para “diluir” a representatividade dos sindicatos, circunstância característica da globalização e do

7 SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho**. São Paulo: LTr, 1999. p.57.

8 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. **Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa**. São Paulo: LTr, 1988, p.11.

neoliberalismo que objetivam “individualizar” cada vez mais as relações coletivas de trabalho⁹.

Neste contexto, busca-se avaliar a efetiva possibilidade de representação dos interesses dos trabalhadores não apenas em âmbito sindical mas, também, no grupo do ambiente de trabalho à luz do ordenamento jurídico pátrio, considerando a efetiva previsão e proteção aos meios destinados à discussão e manifestação dos empregados no local de trabalho, através de entendimentos diretos com o empregador, destinados à efetivação ou à reivindicação de direitos e deveres.

A primeira situação que está a merecer destaque diz respeito à representação vinculada ao exercício político da atividade sindical e a representação dos interesses individuais dos trabalhadores no local de trabalho e, portanto, desvinculada da política sindical.

Representante sindical, também chamado delegado sindical, corresponde ao membro do sindicato profissional cuja finalidade é a representação política do sindicato no ambiente de trabalho. O sindicato visa a defender os interesses coletivos de seus integrantes, independentemente da empresa para a qual trabalham.

Representante não sindical, chamado representante de pessoal, por sua vez, representa a integralidade dos trabalhadores de uma empresa ou estabelecimento, independente de sua categoria profissional. Tem por objetivo promover o entendimento, levando em conta os interesses individuais dos seus

9 BORTOLOTO, Rudimar Roberto. **Os aspectos da representatividade no atual direito sindical brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.

representados, enquanto trabalhadores da empresa ou estabelecimento¹⁰.

O ordenamento jurídico brasileiro, especificamente por meio dos artigos 7º, inciso XI¹¹ e 11¹², da Constituição Federal, bem como pelo artigo 617, §1º, da CLT¹³, admite a possibilidade do chamado “sistema dual” de representação de trabalhadores, que permite tanto a representação sindical quanto a não sindical.

No mesmo sentido são as disposições de normas internacionais que tratam sobre o assunto, tais como a Convenção 135, da OIT, ratificada pelo Brasil em 1990.

10 COSTA, Carlos Eduardo Dantas. **Organização e representação de trabalhadores no local de trabalho**. In Suplemento Trabalhista 021/14. São Paulo: LTr, 2014. p.91.

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

(...)

XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, **participação na gestão da empresa**, conforme definido em lei (g.n.);

12 CF. Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, **é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores** (grifo nosso).

13 CLT. Art. 617. Os empregados de uma ou mais empresas que decidirem celebrar Acordo Coletivo de Trabalho com as respectivas empresas darão ciência de sua resolução, por escrito, ao Sindicato representativo da categoria profissional, que terá o prazo de 8 (oito) dias para assumir a direção dos entendimentos entre os interessados, devendo igual procedimento ser observado pelas empresas interessadas com relação ao Sindicato da respectiva categoria econômica.

§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 o final**(grifo nosso).

As garantias da Convenção 135 da Organização Internacional do Trabalho

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) admite o sistema dual de representação nos locais de trabalho, apenas com a ressalva de que as representações internas não poderão praticar aquelas atividades que a legislação nacional atribuir como prerrogativa exclusiva dos sindicatos. Com efeito:

Convenção 135, da OIT – aprovada em Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho em Genebra, em 1971, dispõe sobre “proteção de representantes de trabalhadores”. A referida Convenção foi aprovada no Brasil via Decreto Legislativo 86/1989, ratificada em maio/1990, com promulgação via Decreto 131/1991 e vigência nacional em maio/1991, à época, com força de lei ordinária. Dentre as disposições mais relevantes da Convenção 135, da OIT, encontram-se as seguintes:

- i. aos representantes de trabalhadores no âmbito da empresa deve ser garantida efetiva proteção contra qualquer ato que os prejudique, incluída dispensa, se decorrente de suas funções ou atividades como representante de trabalhadores, devendo atuar, todavia, em conformidade com a lei e normas coletivas em vigor (art. 1º);
- ii. as facilidades concedidas aos representantes de trabalhadores devem respeitar as características das relações trabalhistas do país, bem como as necessidades da empresa, não podendo prejudicar a eficiência profissional desta (art. 2º);
- iii. as garantias previstas na Convenção direcionam-se tanto aos “representantes sindicais” (nomeados ou eleitos por sindicatos), quanto aos “representantes eleitos” (livremente pelos trabalhadores da empresa), cujas

- funções não sejam prerrogativas exclusivas do sindicato (art. 3º);
- iv. os destinatários da proteção e das facilidades previstas na Convenção poderão ser definidos pela legislação nacional, por norma coletiva e por sentenças arbitrais ou judiciais (art. 4º); e
 - v. havendo coexistência de representantes sindicais e eleitos, medidas devem ser tomadas para que não haja enfraquecimento sindical, estimulando a colaboração entre ambos (art. 5º).

A despeito de a Convenção n. 135 ter sido ratificada pelo Brasil, percebe-se que suas disposições tardaram na sua adoção efetiva, especialmente no que diz respeito ao desenvolvimento de mecanismos de representação não sindical no local de trabalho, trazida ao mundo jurídico nacional em 1988, no artigo 11, da Constituição Federal, que garante a presença de pelo menos 1 (um) representante eleito diretamente pelos empregados nas empresas com mais de 200 (duzentos) trabalhadores.

Todavia, o referido dispositivo constitucional permaneceu sem regulamentação legal por mais de 25 anos e, portanto, sem efetividade prática.

A representação intra-empresarial de trabalhadores no direito estrangeiro – Itália, Portugal e Espanha

Avançando-se na análise da representação de trabalhadores no âmbito internacional, denota-se que, além das disposições consolidadas nas Convenções e Recomendações da OIT, no direito estrangeiro diversos países também admitem e incentivam a representação dos trabalhadores.

À guisa de exemplo, destaca-se brevemente o tratamento conferido ao tema pelos ordenamentos jurídicos da Itália, Portugal e Espanha, países europeus que, como no Brasil,

também passaram por diferentes momentos políticos e de organização do trabalho, evoluindo de sistemas autoritários e corporativistas para sistemas democráticos:

- a. Itália: o primeiro prospecto de “comissões internas” formadas por trabalhadores diretamente eleitos ocorreu na FIAT (1906). No entanto, após a Primeira Guerra Mundial e com a instauração do regime corporativo, as representações de fábrica perderam força. De maneira geral, a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho sempre esteve ligada, em última análise, aos sindicatos, os quais, dependendo do momento histórico, incentivaram o aparecimento de comissões internas ou abafaram suas prerrogativas. Em linhas gerais, o cenário atual consiste na coexistência e no respeito recíproco entre as comissões internas e o sindicato. Todavia, as comissões internas não possuem poder de contratação coletiva, mas mera função reivindicativa¹⁴;
- b. Portugal: consagra igualmente o modelo *dual* de instâncias representativas dos trabalhadores nos locais de trabalho, admitindo sindicatos e comissões de trabalhadores, com disposições legais detalhadas acerca das características e prerrogativas de cada ente. As comissões internas são reguladas por estatutos, os quais são submetidos à aprovação dos trabalhadores permanentes da empresa. As prerrogativas e atuação das comissões de trabalhadores são bastante distintas das funções do sindicato. Enquanto ao sindicato incumbe a fiscalização quanto ao cumprimento de normas legais e convencionais, às comissões compete o “controle da gestão” e a defesa dos interesses do conjunto do pessoal da empresa. Estão englobados na competência das

14 SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho**. São Paulo: LTr, 1999. p.220-222.

comissões de trabalhadores: (i) direito à informação; (ii) direito de controle e gestão; (iii) direito de intervenção na organização das unidades produtivas; (iv) direito de participação na elaboração da legislação. Quanto a este último, a legislação prevê que as comissões podem se credenciar ao Ministério do Trabalho para fins de participação na elaboração das leis trabalhistas, ficando restrita tal participação, no entanto, à mera opinião por meio de emissão de pareceres¹⁵, e

- c. Espanha: possui legislação bastante evoluída no tocante à representação dos trabalhadores no âmbito da empresa. Admite a existência de dois órgãos de representação coletiva nos locais de trabalho, os “delegados de pessoal” e os “comitês de empresa”, a depender da quantidade de trabalhadores representados. Tanto os delegados de pessoal quanto os comitês de empresa detêm, por força de lei, prerrogativas de acesso às informações empresariais, gestão produtiva e de pessoal¹⁶. Além disso, é permitido aos delegados de pessoal e comitês de empresa promover diretamente a negociação coletiva quando se tratar de interesse de “âmbito inferior”¹⁷, devendo os sindicatos ou representantes sindicais assumirem as negociações mais amplas.

Percebe-se, assim, que estes países europeus adotam, com maior efetividade, a possibilidade de representação ampla de

15 Idem, p.250-258.

16 Idem, p. 282-290.

17 Neste sentido, transcreve-se o teor do artigo 87, do **Estatuto de los Trabajadores**:

Artículo 87. Legitimación.

1. En representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité.

trabalhadores, seja pela via sindical ou pela própria representação direta, demonstrando que é possível aliar a atividade dos sindicatos com uma maior ligação aos interesses da base representada.

A representação de trabalhadores no Brasil – breve contexto histórico e disposições legais

No Brasil, os primeiros movimentos tendentes a instituir a representação sindical de trabalhadores perante a empresa datam das primeiras décadas do século XX, com destaque especial às greves promovidas em São Paulo pela Federação Operária (1907), seguida de greves de trabalhadores das indústrias têxteis (1917)¹⁸.

As duas grandes guerras mundiais também tiveram grande importância na mudança dos modelos de Estado (liberal – intervencionista – Estado novo) e, com isso, nas alterações das relações de trabalho, muitas vezes precarizadas, o que motivou ainda mais mobilização coletiva e greves.

Algumas disposições legais começaram a surgir, ainda de forma embrionária, a fim de assegurar um mínimo de representação aos trabalhadores, tais como o Decreto-Lei 7.036/44, que instituiu a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA).

A Constituição de 1967 previu, pela primeira vez, a possibilidade de participação dos trabalhadores nos lucros e, excepcionalmente, nas decisões da empresa e, posteriormente, o Decreto-Lei 229/67 trouxe a criação de comissões mistas de

18 FAUSTO, Boris. *Trabalho Urbano e Conflito Social* citado por Walküre Lopes Ribeiro da Silva *apud* **Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa**. São Paulo: LTr, 1988. p.158

consulta e colaboração no plano da empresa e participação nos lucros (inclusão do artigo 621¹⁹ na CLT).

No final da década de 1960 e começo dos anos 70, período chamado de “milagre econômico”, após a consolidação em território brasileiro de multinacionais, sobretudo do ramo automobilístico, que trouxeram consigo novos modelos de relação de trabalho, aliado à forte repressão estatal aos sindicatos, ganharam espaço as “comissões de fábrica”, ainda que de maneira informal.

Todas estas formas de representação têm como objetivo efetivar garantias e direitos trabalhistas por via da participação ativa dos trabalhadores, permitindo que o local de trabalho seja também palco para o exercício da democracia e da cidadania.

Alterações trazidas pela lei 13.467/2017 – Lei de reforma trabalhista – e respectivas críticas à inovação legislativa

Depois da aprovação em votação plenária pelas duas casas legislativas, fora sancionada pelo Presidente da República, Michel Temer, a Lei n. 13.467/2017, chamada “Reforma Trabalhista”, que alterou diversos dispositivos da CLT, vigente a partir de 11/11/2017.

Dentre as alterações mais relevantes, encontra-se justamente a regulamentação da representação não sindical de trabalhadores no âmbito empresarial, por meio da inclusão do artigo 510-A ao diploma laboral, *in verbis*:

19 CLT. Art. 621. As Convenções e os Acordos poderão incluir entre suas cláusulas disposição sobre a constituição e funcionamento de comissões mistas de consulta e colaboração, no plano da empresa e sobre participação, nos lucros. Estas disposições mencionarão a forma de constituição, o modo de funcionamento e as atribuições das comissões, assim como o plano de participação, quando for o caso.

Art. 510-A. Nas empresas com mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de uma comissão para representá-los, com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

§1º A comissão será composta:

I - nas empresas com mais de duzentos e até três mil empregados, por três membros;

II - nas empresas com mais de três mil e até cinco mil empregados, por cinco membros;

III - nas empresas com mais de cinco mil empregados, por sete membros.

§2º No caso de a empresa possuir empregados em vários Estados da Federação e no Distrito Federal, será assegurada a eleição de uma comissão de representantes dos empregados por Estado ou no Distrito Federal, na mesma forma estabelecida no §1º deste artigo.

Percebe-se, assim, que a tão esperada regulamentação do artigo 11, da Constituição Federal, fora alcançada pela referida inclusão legal, permitindo, pois, a formação de comissões de representantes dos empregados no âmbito empresarial, sem qualquer vinculação sindical.

Mais adiante, o mesmo texto traz em seu bojo o artigo 510-B, que enumera as prerrogativas e atribuições da referida comissão de representantes dos empregados, estabelecendo que:

Art. 510-B. A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições:

I - representar os empregados perante a administração da empresa;

II - aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo;

III - promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos;

IV - buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais;

V - assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical;

VI - encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação;

VII - acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho.

§1º As decisões da comissão de representantes dos empregados serão sempre colegiadas, observada a maioria simples.

§2º A comissão organizará sua atuação de forma independente.

Percebe-se, pois, que a despeito de regulamentar o artigo 11, da Carta Magna, estabelecendo mecanismos para a criação de comissões de representantes dos empregados nos locais de trabalho, a inovação legislativa traz atribuições tímidas e que são fruto da preservação de monopólio da representação sindical.

Com efeito, o mero papel reivindicatório e de mediação entre empregados e empregadores por certo não será suficiente para que a atuação das comissões encontre efetividade no plano prático.

Mais do que isso, considerando que os interesses dos trabalhadores da empresa não são atendidos pela multiplicidade de categorias e sindicatos, talvez fosse necessária a autorização

legal para que as comissões de representantes de empregados pudessem participar ativamente na negociação coletiva e efetivar acordos coletivos em âmbito empresarial, como forma de privilegiar a representatividade das referidas comissões, diretamente atreladas à base de trabalhadores existente nos locais de trabalho.

Como é sabido e por vezes noticiado, nem sempre a existência de uma relação formal de representação sindical corresponde à efetividade pretendida pelos empregados de uma categoria, especialmente pelo distanciamento existente entre os representantes sindicais e a base representada. Não é raro constatar situações nas quais os trabalhadores discordam das decisões e condutas adotadas pelo respectivo sindicato.

A título de exemplo neste particular, destaca-se notícia recentemente veiculada pela revista eletrônica Istoé, contendo a seguinte manchete: “Trabalhadores contra o sindicato”, por meio da qual relatou-se a ocorrência de um protesto iniciado por trabalhadores de uma fábrica de sapatos em Franca/SP. Segundo a notícia, mais de 400 trabalhadores discordavam da postura do sindicato de não aceitar propostas feitas pela empresa, dentre as quais estavam a sugestão de redução da jornada de trabalho para evitar demissões²⁰.

Outro episódio público e notório de conflito de representatividade envolveu motoristas do estado de São Paulo, os quais se insurgiram em relação à Convenção Coletiva firmada entre o Sindimotoristas (sindicato da categoria) e o SPUrbanuss

20 Notícia veiculada em 06/08/2016 na revista eletrônica Istoé (com informações prestadas pelo jornal O Estado de S. Paulo). O inteiro teor da referida notícia encontra-se disponível para consulta em <http://istoe.com.br/trabalhadores-contra-o-sindicato/>

(sindicato patronal), por discordarem dos percentuais de reajuste negociados²¹.

O modelo sindical brasileiro se apresenta de forma intrinsecamente ligada à representação por categorias, respeitada a unicidade sindical e a territorialidade.

Não são adotados por nosso ordenamento jurídico os Princípios da Liberdade Sindical e da Pluralidade Sindical, o que muitas vezes coloca os trabalhadores em situação de verdadeira ausência ou insuficiência de representação, haja vista a impossibilidade de efetivamente negociarem os termos que entendem devidos para sua condição específica de trabalho.

Por isso é que, ao tratar da regulamentação da representação de trabalhadores no âmbito da empresa, a recente Reforma Trabalhista pecou por não permitir que as comissões de representantes possam, de forma legítima, estabelecer negociações com os empregadores e obter, com isso, a segurança jurídica e a estabilização que tanto esperamos possam advir das relações trabalhistas.

No âmbito do Direito do Trabalho internacional, há estudos paradigmáticos que apontam para a possibilidade e necessidade de efetivação jurídica das chamadas “negociações coletivas atípicas”, assim compreendidas como aquelas que não necessariamente exigem a participação do sindicato para que possam ter validade.

Em obra intitulada “Negociação coletiva atípica²²”, a professora lusitana Maria do Rosário Palma Ramalho trata da questão de forma elucidativa. Na sua opinião, estes acordos

21 Notícia veiculada em 22/05/2014 no portal eletrônico Diário do Transporte. Inteiro teor encontra-se disponível para consulta em <https://diariodotransporte.com.br/2014/05/22/greve-de-onibus-em-sao-paulo-dissidentes-podem-prejudicar-trabalhadores/>.

22 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Negociação coletiva atípica**. Coimbra: Almedina, 2009.

desafiam o monopólio sindical da negociação, mas têm contribuído para prosseguir vetores axiológicos importantes do direito do trabalho, como a uniformização mínima das condições de trabalho no seio das empresas, a estabilização das relações coletivas pela mediação dos interesses dos trabalhadores e da gestão, adaptação dos regimes laborais a conjunturas econômicas menos favoráveis e, por certo, a busca pela paz social²³.

Todavia, definitivamente não parece ter sido esta a intenção do legislador.

Outrossim, o Poder Executivo, logo após a aprovação da nova Lei, tratou de editar a Medida Provisória de n. 808/2017, por meio da qual a redação do artigo 510-E, à CLT passou a ser:

Art. 510-E. A comissão de representantes dos empregados **não substituirá a função do sindicato** de defender os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, restando obrigatória a participação dos sindicatos em negociações coletivas de trabalho, nos termos dos incisos III e VI do art. 8º da Constituição Federal.

Portanto, o que se percebe é o perpetuamento de um conceito de que apenas os sindicatos teriam condições de representar os interesses dos trabalhadores, relegando a segundo plano a possibilidade de que tal representação possa ser obtida, até mesmo com maior eficácia, pelos próprios trabalhadores organizados em âmbito empresarial.

23 *Idem.* p. 26.

Considerações finais

Diante dos conceitos traçados ao longo do trabalho, bem como da análise comparativa feita com base na legislação alienígena, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro, a despeito de sempre ter se inspirado em normas internacionais de proteção ao trabalho que versam com maior propriedade sobre a representação de trabalhadores no local de trabalho, tardou a regulamentar o disposto no artigo 11, da Constituição Federal, que estabelecia o direito de representação de trabalhadores no local de trabalho.

Não obstante, a despeito de a Reforma Trabalhista ter se proposto a criar mecanismos para estabelecer a representação de trabalhadores nos locais de trabalho, pecou ao deixar de conferir maior representatividade para que as comissões de representantes possam estabelecer acordos com eficácia e validade jurídica junto aos empregadores.

A representação de trabalhadores nos locais de trabalho não deveria ficar adstrita ao mero poder de reivindicação, mas deveria também autorizar mecanismos de negociações específicas no âmbito empresarial, com a participação direta das comissões de trabalhadores diretamente eleitos.

Ao contrário de argumentos que defendem o monopólio do sindicato de categoria, a representação coletiva nos locais de trabalho fortalece, inclusive, o ativismo sindical, já que permite aos sindicatos alcançar a compreensão exata das reivindicações específicas feitas pela base representada, permitindo, assim, uma maior efetividade dos direitos e garantias trabalhistas.

Ora, mais do que a preservação dos sindicatos, o ordenamento jurídico trabalhista deve zelar e dar preferência à efetivação dos anseios dos trabalhadores, cumprindo preceito constitucional do artigo 7º, no sentido da melhoria das condições sociais, os quais, muitas vezes, não encontram correspondência na atuação sindical.

O tema ganha especial relevância em um cenário de crise econômica, no qual empresas buscam alternativas para manter suas atividades e postos de trabalho, ao passo que trabalhadores sofrem com altos índices de desemprego e, muitas vezes, com a falta de representatividade sindical apta a garantir-lhes seus reais interesses.

A chamada autonomia coletiva decorre de uma das mais importantes funções do sindicato. A valorização da negociação coletiva é condição do exercício da democracia. As normas coletivas, junto com a lei, compõem um sistema de direitos e de proteção para os trabalhadores. No entanto, só se pode falar em autonomia coletiva quando esta efetivamente se traduz na vontade dos representados, em especial no âmbito da empresa em que prevalece o universo de todos os trabalhadores, sem segmentação em categorias.

O fim maior de permitir essa espécie de negociação (intraempresarial, por comissão de trabalhadores) é justamente ressoar a harmonia social de uma sociedade participativa, preconizada no preâmbulo da Constituição, com a solução pacífica das controvérsias.

Os avanços da conscientização da classe trabalhadora e incentivo de fomentar a informação mediante transparência na governança corporativa devem ser considerados como forma de reconstrução de uma nova sociedade, mais democrática e transparente.

Este modelo ajustado ao ambiente de trabalho se apresenta como um importante mecanismo de democratização das relações que possibilita a busca pela emancipação dos trabalhadores e apregoa a relevância da função social da propriedade. Este modelo poderia construir relações coletivas com maior segurança jurídica na legitimidade da representação, evitando a judicialização excessiva de conflitos, e, de outro lado, poderia aumentar a crença na independência dos trabalhadores, eis

que não existe norma coletiva ou sentença normativa que possa alcançar a realidade particular de forma tão próxima quando se trata de tutelar categorias tão amplas.

Referências

BORTOLOTTI, Rudimar Roberto. **Os aspectos da representatividade no atual direito sindical brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.

COSTA, Carlos Eduardo Dantas. Organização e representação de trabalhadores no local de trabalho. In **Suplemento Trabalhista 021/14**. São Paulo: LTr, 2014.

FAUSTO, Boris. Trabalho Urbano e Conflito Social citado por Walküre Lopes Ribeiro da Silva apud **Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa**. São Paulo: LTr, 1988.

JOÃO, Paulo Sergio. Negociações coletivas de trabalho no Brasil. In: **Temas Laborais Luso-Brasileiros**(FORJAS, Paula; SILVA, J A Ferreira da; MADEIRA, Auta; CORREIA, Nilton. Coods). Coimbra: Editora Coimbra - JUTRA, 2007.

_____. **O fim da unicidade sindical no Brasil**. Jornal Valor Econômico. Caderno Legislação & Tributos. São Paulo: 03/01/2008.

_____. **Relação de trabalho em busca de resultados**. MIGALHAS. Texto publicado em 09 de fevereiro de 2011.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Negociação coletiva atípica**. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. **Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa**. São Paulo: LTr, 1988.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

BREVES REFLEXÕES SOBRE O ARTIGO 800 DA CLT: A EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA RELATIVA NO PROCESSO DO TRABALHO

Pedro de Souza Gomes Milioni¹
Alan Coelho Furtado Gonçalves²

Introdução

O presente artigo foi escrito a quatro mãos, por duas pessoas distintas que, vez por outra, discordam entre si.

Por isso o leitor perceberá, em algum momento do texto, que cada autor possui um entendimento sobre determinado tema, o que para nós foi saudável e só enriqueceu o debate.

Escrever sobre recentes alterações legais é sempre um desafio, que nós, juntos, resolvemos enfrentar, em que pese ser o terreno movediço.

Com efeito, o presente artigo, como o título sugere, é um singelo estudo sobre o art. 800 da CLT, pós reforma trabalhista.

Assim, dentro do escopo sugerido, serão analisadas as noções elementares e gerais sobre o instituto da competência; a exceção da incompetência no Processo do Trabalho; o prazo para oferecimento da exceção; a facultatividade ou obrigatoriedade da exceção, dentre outras questões não menos relevantes que permeiam o tema.

1 Advogado, Mestrando em Direito pela UCAM/RJ, L.L.M. em Direito Corporativo pelo IBMEC/RJ.

2 Advogado, Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho, MBA pela FGV.

Noções elementares sobre a competência relativa no processo do trabalho

O conceito de competência deve ser extraído da Teoria Geral do Direito e não da Teoria Geral do Processo. Pode se falar, por exemplo, em competência administrativa, legislativa, executiva e jurisdicional, sendo esta última que importa para o presente estudo.

Leonardo Carneiro da Cunha esclarece que a “definição de um conceito de direito é consequência da análise de sua essência, entendendo-se essência como o conceito fundamental de um objeto”³. E concluiu o autor, firme nas lições de Juan Manoel Teran, que uma vez “definido o conceito, deve-se aprofundá-lo, determinando-se, por exemplo, seus elementos constitutivos, ou analisando as relações entre eles e outros institutos afins”.⁴

É valoroso destacar que os conceitos jurídicos se dividem, ainda, em *lógico-jurídicos* ou *jurídico-positivos*, conforme exposição mais uma vez precisa de Leonardo Carneiro da Cunha, citando novamente Juan Manoel Teran:

Os conceitos jurídicos podem ser lógico-jurídicos ou jurídicos positivos. Todos os conceitos jurídico-positivos somente se aplicam a uma esfera de validade determinada no tempo e no espaço. A validade de um conceito jurídico-positivo está sujeita à vigência do ordenamento em que se apoia. Diversamente, quando se formula um conceito lógico que serve de base para a conceituação jurídica

3 CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Jurisdição e competência**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2008, p. 36.

4 Ibid.

positiva, essa noção se faz com pretensão de validade universal.⁵

Competência significa limitação de poder e ao mesmo tempo autorização para exercício de poder. Refere-se, em resumo, a uma atribuição que é dada a um órgão jurisdicional para processar e julgar determinadas casos, conforme clássico ensinamento doutrinário: “Chama-se de competência a quantidade de jurisdição, cujo o exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos...” “Nessa ordem de ideias é clássica a conceituação da competência como medida de jurisdição...”⁶

Trata-se de conceito lógico-jurídico (ou jurídico-universal).

Vale dizer, o conceito de competência tende a ser o mesmo independentemente do ordenamento jurídico que se investigue, não sofrendo mutações de tempo e espaço, em que pese possam ser distintos os momentos históricos e os ordenamentos jurídicos investigados.⁷

Existem princípios constitucionais diretamente relacionados à competência, dentre eles o Devido Processo Legal (art. 5º, incisos LIV e LV da CRFB) e o Juiz Natural (art. 5º, inciso LIII da CRFB).

Há, também, subprincípios relacionados à distribuição da competência decorrentes do princípio do Juiz Natural que, segundo Canotilho, citado por Fredie Didier Jr, seriam os seguintes: *tipicidade* - a competência dos órgãos constitucionais é aquela expressa na Constituição, a exemplo do art. 114

5 Ibid., p. 37.

6 CINTRA, Antônio Carlos de A.; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p.248.

7 CUNHA, op cit, p.37.

da CRFB e da *indisponibilidade* - a competência não pode ser transferida para outros órgãos.⁸

A competência, enquanto atribuição que é dada a um órgão jurisdicional para processar e julgar determinados casos, é distribuída de maneiras distintas, através de critérios distintos, sempre com prévia previsão normativa.

Assim, de acordo com o artigo 44 do CPC, podem versar sobre competência normas constitucionais e infraconstitucionais (lei em sentido estrito). Todavia, apesar do silêncio do artigo, os regimentos internos dos Tribunais e até mesmo negócios jurídicos processuais entabulados pelas partes (foro de eleição) também podem fixar regras de competência.

A competência, conforme já mencionado, pode ser distribuída de maneiras distintas, através de critérios distintos, sempre com prévia previsão normativa.

Neste rumo, a doutrina majoritária aponta, em regra, os seguintes critérios para fixação da competência:

O *objetivo*, que leva em consideração elementos identificadores da demanda. É sabido que a demanda se identifica a partir da análise das partes, causa de pedir, e pedido. Portanto, nesse critério, a competência será fixada em razão das pessoas (partes), da matéria (causa de pedir/natureza da relação jurídica controvertida) e valor do valor atribuído à causa (pedido).

Destaca-se, também, o critério *funcional*, que leva em consideração o órgão julgador (juiz singular e órgão colegiado, por exemplo).

Por fim, há o critério *territorial*, que leva em conta o limite geográfico, o local onde a demanda deverá tramitar (domicílio do réu ou local da prestação dos serviços, por exemplo) (vide, por exemplo, o art. 651 da CLT).

8 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 17.ed. Editora Juspoivm, 2015. p.199.

É importante salientar que os critérios de distribuição da competência podem ser conjugados, ou seja, não são excludentes. Logo, é possível que a lei fixe a competência em razão da matéria e da pessoa, concomitantemente, conforme exemplo constante no artigo 114, inciso I da CRFB⁹.

A competência territorial no Processo do Trabalho, segundo a doutrina, em regra, é relativa, pois visa atender a interesse particular, privado, disponível.

A competência relativa, segundo Francisco Dantas, é aquela que: “pode ser modificada pela vontade das partes, tendo em vista que foi instituída para atender aos seus interesses. “... sofre o influxo do poder dispositivo das partes, razão pela qual pode ser alterada por ela, sendo, portanto, derogável”.¹⁰

É preciso observar que também há hipóteses de competência territorial absoluta (vide, por exemplo, o art. 48 do CPC), bem como de competência em razão do valor da causa (vide, por exemplo, a lei dos Juizados Especiais Federais). Por isso o critério determinante é o da natureza do interesse a ser tutelado. Exige-se do intérprete análise da finalidade social da norma que fixa a competência.

A competência relativa não pode ser conhecida de ofício pelo juiz (Súmula 33 do STJ e OJ 149 da SDI II do TST). A exceção se dá, por exemplo, quanto ao foro de eleição, antes da citação do Réu (art. 63, parágrafo 3º do CPC)¹¹, quando, então,

9 Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

10 DANTAS, Francisco Wildo Lacerda, Teoria Geral do processo. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p.92.

11 Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

o juiz poderá conhecê-la de ofício, observados os estritos termos legais.

Por ser relativa a competência somente pode ser arguida pelo réu em sede de exceção (art. 800 da CLT) ou em preliminar de contestação (art. 64 do CPC), sob pena de preclusão e prorrogação da competência (art. 65 do CPC).¹²

A arguição de incompetência relativa pode ser feita pelas partes. O Ministério Público também poderá argui-la, inclusive quando atuar como fiscal da lei (art. 65, parágrafo único do CPC). O assistente *simples*, por outro lado, por ser mero coadjuvante no feito, não pode arguir essa incompetência, conforme interpretação extensiva do art. 122 do CPC. O assistente *litisconsorcial*, que pode praticar atos de defesa do assistido, poderá também arguir a incompetência (art. 124 do CPC).

A incompetência relativa ou mesmo absoluta, em regra, não gera a extinção do processo, mas sim a remessa dos autos para o juízo competente, conforme prevê expressamente o art. 64, parágrafo 3º do CPC, é o denominado sistema da *translatio iudicci*.

Quanto à nulidade dos atos decisórios, o CPC de 2015, precisamente em seu art. 64, parágrafo 4º, alterou profundamente a sistemática anterior, passando a mencionar que até que seja proferida decisão judicial em sentido diverso, os atos decisórios, ainda que proferidos por juízo incompetente, conservam seus efeitos, até que outra decisão seja proferida pelo juízo competente.

Superada a parte introdutória e conceitual sobre a competência territorial, nos demais tópicos serão analisadas questões

§ 3º - Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu.

12 Tema controvertido que será abordado em tópico específico.

controvertidas teóricas e práticas sobre o artigo que se propõe investigar.

A exceção de incompetência territorial no processo do trabalho

Embora atualmente venha sendo amplamente discutida nos meios acadêmicos, a exceção, enquanto peça processual destinada a arguir a incompetência relativa, não é novidade no processo trabalhista. A CLT, que é de 1943, a partir do art. 799, alterado em 1946, já mencionava o presente instituto, determinando-se sua apresentação em peça autônoma.

Ocorre que, não obstante a determinação legal, a doutrina¹³ e a jurisprudência já vinham permitindo a apresentação da exceção de incompetência territorial como preliminar de contestação, na forma do art. 337, II do CPC, sob pena de preclusão e prorrogação da competência.

Cabe esclarecer que com as inovações do novo CPC de 2015 passou-se a discutir sobre a aplicação do seu art. 340 do CPC¹⁴ ao Processo do Trabalho. O dispositivo em comento,

13 CESÁRIO, João Humberto. **As Principais modificações do novo CPC e seus reflexos no processo do trabalho**. Cuiabá: Pináculo editora, 2016. p.188; SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 9ª Ed. São Paulo: LTr. 2015. p. 629; MIESSA, Elisson. Processo do Trabalho, para concursos. 2. Ed. Salvador: JusPodivm. 2015. p. 312.

14 Art. 340. Havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico.

§ 1º A contestação será submetida a livre distribuição ou, se o réu houver sido citado por meio de carta precatória, juntada aos autos dessa carta, seguindo-se a sua imediata remessa para o juízo da causa.

§ 2º Reconhecida a competência do foro indicado pelo réu, o juízo para o qual for distribuída a contestação ou a carta precatória será considerado prevento.

embora não tenha utilizado o termo “exceção” trata da alegação de incompetência relativa e absoluta, permitindo que o demandado, mesmo com o processo em comarca diversa, apresente a referida alegação como preliminar de contestação no foro de seu domicílio.

Tal discussão era perfeitamente cabível antes da Reforma Trabalhista, pois havia entendimento consolidado de que a exceção de incompetência no Processo do Trabalho poderia ser perfeitamente apresentada em preliminar de contestação, necessitando tão somente de razoável adequação do Processo Civil ao Processo do Trabalho, como, por exemplo, apresentação de um requerimento com alegação de incompetência territorial, antes da audiência trabalhista.

No entanto, a partir da Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista), o art. 800 da CLT passou exigir expressamente a apresentação da exceção de incompetência no prazo de 5 (cinco) dias a contar da notificação (leia-se citação), o que, segundo um dos autores do presente artigo, limitou consideravelmente a aplicação do CPC ao processo laboral, vez que tratou de forma específica o tema, inclusive sendo a CLT omissa¹⁵ quanto à possibilidade de a alegação de incompetência ser apresentada em preliminar de contestação.¹⁶

A alteração legal nitidamente criou um incidente processual anterior à audiência onde se busca discutir qual será o juízo competente antes de dar continuidade ao processo.

A nova Lei passou a determinar, ainda, que a alegação de incompetência territorial seja apresentada em “peça que

§ 3º Alegada a incompetência nos termos do caput, será suspensa a realização da audiência de conciliação ou de mediação, se tiver sido designada.

§ 4º Definida a competência, o juízo competente designará nova data para a audiência de conciliação ou de mediação.

15 Silêncio eloquente, segundo um dos autores deste capítulo.

16 O tema será melhor abordado em item específico.

sinalize a existência desta exceção” (art. 800, caput da CLT¹⁷). Havendo, portanto, a manutenção da obrigação legal de uma petição autônoma (peça apartada).

Destaque-se, contudo, que a incompetência absoluta continua sendo alegada em preliminar de contestação (CLT, art. 799, parágrafo 1º da CLT).

A exiguidade do prazo para oferecimento da exceção

Dentro do tema central, importante abordamos uma questão prática, qual seja, a flagrante exiguidade do prazo quinquenal fixado no *caput* do art. 800 da CLT para o oferecimento da exceção de incompetência territorial.

O art. 800 da CLT, em resumo, menciona que a exceção de incompetência territorial deverá ser apresentada no prazo de 5 (cinco) dias a contar da notificação. Com imenso respeito aos posicionamentos contrários, entendemos que o referido prazo legal seja muito curto, não pelo prazo em si, mas pelo termo inicial que deflagra a contagem do prazo, que é a contar da citação.

Ilustramos nossa preocupação com um exemplo rotineiro: determinado reclamado (empregado, empregador, prestador de serviços, sindicato etc.) é citado em dezembro de 2017

17 Art. 800. Apresentada exceção de incompetência territorial no prazo de cinco dias a contar da notificação, antes da audiência e em peça que sinalize a existência desta exceção, seguir-se-á o procedimento estabelecido neste artigo.

§ 1º Protocolada a petição, será suspenso o processo e não se realizará a audiência a que se refere o art. 843 desta Consolidação até que se decida a exceção.

§ 2º Os autos serão imediatamente conclusos ao juiz, que intimará o reclamante e, se existentes, os litisconsortes, para manifestação no prazo comum de cinco dias.

§ 3º Se entender necessária a produção de prova oral, o juízo designará audiência, garantindo o direito de o excipiente e de suas testemunhas serem ouvidos, por carta precatória, no juízo que este houver indicado como competente.

§ 4º Decidida a exceção de incompetência territorial, o processo retomará seu curso, com a designação de audiência, a apresentação de defesa e a instrução processual perante o juízo competente.

para responder aos termos de uma demanda com audiência designada para meados de 2018. Ciente de que a defesa é apresentada em audiência (em regra isso consta nas notificações) o reclamado, duas semanas depois de recebida a citação, inicia sua busca por um advogado (mesmo litigantes habituais não costumam enviar os casos imediatamente para os escritórios que lhes assistem, notadamente se a data audiência não estiver próxima).

O exemplo acima reflete algo absolutamente provável e aponta com clareza solar que o prazo estipulado em lei, ainda que em dias úteis, é por demais exíguo, até mesmo porque ele é contado da data de recebimento da notificação.

Ora, pensamos que, caso mantida a contagem do prazo com início no recebimento da notificação, tal como está na lei, o prazo deveria ser ampliado.

Entretanto, mantendo-se o exíguo prazo de 5 (cinco) dias após a citação, defendemos que as notificações deveriam vir com destaque quanto ao prazo para apresentação de exceção de incompetência, a fim de facilitar o exercício do direito de defesa pelo Reclamado, por se tratar de reflexo direto do princípio constitucional do Devido Processo Legal.

A apresentação da exceção: facultatividade ou obrigatoriedade?

Tratando-se de competência territorial, estamos diante de competência relativa, impossibilitando, portanto, seu reconhecimento de ofício pelo juiz, conforme já exposto. Logo não sendo observado o prazo de 5 (cinco) dias, estabelecido pelo art. 800 da CLT, segundo alguns autores, dentre eles

Elisson Miessa¹⁸, haverá preclusão temporal e prorrogação da competência, sendo competente o juízo onde fora ajuizada a reclamação trabalhista.

Miessa, em síntese, expõe o seguinte: “trata-se, pois, de prazo próprio e peremptório, razão pela qual, não sendo levantado nesse momento, não poderá alegar posteriormente (p. ex. em contestação) a incompetência territorial”¹⁹.

Apenas o segundo autor do presente capítulo concorda com a doutrina anteriormente citada, pois, para ele, tal manifestação se torna fácil de entender vez que a presente ordem celetista visa fixar o juízo competente antes do início propriamente dito do processo.

O primeiro autor do presente artigo discorda da tese ora exposta.

Explica-se a divergência com a seguinte indagação: seria tal procedimento de fato único e obrigatório ou o réu poderia se utilizar da arguição da incompetência, ainda que relativa, em sede de preliminar de contestação?

Há duas correntes em formação.

Da obrigatoriedade

O novo procedimento da exceção de incompetência territorial, sem dúvidas, traz uma considerável e importante alteração no processo do trabalho. Mas, seria este procedimento obrigatório? Ou seria apenas facultativo como já vinha decidindo a jurisprudência e doutrina, quando permitiam sua alegação em

18 CORREIA, Henrique; MIESSA, Elisson. **Manual da Reforma Trabalhista**. Salvador: juspodivm. 2018.

19 CORREIA, Henrique; MIESSA, Elisson. **Manual da Reforma Trabalhista**. Salvador: juspodivm. 2018, p. 818.

preliminar de contestação, mesmo a lei determinando sua apresentação em peça apartada?

Antes de responder tal questionamento é importante realizar uma interpretação teleológica da norma em exame a partir do CPC e da própria CLT.

O CPC o art. 340 estabelece que “havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu...”.

Destacamos o verbo “poderá” a fim de demonstrar que o procedimento apresentado pelo artigo supramencionado não é obrigatório quanto ao local em que a contestação será protocolada, vez que este protocolo poderá ocorrer até mesmo no juízo que tramita o processo, muito embora o artigo comentado permita seu protocolo no domicílio do réu. O mesmo, porém, não se pode dizer quanto à obrigatoriedade da utilização deste procedimento para alegação da incompetência do juízo.

Conforme esclarecido por Daniel Amorim Assumpção Neves²⁰, “diante do novel procedimento criado pelo novo CPC, a contestação seria apresentada, quando necessário, depois da realização da audiência de conciliação e mediação”. Logo, com o surgimento do procedimento exposto no art. 340, o processo civil criou uma hipótese onde se permite o protocolo da contestação antes da audiência de conciliação e mediação, exatamente para que o réu possa alegar a incompetência do juízo sem que tenha que passar pelas referidas audiências conciliatórias.

Com efeito, caso o réu não apresente sua contestação com a preliminar de incompetência territorial, nos termos do art. 340, do CPC/15, haverá prorrogação da competência devido à preclusão, vez que, do contrário, terá que primeiro se manifestar

20 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 8 ed. Salvador: juspodivm, 2016. p. 579.

quanto à audiência de conciliação. E se assim o fizer incidirá o art. 278 do CPC/15, o qual diz que “a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”. Ou seja, caso o réu se manifeste quanto à conciliação, perderá a oportunidade de alegar a incompetência. Logo, em termos práticos, o procedimento do art. 340 torna-se obrigatório, exatamente para evitar desnecessária audiência no suposto juízo incompetente.

Assim, não manifestando de forma exordial a incompetência, haverá prorrogação da mesma e fixação da competência do juízo escolhido pelo autor.

Desta forma, embora o local do protocolo da contestação seja de importância secundária, o procedimento do art. 340 do CPC/15, repita-se, se torna obrigatório, pois é uma exceção ao procedimento para oferecimento da contestação (CPC/15, art. 335, III).

Devemos observar, ademais, que no Processo Civil o momento para arguir a incompetência será sempre o da contestação, não havendo, portanto, incidente processual prévio a ela.

Mas e no Processo do Trabalho, como seria?

Destaca-se, inicialmente, que antes mesmo da existência do art. 340 do CPC/15, já existia a possibilidade da exceção de incompetência ser protocolizada no juízo do domicílio do réu, conforme estabelecia o parágrafo único, do art. 305 do CPC/73, incluído pela Lei 11.280/2006, o que muito embora facilitasse a defesa do demandado, não era aceito pela doutrina trabalhista, vez que a resposta do réu, no processo do trabalho, desde sempre é apenas apresentada em audiência.

Neste sentido, Carlos Henrique Bezerra Leite²¹ ao comentar a aplicação do parágrafo único do art. 305, do CPC/73:

Embora haja lacuna normativa na CLT, no particular, cremos que o novel parágrafo único do art. 305 do CPC (/73) mostra-se incompatível com o processo do trabalho, uma vez que neste, a nosso ver, a resposta do réu, que pode abranger exceção, contestação e reconvenção, deve ser apresentada em audiência, com a presença obrigatória das partes (CLT, arts. 843 e 844).

Após a edição do novo CPC, mesmo com a clareza cristalina do art. 340, a doutrina trabalhista ainda permaneceu resistente, embora tenha apresentado sinais de flexibilização, permitindo que, diante do caso concreto, o juiz do trabalho - com base no princípio do acesso à justiça, da razoabilidade e da proporcionalidade - aceitasse o requerimento apresentado no domicílio do réu²².

Contudo, a partir da Lei 13.467/17, o art. 800 da CLT passou a conceder a possibilidade de o demandado apresentar sua exceção de incompetência territorial sem natureza de resposta do réu²³, mas tão somente como incidente processual, a fim de possibilitar o acesso à justiça, pois não teria que se deslocar até o juízo do reclamante, caso entendesse não ser este o foro competente para julgamento da demanda.

21 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 13 Ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 653

22 SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 9. Ed. São Paulo: LTr. 2015. p. 644

23 A resposta do réu (exceção, contestação e reconvenção), salvo a exceção de *incompetência territorial*, permanece sendo apresentada obrigatoriamente em audiência.

Assim, com o novel § 1º, do art. 800, CLT, observa-se que o legislador buscou evitar a realização da audiência até que se decida a exceção. Não sendo razoável permitir que o reclamado apresente, então, a exceção como preliminar de contestação, uma vez que a resposta do réu deve ser apresentada em audiência, com a presença das partes.

Observe-se que no CPC a contestação não se apresenta em audiência, logo a preliminar de exceção também não, portanto indiferente apresentá-la no juízo do réu ou do autor, já que a audiência poderá ser suspensa de qualquer forma. Conclusão, o objetivo da norma é atendido, vez que não haverá audiência até a análise da competência do juízo.

No Processo do Trabalho, entretanto, caso o reclamado se furte de apresentar a exceção no prazo estabelecido no art. 800 da CLT, optando por apresentá-la em preliminar de contestação, a audiência necessariamente ocorrerá, ainda que seja apenas para analisar a preliminar ou mesmo a petição autônoma, já que na justiça trabalhista, repise-se, a contestação é entregue em audiência. Com efeito, ao que tudo indica, não foi essa a intenção do legislador, pois esperar um longo período, em regra, até a data da audiência para somente depois, caso seja acolhida a exceção, remeter os autos ao juízo competente e aguardar novo período até a nova audiência, não parece célere, nem econômico, do ponto de vista processual.

Ademais, somente a alegação de incompetência absoluta deve ser alegada como preliminar de contestação (CLT, art. 799, § 1º), devendo a incompetência relativa ser arguida por meio de exceção, na forma do novel art. 800 da CLT.

Desta forma, entendemos que não sendo arguida no prazo estabelecido na CLT, a incompetência territorial não poderá ser alegada posteriormente por incidir a preclusão, não se tornando excessivo mencionar, pois, que o novo procedimento visa fixar

inicialmente o juízo competente para, em seguida, dar continuidade ao processo.

Da facultatividade

Ouso discordar do coautor do presente capítulo, bem como de parte da doutrina já mencionada.

Explico:

A interpretação teleológica do art. 800 da CLT me conduz a um só caminho: o procedimento da exceção engendrado pela reforma teve como finalidade única permitir ao reclamado a discussão acerca da incompetência territorial do juízo, previamente, sem precisar se deslocar até o local da audiência, pois, como sabido, antes a exceção era apresentada em conjunto com a contestação (ou, segundo alguns, arguida em preliminar), em audiência.

Portanto, para mim está muito claro que a reforma pretendeu facilitar o acesso à justiça do reclamado ou, sendo ainda mais franco, tal procedimento visou somente evitar seu deslocamento.

Tendo-se em mira a interpretação finalística da norma, não concebo ler o art. 800 da CLT como um procedimento único e obrigatório que possa ser interpretado em prejuízo daquele que visou beneficiar caso dele não se utilize, mas sim como mais um procedimento de arguição de incompetência, desta vez antes da audiência. Ou seja, o art. 800 da CLT está para o Processo do Trabalho, assim como o art. 340 do CPC está para o Processo Civil, guardando cada um suas peculiaridades, claro.

E como superar o dogma da compatibilidade e da omissão para aplicação do CPC ao Processo do Trabalho, já que, de fato, a CLT consagra no art. 800 da CLT o procedimento para arguição de incompetência relativa antes da audiência?

Simples, basta entender que o art. 800 da CLT regula procedimento facultativo e prévio para arguição da incompetência antes da audiência e, portanto, antes da defesa.

Em relação a esse procedimento específico não há que se falar em omissão, por razões óbvias. Logo, o art. 340 do CPC que tem como *ratio* evitar que o réu se desloque para realizar o protocolo da petição (ideia semelhante ao art. 800 da CLT), respeitado cada procedimento, claro, não seria aplicável ao Processo do Trabalho, por exemplo, pois a CLT goza de procedimento específico.

Todavia, se o reclamado não se utilizar do art. 800 da CLT, o que somente lhe prejudica, poderá continuar se utilizando do art. 337, inciso II do CPC, por força dos art. 769 da CLT e 15 do CPC. Assim, por sua conta, com todas as despesas inerentes, poderá comparecer à assentada e, em preliminar de contestação, arguir a incompetência relativa.

Há, assim, duas vias para arguição da incompetência relativa: a exceção e a preliminar de contestação.

Não me sensibiliza o fato de que aguardar a audiência para arguir a incompetência poderá retardar a marcha processual, porque sempre foi assim e jamais houve qualquer reclame.

O problema, neste caso, me parece que não é a peça onde a incompetência deve ser arguida, mas sim o fato de que o Processo do Trabalho, ainda hoje, exige que a resposta do réu seja apresentada em audiência, impondo um volume colossal de audiências absolutamente desnecessárias, adiadas diuturnamente, culminando por esgotar a todos, mas principalmente os juízes. Seria melhor, talvez, racionalizar o sistema e passar a se admitir que a defesa seja protocolada, e não mais apresentada em audiência.

A economia e a celeridade processual²⁴

Pela nova redação legal, a exceção de incompetência territorial segue um novo procedimento bem diferente do original, antes da reforma, onde a apresentação da exceção de incompetência fazia-se na própria audiência inaugural, dando-se vista ao excepto por 24h, devendo ser proferida a decisão na primeira audiência ou sessão que se seguir.

O que antes ocorria em audiência - fazendo com o demandante se sujeitasse ao longo período, que em regra ocorre, até a data da primeira audiência, para somente, então, ser reconhecida a incompetência do juízo, remetendo-se os autos ao juízo indicado e iniciando um novo período até a nova audiência designada pelo juízo então competente - agora ocorre bem antes, evitando-se que o reclamante aguarde por uma audiência de instrução e julgamento que poderá não ocorrer.

Assim, sendo decidida a competência previamente, o processo poderá ser encaminhado para o juízo competente, onde será designada nova e definitiva audiência, sem o risco de outro declínio de competência, já que conforme art. 806 da CLT, o excipiente não poderá “suscitar conflitos de jurisdição quando já houver oposto na causa exceção de incompetência”. O que entendo proporcionar maior celeridade e economia processual.

A título exemplificativo, imaginemos a seguinte situação: reclamante ajuíza a ação trabalhista em fevereiro de 2018, sendo designada audiência inaugural para setembro do mesmo ano. A reclamada é notificada em março e apresenta a exceção de incompetência. Sendo esta julgada, por exemplo, em julho, caso seja acolhida, os autos já serão remetidos ao juízo competente, não tendo o Reclamante que suportar mais dois meses

24 Posicionamento do segundo autor, coerente com a sua tese de obrigatoriedade do procedimento.

de espera, para somente, então, ser acolhida a exceção (se for o caso) e remeter os autos ao foro indicado pela reclamada.

Por outro lado, não sendo acolhida a exceção de incompetência, haverá tão somente a manutenção da audiência, pois no presente caso, não houve redesignação da audiência inaugural após a apresentação da exceção, vez que marcada para data distante da notificação.

Destaca-se, com isso, que somente no caso em que não for possível o julgamento da exceção antes da audiência inaugural é que esta será redesignada.

Em sentido contrário Mauro Schiavi²⁵ acredita que a presente mudança possa atrasar as demandas:

O art. 800, da CLT altera a sistemática da exceção de incompetência territorial na Justiça do Trabalho, rompendo os princípios da unicidade e concentração do processo do trabalho, visando a facilitar o acesso à justiça pelo reclamado, mas, por outro lado, pode provocar demora significativa na tramitação do feito.

Defendo, entretanto, que a medida celetista proporciona paridade de tratamento no processo no tocante ao acesso à justiça, meios de defesa e facilitação do contraditório, conforme preceito estabelecido no art. 7º do CPC/15²⁶.

Destacando-se que muito embora o processo trabalhista tenha como base a proteção ao trabalhador hipossuficiente, obrigar o empregador, como regra, a se deslocar para outra

25 SCHIAVI, Mauro. **A Reforma Trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. São Paulo: LTr Editora, 2017. p.92.

26 Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

cidade e, em muitos casos, provocar gastos altíssimos, apenas para demonstrar que o reclamante se equivocou ao ajuizar a ação em outro foro, é no mínimo uma agressão ao efetivo contraditório e à ampla defesa, além de dificultar o acesso à justiça. Observa-se, com isso, que o princípio da proteção não é absoluto.

Desta forma, muito embora defendamos que o prazo de 5 dias após a notificação seja exíguo, conforme já exposto, não podemos nos furtar do reconhecimento de que, por outro lado, aquele curto prazo visa dar maior celeridade ao procedimento da exceção de incompetência.

Assim, antes aplaudindo as teses em sentido contrário, acreditamos que o legislador acertou ao permitir que a defesa do demandado, quanto à competência do juízo, seja exercida de seu próprio domicílio, de forma eficaz, econômica e célere.

A suspensão do processo

A CLT, art. 799, já determinava a suspensão do processo quando protocolada a exceção de incompetência, o que impedia a realização da audiência prevista no art. 843 da CLT.

Por outro lado, o CPC/15, diferente do CPC/73, não permite a suspensão do processo quando alegada a incompetência, pois o atual art. 313 não repetiu o disposto no art. 265, inciso III, do código anterior, excluindo do rol de suspensão processual alegação de incompetência, seja relativa, seja absoluta.

No entanto, a CLT, não obstante as inovações do Processo Civil manteve a suspensão do processo quando apresentada a exceção de incompetência territorial.

Trata-se, porém, de suspensão imprópria, vez que o que se suspende é tão somente a realização de audiência, mantendo-se, naturalmente, ativo o processo para análise da própria

exceção apresentada, onde será determinada a competência do juízo.

Igualmente, pensamos que tal suspensão é obrigatória, pois não faria sentido à manutenção do andamento do processo antes do julgamento da exceção, vez que seria um contrasenso, por exemplo, realizar a audiência, para somente depois julgar a exceção.

Ademais, como destacado por Manoel Antônio Teixeira Filho²⁷, a suspensão será automática, sendo desnecessária decisão do juiz neste sentido. Trata-se, portanto, de suspensão *ope legis*. Bastando, desta forma, o protocolo tempestivo da exceção.

Protocolada a exceção, os autos serão imediatamente conclusos ao juiz, quando mandará intimar o excepto/reclamante e, havendo, igualmente os litisconsortes, para manifestação no prazo comum de 5 dias (parágrafo 2º, do art. 800 da CLT).

Cabe salientar que o prazo para o contraditório foi significativamente aumentado, vez que passou de 24h para 5 (cinco) dias úteis, o que permite maior eficácia do princípio da ampla defesa e do contraditório, inclusive por que raramente o advogado possui apenas um processo aos seus cuidados, necessitando de maior tempo para análise das demandas.

Não se torna excessivo mencionar, ademais, que este prazo também deverá ser contado em dias úteis, sendo o termo inicial a intimação do excepto/reclamante.

A prevenção do juízo deprecado no caso de produção de prova oral – Art. 800, Parágrafo 3º CLT

27 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**. As alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei 13.467/17. São Paulo: LTr, 2017.

Em virtude do exercício do contraditório poderá haver a necessidade da produção de prova oral, desde que necessário, quando, então, “o juízo designará audiência, garantindo o direito de o excipiente e de suas testemunhas serem ouvidos, por carta precatória, no juízo que este houver indicado como competente” (parágrafo 3º, do art. 800 da CLT).

Note-se que o presente dispositivo trata da possibilidade de o excipiente/reclamado produzir provas na exceção de incompetência perante o juízo que ele indica ser competente, a partir de carta precatória.

Diante desta possibilidade fica a seguinte pergunta: no caso de produção de prova oral realizada no juízo deprecado e acolhimento da exceção de incompetência pelo juízo deprecante, qual será o juízo competente para processar e julgar a demanda?

Neste caso, por absoluta omissão legal e plena compatibilidade, faz-se necessária a aplicação supletiva do CPC, conforme permitido pela combinação entre os artigos 769 da CLT e 15 do CPC.

O art. 340, do CPC, em seu parágrafo 2º, determina que “reconhecida a competência do foro indicado pelo réu, o juízo para o qual for distribuída a contestação ou a carta precatória será considerado preventivo”.

Assim, pensamos que no Processo do Trabalho, será considerado preventivo e, portanto, competente para processar e julgar a demanda o juízo para o qual foi distribuída a carta precatória, na forma do parágrafo 3º, do art. 800 da CLT.

A natureza da decisão proferida em sede de exceção e sua recorribilidade de imediato

Conforme mencionado anteriormente, o procedimento em análise trata-se de um incidente processual que visa, por meio de uma decisão judicial, fixar a competência do juízo.

A partir da leitura do § 4º, do art. 800 da CLT, o qual estabelece que “decidida a exceção de incompetência territorial, o processo retomará seu curso, com a designação de audiência, a apresentação de defesa e a instrução processual perante o juízo competente”, pode-se concluir, sem sombra de dúvidas, tratar-se de uma decisão interlocutória, vez que, embora tenha conteúdo de natureza decisória, não põe fim à fase cognitiva, não se enquadrando, portanto, como sentença (art. 203, § 1º e 2º do CPC/15).

Sendo decisão interlocutória, em regra, não será recorrível de imediato (CLT, art. 893, § 1º), salvo nos casos em que a decisão que acolhe a incompetência territorial remeter os autos para Tribunal Regional do Trabalho distinto daquele que se vincula o juízo excepcionado, conforme expresso na Súmula 214, item c, do TST²⁸.

A referida exceção, que permite o recurso de imediato da decisão interlocutória no processo trabalhista, existe porque o imediato deslocamento da competência territorial para a jurisdição coberta por outro regional inviabilizaria o reexame da

28 Súmula nº 214 do TST - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE. Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões interlocutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT.

competência pela instância superior (TRT) a que o juiz excepcionado estaria vinculado.²⁹

Uma vez permitido o recurso de imediato da decisão interlocutória que acolhe a exceção de incompetência territorial que remete os autos para TRT distinto, o recurso aplicado será aquele que caberia da decisão final, no caso, o recuso ordinário.

Por fim, registre-se que a exceção da súmula 214, item c, está ligada ao acolhimento da incompetência, de modo que havendo rejeição da referida alegação de incompetência, continua sendo irrecurável de imediato, vez que o processo permanecerá no mesma região, não suprimindo, portanto, a análise pelo TRT onde a vara do trabalho excepcionada está vinculada.

Conclusão

A competência pode ser distribuída de maneiras distintas, através de critérios distintos, sempre com prévia previsão normativa. Dentre eles há o critério *territorial*, que leva em conta o limite geográfico, ou seja, o local onde a demanda deverá tramitar (local da prestação dos serviços, por exemplo, conforme art. 651 da CLT).

Toda vez que há inobservância territorial do juízo onde a demanda deveria tramitar torna-se possível à arguição de incompetência, se a parte assim desejar, exclusivamente através da exceção de incompetência, de acordo com o segundo autor, ou através de preliminar de contestação ou exceção, de acordo com o primeiro autor.

O segundo autor entende que no Processo do Trabalho, caso o reclamado se furte de apresentar a exceção no prazo

²⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado**. Volume 8. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 215.

estabelecido no art. 800 da CLT, haverá preclusão e prorrogação da competência, pois, para ele, o procedimento é único e obrigatório, sendo inviável aplicação do CPC, por ausência de omissão.

O primeiro autor, contrariamente, entende que há duas vias para arguição da incompetência relativa: a exceção e a preliminar de contestação. Ou seja, se o reclamado não se utilizar do art. 800 da CLT, que é facultativo e somente lhe prejudica, poderá continuar se utilizando do art. 337, inciso II do CPC, por força dos art. 769 da CLT e 15 do CPC. Assim, poderá comparecer à assentada e, em preliminar de contestação, arguir a incompetência relativa.

O segundo autor entende que a alteração legislativa proporcionou paridade de tratamento no processo no tocante ao acesso à justiça, meios de defesa e facilitação do contraditório, conforme preceito estabelecido no art. 7º do CPC/15, pois, decidida a competência previamente, o processo poderá ser encaminhado para o juízo competente, onde será designada nova e definitiva audiência, sem o risco de outro declínio de competência, já que conforme art. 806 da CLT, o excipiente não poderá “suscitar conflitos de jurisdição quando já houver oposto na causa exceção de incompetência”.

Apresentada a exceção de incompetência territorial a suspensão do processo é medida que se impõe, por força lei (art. 800, parágrafo 1º da CLT). Trata-se, porém, de suspensão imprópria, vez que o que se suspende é tão somente a realização de audiência, mantendo-se, naturalmente, ativo o processo para análise da própria exceção apresentada, onde será determinada a competência do juízo.

O dispositivo em estudo trata ainda da possibilidade de o excipiente/reclamado produzir prova oral na exceção de incompetência perante o juízo que ele indica ser competente, a partir de carta precatória. Assim, pensamos que em sede de

Processo do Trabalho, será considerado preventivo e, portanto, competente para processar e julgar a demanda o juízo para o qual foi distribuída a carta precatória, na forma do parágrafo 3º, do art. 800 da CLT, por aplicação supletiva do art. 340, parágrafo 2º do CPC.

Por fim, decisão que resolve a exceção é decisão interlocutória e, em regra, não será recorrível de imediato (CLT, art. 893, § 1º), salvo nos casos em que a decisão que acolher a incompetência territorial remeter os autos para Tribunal Regional do Trabalho distinto daquele que se vincula o juízo excepcionado, conforme expresso na Súmula 214, item c, C. do TST.

Referências

CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Jurisdição e competência**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais. 2008

CINTRA, Antônio Carlos de A.; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 17. ed. Editora Juspoivm, 2015.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

CESÁRIO, João Humberto. **As Principais modificações do novo CPC e seus reflexos no processo do trabalho**. Cuiabá: Pináculo editora, 2016.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr. 2015.

MEISSA, Elisson. **Processo do Trabalho, para concursos**. 2. Ed. Salvador: JusPodivm. 2015. p. 312.

CORREIA, Henrique; MEISSA, Elisson. **Manual da Reforma Trabalhista**. Salvador: juspodivm. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 8 ed. Salvador: juspodivm, 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 13.ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr. 2015.

SCHIAVI, Mauro. **A Reforma Trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17**. São Paulo: LTr Editora, 2017.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**. As alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei 13.467/17. São Paulo: LTr, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho aplicado**. Volume 8. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.215.

A ALTERAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO E A SUPRESSÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO PELO EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA SOB A ÉGIDE DA REFORMA TRABALHISTA

Rafael Oliveira Santos¹

Introdução

Os contratos de trabalho, justamente por serem dados entre seres humanos, estão sujeitos à mesma instabilidade e variação de querências e humores que as pessoas podem experimentar em todos os outros aspectos de suas convivências. Se, por exemplo, estando o empregador contrariado por um problema familiar, irritado por uma questão financeira ou pela simples derrota de seu time de futebol, pudesse livremente alterar as regras do contrato de seu empregado como desforra, direcionando sua frustração, por exemplo, para a redução do salário do trabalhador, estaríamos a um passo da barbárie na convivência social.

De outra fala, não fossem as regras de estabilização das relações jurídicas, o contrato – principalmente os de trato contínuo como esse – estariam sujeitos à variação das marés de humores e à flutuação das vontades das pessoas. Ao Direito

1 Advogado Trabalhista. Pós Graduado em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

cabe, portanto, a formatação de regras de previsibilidade, segurança, e estabilização das condutas humanas pela imposição coativa das normas.

Contrapartida importante, porém, a ser considerada, é que a realidade subjacente aos contratos de trabalho – por ilustração, o cenário macroeconômico do país em que o negócio se desenvolve; a condição microeconômica do mercado que explora; a situação social, política, tributária, etc. – tampouco é imutável.

Sendo os contratos de trabalho, por princípio de perenidade da relação de emprego, constituídos para durarem pelo maior tempo possível, também não se pode imaginar serem imunes a tais interferências externas.

Óbvio ululante: se o cenário econômico não vai bem, a empresa corre riscos reais de ver seu negócio inviável. Um administrador sensato deverá ponderar quais providências adotar como forma de reequilibrar seu orçamento e manter a empresa viva. Uma das saídas possíveis é a remodelação das relações de trabalho que constituiu com seus empregados, por exemplo.

Se o contrato de trabalho fosse de tal modo inflexível, a realidade econômica, nesse exemplo, acabaria por romper-lhe.

Sob este ponto de vista, outro, então, a possibilidade de um reajustamento do pacto laboral funciona como uma válvula de escape, aliviando a tensão gerada pela modificação da realidade-base do contrato, e permitindo sua sobrevivência.

Em suma são duas as funções básicas do Direito do Trabalho quanto às alterações do contrato de trabalho. Primeira: equalizar as flutuações, refreando as vontades, e criando lastros de segurança para as pessoas, de modo que mudanças sejam limitadas e circunstanciadas; segunda: viabilizar essas mesmas modificações das regras contratuais conforme sejam verdadeiramente necessárias e legítimas suas justificativas, mas que não

sejam de modo tal que prejudiquem o patrimônio jurídico do trabalhador, nem, ao contrário, que enrijeçam sobremaneira a realidade do contrato.

É este o contexto em que se deve estudar as relações de emprego no capítulo das alterações do contrato.

Uma importante alteração na regulamentação heterônoma das relações individuais de trabalho ocorre com a introdução do §2º no art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), artigo este que abre o capítulo III do Título IV da CLT, que trata das alterações do contrato individual de trabalho.

Segundo este novo dispositivo, “não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança”.

Essa regulamentação depõe expressa e frontalmente com décadas de entendimento jurisprudencial consolidado.

Reza a atual redação da súmula 372 do Tribunal Superior do Trabalho, consolidada pela incorporação dos entendimentos contidos nas antigas Orientações Jurisprudenciais 45 e 303, ambas da Subseção de Dissídios Individuais do mesmo tribunal, e respectivamente publicadas em novembro de 1996 e agosto de 2003:

372 - Gratificação de função. Supressão ou redução. Limites. (Conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 45 e 303 da SDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20.04.2005)

I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 - Inserida em 25.11.1996)

II - Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação (ex- OJ nº 303 - DJ 11.08.2003).

A simples comparação em leitura dos dois textos é suficiente para divisarmos graves problemas.

Este trabalho dirige-se a ponderar sobre essa importante alteração da redação legislativa, e também sobre os impactos que o confronto de entendimentos jurisprudenciais anteriores poderá vir a sofrer com essa mudança.

Poder de direção e *ius variandi*

Bem compreendido o contexto em que se constroem as alterações do contrato de trabalho, parece-nos fundamental a compreensão de dois elementos técnicos que constituem as forças que interagem neste processo.

A inalteração do contrato de trabalho advém do equilíbrio sempre ténue e delicado de duas forças vetorialmente contrapostas chamadas, a que se direciona para o empregado, de *ius resistentiae*, ou direito de resistência; e a outra, que se encaminha para os interesses do empregador, de *ius variandi*, ou direito de variação.

Começemos por este último.

***Ius variandi* – uma breve conceituação**

O *ius variandi* é, em suma, um atributo do poder diretivo, por sua vez originário na subordinação, que permite ao empregador alterar as condições da prestação de serviços do empregado, e com elas, por vezes, as próprias regras do contrato.

Mauricio Godinho Delgado² informa ser “a prerrogativa (juridicamente limitada, é bem verdade) da adequação e redirecionamento da prestação laboral contratada, que a ordem jurídica assegura ao empregador no transcorrer do contrato”.

Alice Monteiro de Barros³ chama-o “faculdade concedida ao empregador, com fundamento no poder diretivo, de realizar modificações e variações na prestação de serviços conforme as circunstâncias exigências ou perigos que surjam na realidade fática”.

É, assim, um desdobramento do poder de dirigir o empreendimento, próprio do empregador. Em outras palavras é uma das manifestações do poder diretivo que se funda na subordinação do empregado ao empregador.

Carla Teresa Martins Romar⁴ afirma que:

Não há como negar que a subordinação, considerada modernamente, reflete a integração da atividade do empregado no processo produtivo da empresa. Sendo a produção dirigida pelo empregador, conforme facultado pelo art. 2º da CLT, este passa a ser detentor do poder hierárquico, como uma prerrogativa que lhe é conferida pela própria lei e que representa a faculdade de organizar econômica e tecnicamente a empresa.

Além do mais, de acordo com a nossa legislação, é o empregador que assume integralmente o risco da atividade econômica. Assim sendo, é ele quem tomará as decisões acerca das

2 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p.1128.

3 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 840.

4 ROMAR, Carla Teresa Martins. **Alterações do Contrato de Trabalho: função e local**. São Paulo: LTr, 2001. p.48.

atividades a serem exercidas por seus empregados, resolvendo os problemas que surjam em decorrência da dinâmica empresarial e determinando os rumos a serem tornados em relação à empresa.

Desta forma, se o empregador suporta tanto os ônus e os bônus da atividade econômica que empreende, e se ao contratar empregados ele os subordina, pois necessita que o trabalho seja executado nos precisos termos que compreende serem os mais apropriados para a obtenção dos resultados que pretende, é razoável que possa determinar as circunstâncias em que esse trabalho deve se desenvolver. Isso atrela profundamente o *ius variandi*, como desdobramento do poder diretivo, à noção de subordinação.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia⁵ indica também que “o titular do *jus variandi* é o empregador, que o exerce em face do empregado, unilateralmente, ao estabelecer certas modificações quanto à prestação de serviços”.

E novamente a dicção de Carla Teresa Martins Romar⁶ é precisa ao apontar que:

(...) o fundamento do *ius variandi*, segundo posição majoritária da doutrina, é o próprio poder de direção do qual o empregador é detentor. Ora, se o patrão tem a faculdade de dirigir a prestação de serviços (art. 2º da CLT), é natural que o mesmo possa, em determinadas situações, variar a forma de prestação desses serviços, de modo a tornar a atividade mais produtiva, desde que essas variações não

5 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.586

6 ROMAR, Carla Teresa Martins. op. cit. p.57.

impliquem modificações de cláusulas essenciais do contrato de trabalho.

Vólia Bomfim Cassar⁷ indica alguns exemplos interessantes do exercício válido do *ius variandi*:

Faz parte do *ius variandi* a mudança do horário de trabalho, desde que não majore a quantidade de horas trabalhadas por dia (jornada) e não importe em alteração do turno diurno para o noturno (por ser prejudicial ao empregado) Súmula nº 265 TST; alteração do local da prestação de serviços, respeitados os limites do art. 469 da CLT; o poder de exigir do empregado atribuições compatíveis com a função exercida – art. 456, parágrafo único, CLT; o direito de promover o empregado, de alterar a nomenclatura do cargo ou função (sem causar prejuízos qualitativos ou quantitativos), aumentar o salário; de especificar o padrão do uniforme ou vestimenta utilizada durante o trabalho – art. 456-A da CLT; alterar de telepresencial para presencial o teletrabalho, com aviso prévio de 15 dias – art. 75-C, § 2º, da CLT etc.

Mauricio Godinho Delgado⁸ apresenta uma classificação bastante extensa e tecnicamente precisa para as possíveis alte-

7 CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Método, 2017. p.985

8 O autor dedica a maior parte do capítulo XXVI de seu *Curso de Direito do Trabalho* para analisar as alterações do contrato de trabalho, iniciando sua classificação pela divisão em alterações do tipo subjetivo e objetivo, sendo aquela voltada para as mudanças dos sujeitos envolvidos no contrato, e estas pelas mudanças incidentes sobre as regras de organização do trabalho. Por sua vez, aponta que entre as alterações do tipo objetivo, podem-se encontrar alterações qualitativas, quantitativas e circunstanciais do contrato. Remetemos o leitor a quem interesse um estudo mais aprofundado a essa

rações incidentes sobre o contrato de trabalho. Sendo, porém, o objeto de análise deste trabalho a alteração promovida pela Lei 13.467/17 sobre o art. 468 da CLT, vamos nos restringir à análise da mudança que Mozart Victor Russomano⁹ chama de retorno, ou alteração funcional do tipo vertical descendente. Retomaremos o assunto mais adiante.

Antes, porém, é necessário compreender que o efetivo exercício do direito de alterar o contrato não é pouco tormentoso do ponto de vista prático, e nem assim absolutamente claro e preciso quanto às condições jurídicas que admitem seu exercício. Vólia Bomfim Cassar¹⁰ chega a afirmar que o poder de alterar o contrato é de contornos imprecisos.

Essa imprecisão decorre fundamentalmente da necessidade de limitação deste poder, e da amplitude e profundidade das regras que constituem, legalmente, essa limitação.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia¹¹ diz o mesmo ao constatar que “a maior dificuldade é estabelecer, com precisão, os limites do exercício válido do *jus variandi*, pois tal pode não é ilimitado. Havendo o abuso (...), o empregado pode se opor, valendo-se de seu direito de resistência”.

Vejamos, então, o que vem a ser direito de resistência e em seguida os limites da alterabilidade contratual.

lição. Por ora, este trabalho tem por escopo a análise da alteração que envolve a modificação da função do trabalhador para fins de retrocessão, e com isso a redução salarial pela supressão da gratificação de função ou parcela salarial a ela relativa.

9 RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 9.ed. São Paulo: Juruá, 2016. p.148.

10 CASSAR, Vólia Bomfim. op. cit. p.985.

11 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. op. cit.. p.586.

Direito de resistência – uma breve conceituação

O *ius resistentiae*, ou direito de resistência, é o reverso da moeda que caracteriza o poder do empregador de alterar o contrato de trabalho.

É, portanto, o direito do empregado de validamente se contrapor às mudanças pretendidas pelo seu empregador.

Vólia Bomfim Cassar¹² o define segundo um critério circunstancial-funcional, ou seja, em razão das circunstâncias em que pode ser exercido, e da função que o caracteriza: “toda vez que o patrão exceder os limites do poder de variar, abusando deste direito, pode o empregado resistir ao ato arbitrário, protegendo-se. Exsurge daí o *ius resistentiae*”. E segue dizendo:

A reação do empregado de resistir a uma alteração contratual abusiva, fora dos limites do *ius variandi* está legitimada a partir da prejudicialidade do ato praticado. Toda e qualquer alteração contratual que importe em prejuízo para o empregado é nula de pleno direito, ressalvadas as hipóteses permitidas em lei arts. 468, 469, 475 da CLT etc.

Carla Teresa Martins Romar¹³ ensina também que o “*ius resistentiae* funciona como um limite ao poder diretivo do empregador, mesmo porque se o próprio contrato de trabalho (...) é aberto a modificações, é porque a sua característica de sucessividade torna inviável repetidos apelos ao Judiciário”, e por isso seu exercício não depende de autorização prévia do Poder Público.

12 CASSAR, Vólia Bomfim. op. cit. p.985.

13 ROMAR, Carla Teresa Martins. op. cit. p.75.

Parece, assim, que o que caracteriza o *ius resistentiae* está à beira da cerca, da divisa que o aparta do direito de modificação do contrato pelo empregador. É ao que passamos em seguida.

Limitações ao poder de alterar o contrato – A fronteira entre o direito de alterar e o de resistir às alterações

Uma primeira análise. Viés do art. 468 da CLT

A redação do art. 468 da CLT é claramente restritiva ao direito do empregador de produzir alterações no contrato de trabalho de seus empregados. Vejamos o *caput* que configura a regra geral de aplicação: “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.”

Olhando para a pura redação legal, dois são os limites à alteração contratual: um objetivo, a ocorrência de prejuízo para o empregado como consequência da mudança procedida; outro de viés subjetivo, o interesse, a vontade do trabalhador, livre e conscientemente manifesta, no sentido de anuir à alteração.

Todavia, os dois parecem estar, em alguma medida, amalgamados, pois ainda que haja manifestação de vontade positiva em direção à mudança da regra contratada, a vontade do empregado pode ser contingenciada pelo aspecto objetivo do prejuízo.

Mozart Victor Russomano¹⁴ aponta para a lei (*lato sensu*) como sendo a baliza deste grande limite objetivo à restrição do poder do empregador de alterar o contrato:

14 RUSSOMANO, Mozart Victor. op. cit. p.144.

(...) a modificação das condições contratuais vigentes, como ocorre, também, com a estipulação das cláusulas originárias, deve subordinar-se ao que se contiver – aqui usamos uma escala crescente – nas decisões das autoridades competentes (quando gerais e obrigatórias), nas convenções coletivas de trabalho, nas sentenças normativas e nas leis, utilizado o vocábulo «leis» em sentido o mais amplo possível, de modo a que abranja regulamentos, decretos, decretos-leis, medidas provisórias, leis complementares, normas constitucionais e tratados ratificados pelo Brasil (CLT, art. 444). Por outras palavras, podemos dizer que a alteração bilateral do contrato de trabalho está, sempre, restringida ou delimitada pelo direito positivo do país.

Délio Maranhão¹⁵ diz:

Não pode (...) a alteração trazer prejuízo ao empregado: é outro limite que há de ser, sempre, respeitado. Se, nos termos da lei, é nula a alteração prejudicial ao empregado, ainda quando resultante de acordo, claro está que, com maior razão sê-lo-á tratando-se de ato unilateral do empregador.

Portanto, e, novamente diz-se, do ponto de vista da norma consolidada, parece-nos que o “prejuízo” seja a pedra angular da questão da alteração contratual.

Antes, porém, de seguirmos, é bom que se diga que essa linha de pensamento não é absoluta. Apesar de nitidamente minoritária, existe uma corrente que defende que o poder do

15 SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**. V. 1. 22. ed, São Paulo: LTr, 2005. p.535.

empregador de modificar as condições de trabalho não encontra fronteira no prejuízo do empregado.

Carla Teresa Martins Romar¹⁶ cita Hugo Gueiros Bernardes, e referencia que esse autor “não aceita a ideia de que o *ius variandi* encontra limites no prejuízo do empregado. Ao considerar que o *ius variandi* nasce com a própria empresa e dela não pode ser separado, entende que as conveniências do empregado não podem se sobrepor aos interesses econômicos da empresa”

Voltando, contudo, à linha de condução majoritária, que vê, sim, o “prejuízo” como uma divisa restritória ao *ius variandi*, é significativo que se aponte que o termo posto pelo art. 468 da CLT não possui definição precisa, milimétrica, sendo mais um conceito jurídico aberto, ou indeterminado, de cuja apreciação depende o aprofundamento fático próprio a cada caso concreto.

Carla Teresa Martins Romar¹⁷ afirma que:

O prejuízo pode ser de natureza patrimonial, atingindo salário do empregado, pode ser de natureza funcional, mas também pode ser natureza moral ou psicológica, considerando o conjunto de atributos pessoais do empregado, e uma alteração, que a princípio pareça vantajosa, pode revelar-se, na prática, prejudicial ao empregado.

Contrariamente, há alterações que, sob um aspecto parecem prejudiciais, mas que vistas por outro prisma, atendem a outros interesses do mesmo empregado.

16 ROMAR, Carla Teresa Martins. op. cit. p. 56.

17 Idem. p. 85.

A guisa de exemplo, uma alteração que reduz o salário do empregado, mas que contempla o respeito à sua saúde, como por exemplo, a que determina a alteração funcional elidindo a exposição do trabalhador a agente insalubre, por exemplo.

Nesse caso há, por um lado, o prejuízo monetário, mas, por outro, há também uma sensível melhoria do aspecto vida/saúde. Há ou não há prejuízo, enfim? Cremos que não, pois o valor “vida” é insofismavelmente mais importante para o Direito quando comparado com o “patrimônio”.

Homero Batista Mateus da Silva¹⁸, a este respeito leciona:

(...) até mesmo a redução dos ganhos do empregado, assunto que gera habitual perplexidade, é admitida em se tratando de uma melhoria no ambiente de trabalho, como a eliminação das fontes insalubres ou retirada do empregado das fontes perigosas. Entendimento já antigo do tribunal Superior do Trabalho (Súmula nº 265, de 1987) consagrou a tese de que a alteração do turno noturno por turno diurno implica, sim, a perda do direito do adicional noturno, sem que se possa evocar a irredutibilidade salarial ou a vontade do empregado de permanecer na madrugada. Daí ser comum chamar o adicional noturno, o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade, dentre outros, de salários condicionais. Em resumo: no direito do trabalho, nada é o que parece. Enquanto a mudança do dia para a noite acarretaria aumento salarial, mas é polêmica porque prejudica a saúde e o convívio do trabalhador, a mudança da noite para o dia, mesmo com perda salarial, é apoiada pelo direito do trabalho, porque promove o bem-estar

18 SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**. Vol. 6: Contrato de Trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 147.

do empregado, no curto e no longo prazo. O exemplo do adicional noturno provoca a reflexão sobre o exato alcance da expressão “prejuízos ao empregado”, mencionada pelo art. 468. Considerar a expressão como “prejuízos econômicos” ao empregado parece ser atitude reducionista demais para uma norma tão complexa, sendo mais razoável considerar prejuízos sociais, jurídicos, econômicos e físicos. Caso, porém, haja colisão de prejuízo econômico com vantagem física, esta há de prevalecer sobre aquele.

Resta, então esse aspecto pragmático, objetivo, na análise da prejudicialidade da alteração contratual. Comparação entre situações jurídicas anterior e posterior à mudança como primeira etapa do processo interpretativo. Faz-se se a comparação entre patrimônio jurídico do empregado anterior e posterior à mudança. Advindo da mudança menores patamares do que os experimentados antes dela, há prejuízo.

Contudo, é possível que esta primeira etapa não seja suficiente para a solução do problema. Se houver colisão de interesses juridicamente tutelados em nível idêntico, como por exemplo, *remuneração versus remuneração*, o prejuízo pode ser óbvia e objetivamente medido. Se, porém, a “qualidade” dos bens jurídicos em confronto forem diversas, como *remuneração versus saúde*, a perda remuneratória pode ser tolerada. Há aqui uma espécie de “troca” dentro do próprio contrato de trabalho. Perde-se uma coisa ganhando-se outra em troca.

E antes que vozes predatórias se levantem para afirmar possível, então, qualquer mudança (potencialmente abusiva) quando observada sob o aspecto econômico da preservação do emprego, é importante que se repita: a comparação é tirada sob o estrito viés endocontratual, ou seja, analisa-se o patrimônio jurídico do empregado antes e depois da mudança. E não o

patrimônio dele enquanto empregado cotejado face da situação de desemprego. Beira o ridículo.

Assim, nos casos em que o prejuízo é ostensivo, pouco importa a vontade do empregado. Há presunção de vício na vontade. Essa diretriz é muito bem exposta por Mozart Victor Russomano¹⁹:

Poder-se-á dizer, como nós próprios temos dito, que nesses casos se presume a existência de vício de consentimento (erro ou coação). A presunção do vício de consentimento é uma originalidade, pois o vício da manifestação de vontade, em princípio, deve ser comprovado. No direito pátrio, neste caso, há presunção *iuris et de iure* e, como todas as presunções dessa natureza, é inflexível. Com base nessa presunção, que é absoluta, nasce a nulidade, também absoluta.

A afirmação de que se presume a existência do vício de consentimento e de que, sobre essa presunção de vício de consentimento, se constrói a nulidade de pleno direito de determinado ato jurídico pode soar portanto, duas vezes em falso aos ouvidos dos civilistas. É plausível, porém, para os juristas do Direito do Trabalho, que colocam, como alvo primacial de suas pesquisas e formulações, a proteção devida ao trabalhador.

19 RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p.145.

Segue a mesma premissa de prejuízo que gera presunção absoluta do vício de consentimento Carlos Alberto Reis de Paula²⁰.

Superada a noção de prejuízo, então, pela análise concreta das situações anterior e posterior a que o empregado foi exposto, passa-se à investigação que indicia como se posicionou o trabalhador frente à imposição unilateral do empregador. Não havendo oposição, mostra-se legítima a mudança.

Há, porém, que se ver que há casos em que a própria lei admite a mudança, para nos restringirmos a um exemplo bastante simples, o próprio art. 469 da CLT prevê possibilidades de mudança do local de trabalho, sem questionar da vontade do empregado.

Como então superar a situação em que a mudança (prejudicial ou não), encontra guarida na própria lei? A essa pergunta a doutrina juslaboralista também dedica algumas páginas.

Uma segunda análise. Construção doutrinária. *Ius variandi* ordinário e extraordinário

Encontrando também limite para o exercício do direito de alteração contratual na norma jurídica tomada de forma ampla, Mauricio Godinho Delgado, citando Marcio Tulio Viana, introduz outra forma de enxergar essas fronteiras. Afirma haver duas espécies de *ius variandi*, o primeiro de caráter ordinário e o segundo extraordinário.

O *ius variandi* ordinário concerne à alteração unilateral de aspectos da prestação laborativa

20 DE PAULA, Carlos Alberto Reis. Alteração Contratual. In: GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto, et. al. (Coord.). **Fundamentos do Direito do Trabalho** – Estudos em homenagem ao ministro Milton de Moura França. São Paulo: LTr, 2000. p.473.

não regulados quer por norma jurídica heterônoma ou autônoma, quer pelas cláusulas do respectivo contrato de trabalho. Traduz a dimensão mais comum e diversificada do *jus variandi* empresarial, tendo como “campo próprio, específico ... exatamente o da prestação de serviços”. Essencialmente, é “instrumento de modulação da prestação de serviços, atuando em campo e matérias não previamente reguladas pelo contrato ou por norma jurídica”.

Como bem exposto por Márcio Túlio Viana,

“Campo do *jus variandi* é o espaço em branco entre as cláusulas, onde nada se previu especificamente. Ali o empregador se movimenta, preenchendo os vazios de acordo com a sua própria vontade.(...). E por ser assim talvez se possa dizer – por paradoxal que pareça – que a originalidade do contrato de trabalho está um pouco ‘fora’ dele, no poder de se exigir o que não se ajustou. (...) Entenda-se: como ocorre com o poder diretivo em geral, o *jus variandi* tem fonte no contrato: é contratado. Mas se realiza através da vontade de um só, ‘exatamente por se situar num campo em que a outra vontade não se expressou de antemão”.

(...)

O *jus variandi* extraordinário, por sua vez, concerne à alteração unilateral de cláusulas do contrato de trabalho, provisoriamente ou não, em situações genérica ou especificamente autorizadas pela ordem jurídica heterônoma ou autônoma trabalhista. Traduz dimensão excepcional e pouco diversificada do *jus variandi* do empregador atingindo de modo permanente ou provisório o contrato de

trabalho ajustado. Atua, portanto, em campo e matérias previamente reguladas pelo contrato ou por norma jurídica.

A mesma diretriz de pensamento quanto às espécies de *ius variandi* ordinário e extraordinário segue também Gustavo Filipe Barbosa Garcia²¹. Segundo este autor:

O *jus variandi* ordinário autoriza pequenas modificações circunstanciais quanto ao exercício da prestação do trabalho, sem representar efetivo prejuízo ao empregado, ainda que se possa vislumbrar eventual discordância deste ou pequena inconveniência para o trabalhador.

(...)

Já o *jus variandi* extraordinário autoriza, excepcionalmente, determinadas modificações em certas condições de trabalho de maior relevância, o que também encontra fundamento no poder diretivo do empregador.

Carla Teresa Martins Romar²² se vale de inúmeras referências doutrinárias relevantes para, ao que parece, concordar com essa linha de pensamento, porém, utilizando denominação diversa. “De uma forma bastante sucinta pretendemos demonstrar que o *ius variandi* não se confunde com alterações do contrato (...)”²³, diz.

Chamando apenas de “*ius variandi*” àquilo que os dois autores citados anteriormente chamam “*ius variandi* ordinário”, e de “alteração do contrato” ao que os outros chamam de “*ius variandi* extraordinário”, a professora parece, exceto por essa

21 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. op. cit. p.586-587.

22 ROMAR, Carla Teresa Martins. **op. cit.** capítulo II.

23 Idem. p. 72.

divergência de denominação, concordar precisamente com a perspectiva de que a alteração contratual é mais corpulenta e atinge aspecto mais nucleares do contrato – desde que tenha para isso autorização legal que excepecione o princípio da inalterabilidade. Contrário ocorre com o *ius variandi*, que toca apenas elementos periféricos da relação, e que por isso mesmo dispensam autorização legislativa, pois atuam no vazio da não-manifestação expressa das partes, restringindo-se pela métrica prejuízo/melhoria das condições de trabalho do empregado.

Chega-se a tais conclusões quanto às opiniões da doutrinadora forte nos seguintes excertos:

Conforme os ensinamentos de Délio Maranhão, o *ius variandi* não constitui uma exceção ao princípio da força obrigatória dos contratos, mas apenas uma adaptação necessária tendo em vista as necessidades decorrentes de novas realidades económicas e, ainda, a função social que o próprio contrato possui. Portanto, a regra da imutabilidade do pactuado torna-se mais flexível com a utilização do direito de variar, sem que com isso afaste a ideia de proteção do empregado.

Isso é possível porque o *ius variandi* do empregador não atinge o conteúdo básico do contrato de trabalho, mas apenas aspectos circunstanciais que o envolvem. Caso o empregador proceda a variações substanciais, atingindo cláusulas essenciais do contrato, tais como as relativas a local, jornada de trabalho, qualificação profissional e função exercida, não mais estaremos diante do *ius variandi*, mas passaremos ao campo das alterações contratuais. Se as modificações importam uma alteração substancial do contrato, já se saiu do âmbito do *jus variandi*, uma vez que este é

exercido sem atingir o vínculo contratual, que muitas vezes deixa uma margem indefinida.

Dessa forma, as alterações do contrato individual de trabalho são modificações de seu conteúdo essencial, daquilo que decorre do ajuste preliminar entre empregado e empregador e de cláusulas que são obrigatoriamente inseridas no contrato por força de lei ou de norma coletiva, como reflexo do dirigismo contratual, e têm fundamento no caráter de trato sucessivo de que o contrato é revestido.

Quando falamos em alteração contratual é preciso lembrar que um dos princípios fundamentais que revestem o contrato de trabalho é o da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*). Portanto, as cláusulas básicas do contrato de trabalho não podem ser modificadas porque são revestidas de obrigatoriedade, que garante às partes uma segurança jurídica e evita que o empregado, como contratante mais fraco que é, fique constantemente submetido às alterações impostas pelo empregador economicamente mais forte²⁴.

(...)

Há ainda situações (...) em que o próprio legislador, de forma expressa, prevê a possibilidade de alteração como exceções ao princípio da inalterabilidade unilateral do contrato.

(...)

Referimo-nos anteriormente aos limites impostos tanto no que diz respeito ao *ius variandi* como em relação às alterações contratuais. Na esteira desse raciocínio, podemos dizer que esses limites estão contidos dentro de um espaço demarcado, de um lado pela

24 *Idem*. p. 69.

possibilidade de variar a prestação de serviços como faculdade decorrente do poder de direção do empregador (*ius variandi*) e de outro lado pela possibilidade que tem o empregado de resistir ao cumprimento de ordens que impliquem modificações essenciais do contrato ou lhe acarretem prejuízos (*ius resistentiae*). Então, o *ius variandi* e o *ius resistentiae* funcionam como balizas, dentro das quais o conjunto de condições contratuais é capaz de flutuar com intensa mutabilidade. Caso se ultrapasse o terreno delimitado por estas balizas, a violação de direito torna-se evidente, gerando consequências que irão variar em intensidade, podendo culminar, inclusive, com a ruptura do vínculo contratual²⁵.

Concordando com essa concepção, Gustavo Filipe Barbosa Garcia²⁶ é peremptório ao afirmar a plena possibilidade de alteração das condições do contrato, com a efetiva redução do salário do empregado pela supressão da parcela atinente à gratificação de função. Segundo o autor, o empregador estará agindo sob o aspecto do *ius variandi* extraordinário, e calcado na autorização legal expressa inscrita no novel §2º do art. 468 da CLT:

Por se tratar de exceção à regra que prevê a não modificação unilateral das condições de trabalho (art. 468/*caput*, da CLT), só pode ser exercida dentro de limites estabelecidos, em hipóteses assim autorizadas pelo sistema jurídico.

Nesse sentido, cabe destacar o próprio § 1.º do art. 468 da CLT, ao estabelecer que: Não se

25 *Idem.* p. 72.

26 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **op. cit.** p.587.

considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança".

O *jus variandi* extraordinário, portanto, pode até acarretar prejuízo ao empregado; por isso, exige-se o seu exercício nos estritos limites legais, e somente em hipóteses bem específicas, autorizadas pelo sistema jurídico.

Seguramente essa posição não está imune a críticas, afinal, há não apenas sensível abalo de entendimentos jurisprudenciais consagrados, como a seguir faremos descrever, mas também abaulamento de premissas importantes para toda a ciência jus-laboralista. Mauricio Godinho Delgado²⁷ afirma que:

Com esse preceito, fica reiterado o caráter anti-humanista e antissocial da Lei da Reforma Trabalhista, dirigida, essencialmente, à redução de custos trabalhistas e previdenciários em favor da empresa empregadora.

Note-se que naturalmente poder-se-ia discordar de incorporações salariais referentes a períodos curtos de percepção de parcelas gratificatórias, tais como aquelas determinadas após dois anos de percepção da verba ou, até mesmo, cinco anos dessa percepção contínua. Entretanto, a jurisprudência se firmou em parâmetro moderado, proporcional, razoável e justo — o prazo mínimo contínuo de dez ou mais anos de recebimento mensal da gratificação de função.

27 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017. p. 175.

Conquanto ponderosas as assertivas de Mauricio Godinho Delgado, não se vê delas argumentos técnicos que infirmem a posição assumida pela legislação.

Antes de encerrarmos este trabalho com a apresentação das conclusões que amarram todas as premissas lançadas, uma última tarefa parece ainda útil: enxergar nos precedentes formadores da jurisprudência assente do TST quais as razões se encontram postas para vetar a cassação da gratificação de função para contratos de longa duração.

A mudança da redação do art. 468 da CLT face à interpretação da súmula 372 do TST

A súmula 372 do TST, já transcrita na introdução deste trabalho afirma que, por princípio de estabilidade financeira do empregado, paga a gratificação de função pelo exercício do cargo de confiança por mais de 10 anos de prestação de serviços nessa condição, não se pode suprimir dos haveres do empregado esta verba.

Agora, com a tão propalada reforma trabalhista, a lei 13.467/17 modifica a redação do art. 468 da CLT, e inserindo um parágrafo segundo neste dispositivo, autoriza a supressão do adicional de gratificação de função, “independentemente do tempo de exercício da respectiva função”.

Frente essa nova realidade legislativa, duas alternativas se mostram possíveis.

Ou se admite que a norma jurídica tem validade plena, e é sistemicamente compatível com a o princípio da irredutibilidade de vencimentos, diretriz constitucional; ou se lhe nega tal autoridade, o que, no mínimo, importa no afastamento da sua aplicação por ser sistemicamente não-compatível com norma de maior hierarquia. Não parece haver caminho do meio. Se é constitucional, admite-se a supressão do pagamento e essa

interpretação leva consigo, senão à integralidade, ao menos parcialmente os efeitos da Súmula 372 do TST. Se não é, declara-se não recepcionada pelo sistema.

Daremos mais um passo nessa investigação analisando os precedentes de formação da Súmula.

Ainda que tenha sido plasmado na redação da Súmula 372 do TST o princípio da “estabilidade financeira” que fundamenta a nulidade da alteração contratual que determina a supressão da gratificação de função pela reversão do empregado ao cargo efetivo, fato é que há outros fundamentos lançados nos precedentes deste entendimento.

Analisando as *ratio deidendi* de algumas decisões que deram ensejo à formação da Súmula 372, vemos basicamente os seguintes argumentos. Primeiro: os julgamentos mencionam que apesar de o art. 468, §1º da CLT permitir a retrocessão, ou retorno à função efetiva, nada se dizia, na antiga redação do dispositivo, quanto à possibilidade de redução salarial. Vejamos:

(...)

"GRATIFICAÇÃO POR EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA – SUPRESSÃO Quando o trabalhador recebe durante muitos anos gratificação pelo exercício do cargo de confiança, a supressão do referido 'plus' não pode ocorrer, sob pena de violar-se o princípio da irredutibilidade salarial. O §1º, do artigo 468, da CLT, prevê apenas a possibilidade de reversão ao cargo efetivo. Em momento algum autoriza a supressão da gratificação percebida durante longo período." (TST - SDI -E-RR-48.104/94 - DJU de 30/09/94). Portanto, tendo em vista, basicamente, o princípio da estabilidade econômica, nego provimento aos Embargos.

(...)

PROCESSO: ERR NÚMERO: 141418 ANO: 1994. Acórdão SBDI1- 1871/96²⁸.

(...)

Sem dúvida que é facultado ao empregador determinar o retorno do reclamante a seu cargo efetivo, exonerando-o do cargo de confiança por ele ocupado. Contudo, se por longos anos vem o trabalhador exercendo a função de confiança mencionada, há que se respeitar integração da gratificação referida no salário do laborista. É o que se tem chamado "estabilidade econômica" da relação laboral vez que não se pode olvidar que após mais de dez anos de exercício de uma função de confiança, o obreiro já tem por certa a percepção da gratificação respectiva. Este valor compõe o patamar salarial do obreiro por tanto tempo que este não mais cogita a hipótese de vir a não mais percebê-lo. Não há, neste raciocínio, qualquer incongruência com o teor do art. 468, parágrafo único, da CLT. O preceito legal mencionado apenas declara lícita a exoneração do laborista da função de confiança por ele ocupada e seu retorno ao cargo efetivo. Nada esclarece, porém, quanto aos efeitos financeiros de tal exoneração.

(...)

Processo: ERR Número: 67026 Ano: 1992. Acórdão SDI - 2055/95.²⁹

(...)

O fato de o art. 468, parágrafo único, da CLT dispor que a reversão ao cargo efetivo não

28 Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=1674.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 03/03/2018, 19h07.

29 Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=1652.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 03/03/2018, 19h12.

constitui alteração contratual não conduz à conclusão de que a estabilidade econômica do trabalhador possa estar sujeita ao comando arbitrário do poder potestativo empresarial.

(...)

Processo: ERR Número: 75228 Ano: 1993. Acórdão SDI - 4016/95.³⁰

(...)

Quando, entretanto, a gratificação é suprimida por motivos outros que não decorrem da culpa do empregado, não pode ele ser apenado com a redução do seu ganho e, conseqüentemente, ver reduzido injustificadamente o seu poder aquisitivo. Terceiro - O princípio da analogia, cuja aplicação é autorizada pelo art. 8º da CLT. Os servidores públicos, que são trabalhadores como os empregados das empresas privadas, tiveram reconhecido pela legislação ordinária (Lei nº 6.732/79 e hoje artigo 62, § 2º da Lei nº 8112/90) o direito de incorporação da gratificação pelo exercício de função de Direção, Chefia ou Assessoramento. Nada demais, pois, que se reconheça, também, esse direito, aos empregados das empresas privadas, quando exerceram, por longo tempo, gozando da confiança do empregador e sem nunca a terem perdido, função de confiança, mormente quando o legislador, dispondo sobre a espécie (art. 468, parágrafo único da CLT), esqueceu-se de explicitar se a reversão ao cargo efetivo, quando o trabalhador deixar o exercício de função de confiança, importa na perda da gratificação respectiva, mesmo tendo prestado relevantes serviços ao empregador, naquela situação, por longo tempo.

30 Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=1653.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em 03/03/2018, 19h17.

(...)

Processo: ERR Número: 1944 Ano: 1989.
Acórdão SDI - 2155/92.³¹

Sob este ponto de vista, então, não mais se justifica o argumento lançado para fundamentação da Súmula 372. A novel redação do §2º do art. 468 da CLT determina expressamente a possibilidade de supressão.

O segundo argumento³² ventilado pelos precedentes formadores da Súmula 372 do TST bate-se pela manutenção da gratificação de função, mesmo na hipótese de reversão do empregado à função efetiva, por força da principiologia do Direito do Trabalho. Esteia-se no princípio da irredutibilidade salarial.

A irredutibilidade salarial do trabalhador vem prevista no art. 7º, VI, da Constituição da República.

Mesmo nesse texto não se encontra um princípio de punção inflexível ou absoluta. O próprio texto constitucional aponta para a possibilidade de redução salarial, encetada mediante negociação coletiva.

Essa linha de condução também encontra reverberação em normas infraconstitucionais, como, por exemplo, na lei 4.923/65.

Outros exemplos também encontramos na doutrina e na jurisprudência quanto à possibilidade de redução dos patamares de contraprestação salarial do empregado, como por exemplo na supressão de parcelas tidas por “salário-condição”.

31 Disponível em: <<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=1632.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 03/03/2018, 19h24.

32 Sugere-se ao leitor a análise pormenorizada do Acórdão 2155/92, proferido no bojo do processo : ERR número: 1944/1989. Disponível no sítio eletrônico do TST, em:<<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=1632.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 07/03/2018, 17h03.

Amauri Mascaro Nascimento³³, aliás, bem argumenta pela diferença entre “supressão” e “redução” salarial:

Diferem, no entanto, redução e supressão de complemento salarial sob condição, uma vez que neste caso não se trata de modificar o salário. É que o salário sob condição é uma forma inicial já estabelecida. Se a condição deixa de ser realizada, a obrigação não é exigível, pois esta é uma das consequências da natureza mesma das obrigações condicionais.

Homero Batista Mateus da Silva³⁴ também ilustra algumas hipóteses em que se excepciona a ideia de não-diminuição do patamar salarial do trabalhador:

Redução de salários. Redução de salário é certamente um dos itens mais combatidos pelo direito do trabalho. Compõe o núcleo central do princípio protetor, adotando-se classificação mais enxuta dos cânones do direito do trabalho. Em classificações mais minuciosas, é comum encontrarmos um princípio especialmente denominado de irredutibilidade salarial, acoplado, ainda, à intangibilidade salarial, no sentido de não serem autorizadas as deduções pretendidas pelo empregador, mas apenas aquelas expressamente previstas em lei. Desnecessário grande esforço para perceber que a redução de salário é efetivamente maléfica ao empregado e não condiz com os preceitos da legislação social, sempre em busca do aprimoramento das condições de

33 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Salário** – Conceito e Proteção. São Paulo: LTr, 2008. p. 225.

34 SILVA, Homero Batista Mateus da. op. cit. p.154.

trabalho. No entanto, deve-se ficar atento para uma quantidade razoavelmente grande de hipóteses em que o rendimento reduzido do trabalhador não se insere no contexto da redução ilícita de salários. Portanto, pode haver diminuição de ganhos sem violação a direito adquirido ou ao conceito do art. 468 da CLT, sendo mencionados os seguintes exemplos: a) retirada de salários condicionais, como o adicional noturno, o adicional de insalubridade e o adicional de periculosidade, contanto que retirada também a condição que ensejava o pagamento (ambiente noturno, insalubre ou perigoso); b) retirada da gratificação de função de chefia, de cuida o art. 62, com o retomo do empregado ao cargo efetivo, sem as responsabilidades de mando e gestão, o que não deixa de ser também um salário condicional; c) alteração do contrato de trabalho de tempo integral para contrato de trabalho de tempo parcial, mediante negociação coletiva, na forma do art. 58-A, mantendo-se o padrão do salário hora praticado; d) negociação coletiva.

José Martins Catharino³⁵, muito antes da mudança da legislação, já afirmava que a mudança salarial que acompanha o retorno do empregado ao cargo efetivo não vilipendiava a irredutibilidade:

Enquanto perdura o seu afastamento do cargo efetivo, o empregado ocupante de outro preponderantemente fiduciário terá direito ao salário mais elevado. Reconduzido ao cargo contratual, restabelecida sua qualificação profissional efetiva, o empregado fará jus à sua remuneração permanente. Ora, partindo do

35 CATHARINO, José Martins. **Tratado Jurídico do Salário**. São Paulo: EDUSP-LTr, 1994. p. 611. apud: ROMAR, Carla Teresa Martins. op. cit. p.106.

pressuposto que irreduzível o salário contratual, chega-se à conclusão que, desde que o empregado volta a percebê-lo integralmente, não haverá, estritamente falando, violação ao princípio da irreduzibilidade, nem tão pouco prejuízo para o empregado, motivado por procedimento ilícito da empresa.

Tal como referenciado linhas acima, Gustavo Filipe Barbosa Garcia³⁶ também se posiciona, de modo expresso, favoravelmente à supressão da gratificação há novel hipótese do §2º do art. 468 da CLT.

Outra justificativa encontramos ainda em favor da tese plasmada pela Súmula 372 do TST, terceiro argumento, o “princípio da habitualidade como gerador de direitos” (Processo: ERR, nº 1944/1989; Acórdão SDI – 2155/92).

De fato, diversos são os enunciados de jurisprudência uniforme que atribuem à habitualidade a capacidade de produzir uma espécie de efeito integrativo, uma *vis coativa* que faz perenizar, integrar verbas de natureza aprioristicamente precária ao patrimônio estável e permanente do empregado.

É que o Direito do Trabalho cuida, mais das vezes, de pactos que se protraem no tempo, chamados contrato de trato sucessivo, que tendem à estabilização pela repetição, pela formação de hábitos. Já fizemos registrar no início deste estudo o relevante papel do tempo nas relações de trabalho.

Ora, se duas pessoas se relacionam de forma perene, estável, é natural que com o tempo conquistem, gradativamente, maiores patamares de confiança mútua e essa relação se desenvolva forte nos próprios hábitos construídos pela rotina. Num exemplo que refoge o universo juslaboralista, mas que funciona como ilustração precisa ao que se quer dizer: imagine-se um

36 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. op. cit. p.587.

casal de convivência de muitos anos. É comum que, no trato de questões coloquiais um dos cônjuges dispense a comunicação verbal com o outro. Só o olhar que trocam entre si; os detalhes nas feições; as experiências apreendidas em situações vividas no passado comum; tudo isso consagra uma bagagem de valor inegável na tarefa de bem compreender e determinar a melhor forma de se portar diante de uma situação qualquer. É, portanto, muitas vezes, despidendo que manifestem expressamente desejos e intenções para que tenham valor.

O mesmo se dá em relações de emprego duradouras. Quanto maior a convivência entre patrão e empregado, quanto mais consolidado no tempo esse relacionamento, maior é o grau de incorporação da cultura do empreendimento no agir do trabalhador. Maiores também a tolerância e absorção orgânica das ações do empregado como algo do próprio empreendimento. Menor a necessidade de que se verbalizem os “óbvios” próprios do universo daquele dia-a-dia.

Por isso, mesmo, o Direito do Trabalho constrói-se sobre duas colunas de importante valor principiológico – a continuidade da relação de emprego e a condição mais benéfica (desdobramento do princípio protetor).

Quanto àquele, diz Américo Plá Rodriguez que “(...) o contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, ou seja, que a relação de emprego não se esgota mediante a realização instantânea de certo ato, mas perdura no tempo”³⁷, e isso se constitui não apenas em um benefício para o trabalhador, “enquanto lhe transmite uma sensação de tranquilidade, mas também redundando em benefício da própria empresa e, através dela, da sociedade,

37 RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015. p.239.

na medida em que contribui para aumentar o lucro e melhorar o clima social das relações entre as partes”³⁸.

É, portanto, não apenas uma característica possível no contrato de trabalho, mas uma aspiração de todo o sistema jurídico-trabalhista.

Outro ponto relevante a integrar essa equação está no fato de que a vontade manifesta pelo efetivo exercício, consubstanciada pela exteriorização concreta da ação das partes, naquilo em que não contravierem à lei, dispensa formalidades. Não por razão diversa os arts. 443 e 444 da CLT sinalam que o contrato poderá ser estruturado de forma tácita ou expressa, e que as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas.

Ora, se as partes podem estipular seus contratos livremente (naquilo em que não contravier à lei), e se não precisam cumprir (senão excepcionalmente) regras minuciosas de forma, é natural que o hábito, a repetição de condutas são inegável expressão da vontade dos contratantes.

Essa vontade cria, sim, efeitos jurídicos. São exemplos do acolhimento judicial expresso desse efeito os enunciados de jurisprudência uniforme do TST consubstanciado nas súmulas 24, 45, 60, 172, 251, 291 e 396, II.

Ao se realizar essa característica de perpetuação no tempo, o contrato de trato sucessivo, e de formalidades limitadas concretiza o efetivo exercício da liberdade contratual entre as partes, e geram efeitos de incorporação de “novas cláusulas” ao pacto.

Essa característica se coaduna com precisão ao segundo princípio importante mencionado a pouco. A regra-desdobramento do princípio protetor, chamada de condição mais benéfica, faz com que “a existência de uma situação concreta,

38 Idem. p. 240.

anteriormente reconhecida, (...) determina que ela deve ser respeitada, na medida em que seja mais favorável ao trabalhador que a nova norma aplicável”³⁹.

Em resumo, então, a habitualidade no pagamento, mais das vezes, faz com que este passe a integrar o contrato de trabalho, mais propriamente o patrimônio jurídico o trabalhador.

Exsurge daí a seguinte pergunta: se a habitualidade faz integrar determinada importância contraprestativa ao patrimônio jurídico do empregado, esse pagamento pode ser suprimido? Quanto tempo é dispendido entre o início de um comportamento e a afirmação de que sua repetição tornou-o estável, incorporado?

Não há resposta objetivada pela lei. O apontamento jurisprudencial que indica que após 10 anos de efetivo exercício da função gratificada baseia-se, aparentemente, em um critério de razoabilidade, e por isso mesmo parece bem menos pungente do que a afirmação peremptória da nova redação do art. 468, §2º, da CLT.

Essa integração da parcela habitual ao salário em função se manifestava concretamente na jurídico-trabalhista por força de aplicação analógica de uma lei que, já hoje, não encontra mais reverberação no sistema brasileiro.

Vemos nos precedentes elencados pelo TST para a formação da Súmula 372 o raciocínio de que:

(...) Os servidores públicos, que são trabalhadores como os empregados das empresas privadas, tiveram reconhecido pela legislação ordinária (Lei nº 6.732/79 e hoje artigo 62, § 2º da Lei nº 8112/90) o direito de incorporação da gratificação pelo exercício de função de Direção, Chefia ou Assessoramento. Nada

39 Idem. p. 131.

demais, pois, que se reconheça, também, esse direito, aos empregados das empresas privadas, quando exerceram, por longo tempo, gozando da confiança do empregador e sem nunca a terem perdido, função de confiança, mormente quando o legislador, dispendo sobre a espécie (art. 468, parágrafo único da CLT), esqueceu-se de explicitar se a reversão ao cargo efetivo, quando o trabalhador deixar o exercício de função de confiança, importa na perda da gratificação respectiva.⁴⁰

A Lei 6.732/79 foi revogada pela Lei 8.911/94. E esta, quanto ao art. 62, §2º, foi expressamente revogada pela Lei 9.527/97.

Resta, então, que até mesmo a base argumentativa para analogia entre o regramento do servidor público e o empregado privado fica profundamente esvaziada.

Cada vez mais parece a gratificação de função caminhar em direção a uma inegável figura de salário-condição clássico, ou seja, suprimível a qualquer tempo em que descaracterizada a condição de trabalho especial que a ensejava.

Conclusão

Por todas essas razões, somos da opinião de que, se não houver clara fraude na determinação do retorno do empregado à função efetiva, parecem restar pouquíssimos argumentos para defender a ideia de incorporação do adicional salarial ou da gratificação de função pelo exercício de cargo de confiança ao salário do obreiro.

40 Sugere-se ao leitor a análise pormenorizada do Acórdão 2155/92, proferido no bojo do processo : ERR número: 1944/1989. Disponível no sítio eletrônico do TST, em:<<http://brs02.tst.jus.br/cgi-bin/nph-brs?s1=1632.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 07/03/2018. 17h03.

A um porque, se considerarmos que a alteração se dá sob a ótica do *ius variandi* ordinário, podemos dizer que ela importa na retrocessão ao cargo efetivo e por isso mesmo numa diminuição das responsabilidades e possivelmente das tarefas do empregado. Isso reduziria sobremaneira a noção de “prejuízo”, pois houve mudança no estado de fato das coisas, não apenas depreciação do patamar do salário. Há uma razoável proporcionalidade entre as situações anterior e posterior à mudança – mais trabalho e responsabilidade para maior remuneração *versus* menos trabalho e responsabilidade para menor remuneração. Parece-nos que isso minora, apequena a percepção de “prejuízo”.

A dois, porque, se observarmos essa alteração com a lente do *ius variandi* extraordinário, veremos que a lei autorizou expressamente a supressão da parcela salarial, o que conduz à conclusão de correção ou legitimidade da supressão.

A três, quando tentamos compatibilizar a norma com os parâmetros constitucionais de irredutibilidade, se afirmarmos categoricamente que a redação da Constituição impede qualquer espécie de tangencia ao salário (*lato sensu*), teríamos que, por coerência, taxar inconstitucionais outras tantas situações de fato que se ligam ao salário-condição (como por exemplo, os adicionais de periculosidade, de insalubridade ou o noturno) e gravar de absoluta a ideia de irredutibilidade.

A única alternativa restante para o sustento do raciocínio da Súmula 372 do TST parece ser mesmo o da estabilidade financeira decorrente da habitualidade no pagamento. Falta-lhe, porém, a coerência em relação à noção de que a irredutibilidade é possível, em situações legalmente previstas. Mais ainda nos tempos atuais, em que as referências analógicas utilizadas pelo TST para comparação entre o servidor público e o empregado privado.

Tudo parece sinalar para uma necessária revisão do entendimento jurisprudencial. Aguardemos.

Referências

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Método, 2017.

DE PAULA, Carlos Alberto Reis. Alteração Contratual. In: GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto, et. al. (Coord.). **Fundamentos do Direito do Trabalho** – Estudos em homenagem ao ministro Milton de Moura França. São Paulo: LTr, 2000.

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

_____; Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Salário** – Conceito e proteção. São Paulo: LTr, 2008.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Alterações do contrato de trabalho**: função e local. São Paulo: LTr, 2001.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: Juruá, 2016.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**. V.6: Contrato de Trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**. Vol. 1. 22. Ed. São Paulo: LTr, 2005.

ASPECTOS DA REFORMA TRABALHISTA SOBRE O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E A SAÚDE DO TRABALHADOR¹

Raimundo Simão de Melo

Introdução

Objeta-se com este breve trabalho fazer algumas reflexões sobre o Direito do Trabalho e seu papel na sociedade contemporânea e os impactos da reforma trabalhista aprovada pela Lei n. 13.467/2017 sobre o meio ambiente do trabalho e saúde dos trabalhadores no Brasil. Será feita uma breve evolução a respeito da proteção legal ambiental, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, até chegarmos à análise de alguns importantes aspectos trazidos pela dita reforma trabalhista que entrou em vigor em 12/11/2017. Por fim, serão examinadas possíveis consequências que poderão advir da lei nova para a saúde dos trabalhadores e os prejuízos para a sociedade brasileira.

1 Consultor Jurídico e Advogado. Procurador Regional do Trabalho aposentado. Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor de Direito e de Processo do Trabalho, Professor Titular do Centro Universitário UDF/Mestrado em Direito e Relações Sociais e Trabalhistas. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Autor de livros jurídicos, entre outros, “Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador” e “Ações acidentárias na Justiça do Trabalho”.

O papel do direito do trabalho

O Direito do Trabalho nasceu por necessidade humanitária de se regulamentar as relações de trabalho entre empregadores e empregados, visando à proteção destes, em especial contra a sua exposição às mais indignas e desumanas condições de trabalho, como jornadas excessivas, não existência de salário mínimo suficiente à manutenção das suas necessidades, seguridade social para os momentos de invalidez, velhice e outras necessidades fundamentais do ser humano.

Em razão dessas necessidades os trabalhadores se organizaram em sindicatos e buscaram a intervenção do Estado como forma de se estabelecer algum equilíbrio na relação entre capital e trabalho.

Com muitas lutas os trabalhadores conquistaram direitos importantes até atingir o chamado piso vital mínimo necessário à dignificação do ser humano.

No Brasil não foi diferente e os trabalhadores obtiveram importantes conquistas, culminando com as garantias sociais consagradas pela Constituição Federal de 1988, somadas a outras conquistas normatizadas pela Justiça do Trabalho e obtidas nas negociações coletivas, apoiadas por importantes movimentos grevistas, embora nunca tenham atingido o chamado Estado do bem estar social, como noutros países, especialmente nos europeus. Os direitos sociais fundamentais trabalhistas marcaram grande e importante conquista na Constituição de 1988, ultrapassando-se aqueles meramente patrimoniais para atingirem direitos da personalidade voltados à proteção da dignidade da pessoa humana.

Todavia, setores patronais nunca se conformaram com essas conquistas sociais e trabalhistas e sempre que possível e oportuno empreenderam campanhas na busca de mudanças,

rebaixamento e até mesmo extinção de direitos conquistados ao longo dos anos, com muitas lutas sociais.

É interessante notar que o chamado Estado Social depende da política de cada governo e que os governos de esquerda são mais afáveis às políticas sociais, enquanto que os de direita são mais conservadores e defendem a mínima atuação do Estado em prol do povo mais pobre. Os governos de direita vêm avançando no mundo nos últimos tempos e, também, na América latina. Nos governos de direita ganham espaço as políticas neoliberais: liberdade econômica e de comércio, menos intervenção do Estado no mercado de trabalho, incentivo à autonomia da vontade, abertura econômica às multinacionais, mesmo comprometendo a soberania, entre outras políticas não benéficas ao povo mais pobre, como está acontecendo no Brasil com o avanço do neoliberalismo. O ordem é flexibilizar as relações de trabalho, sobrepor o negociado *in pejus* sobre o legislado, liberar a terceirização irrestrita, o que é perigoso para o próprio capitalismo, que deixa de crescer.

Nessa senda e com extraordinária pressa a reforma trabalhista foi aprovada na Câmara dos Deputados (PL 6787/2016) e no Senado Federal (PL 38/2017) e transformada na Lei n. 13.467 de 13/07/2017.

São muitos os direitos suprimidos nessa lei, por vias transversas, que já estão sendo considerados inconstitucionais pelo Ministério Público do Trabalho e estudiosos do direito, sendo exemplos a Pejotização, a Terceirização, o pagamento abaixo do salário mínimo, a flexibilização da jornada de trabalho, o aumento da jornada de trabalho, a redução do intervalo intrajornada, o trabalho da gestante em local insalubre, a redução da responsabilidade do empregador, a negociação individual para quem ganha acima de R\$ 11 mil, o negociado sobre o legislado, a eleição de representantes de trabalhadores nas empresas sem a participação dos sindicatos, a redução das horas de descanso,

o tabelamento das indenizações por dano moral, a restrição de acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho e a limitação de atuação dessa Justiça Especializada Trabalho, entre outros.

Proteção legal sobre o meio ambiente do trabalho e a saúde do trabalhador no Brasil

Como consagrado em declarações internacionais, o primeiro e mais importante direito fundamental do homem é o direito à vida, suporte para existência e gozo dos demais direitos, sendo necessário, porém, assegurar os seus pilares básicos de sustentação, que são o trabalho digno, decente, seguro e sadio em condições que não degradem a integridade físico-psíquica do trabalhador.

É indene de dúvida que a Constituição Federal do Brasil de 1988 representou importante marco histórico na proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, incluindo o meio ambiente do trabalho e a saúde como núcleos principais dessa proteção. Como princípios fundamentais estabelece o art. 1º da Constituição Federal que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. O art.170, por sua vez, diz 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, observados a defesa do meio ambiente e o pleno emprego.

O art. 6º, um dos mais importantes comandos constitucionais, elenca como direitos sociais a educação, a saúde, o **trabalho**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção

à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados², na forma desta Constituição.

Quanto ao meio ambiente no geral, de forma ímpar e contundente o art. 225 da Carta Magna brasileira estabelece 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. Para assegurar a efetividade desse importante direito incumbe ao Poder Público (§ 1º) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (inc. VI), sendo que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (§ 3º).

O art. 196 da mesma Carta Maior diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante **políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos para o ser humano, o que é complementado pelo art. 200 do diploma constitucional, que atribui ao Sistema Único de Saúde (SUS) competência para, além de outras atribuições, nos termos da lei, executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de **saúde do trabalhador** e colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o meio ambiente do trabalho.

Como se vê do comando constitucional, o meio ambiente do trabalho também é meio ambiente e está submetido aos princípios e regras que norteiam a nova disciplina do Direito Ambiental brasileiro. Cabe lembrar, por oportuno, que os

2 Esse direitos são considerados piso vital mínimo, como frequentemente tem sustentado o Professor Fiorillo.

danos ao meio ambiente ecológico, como regra geral, atingem indiretamente o ser humano, enquanto que os danos ao meio ambiente do trabalho, também como regra, **atingem diretamente o ser humano trabalhador**, de maneira que a importância deste aspecto do meio ambiente deve ser enaltecido na busca da prevenção dos danos para a saúde dos trabalhadores, que, quase sempre são irreversíveis e irreparáveis.

Na esfera infraconstitucional temos como importante, na preservação dos riscos nos ambientes de trabalho a Lei n. 6.938/81, cujo inc. III do art. 3º é de grande importância para o Direito do Trabalho, quando define a poluição como sendo a **degradação da qualidade ambiental** resultante de atividades **que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde**, a segurança e o bem-estar da população.

Observa-se que a Lei n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio ambiente) e a Constituição Federal estabelecem e asseguram como objeto da proteção ambiental a vida, em especial a vida humana ou a sadia qualidade de vida, isso porque tudo nesse mundo gira ou deve girar em torno do ser humano.

Quanto ao meio ambiente do trabalho, nos aspectos preventivos e reparatórios o art. 7º da Constituição Federal estabelece que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social a **redução dos riscos inerentes ao trabalho**, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (XXII) e, não menos importante, o inc. XXVIII sobre o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

No inc. XIII do art. 7º assegura-se 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”, no inc. XIV “jornada de **seis horas** para o trabalho realizado

em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva” e no inc. **XXIII** “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”.

São alguns exemplos de tutela constitucional do meio ambiente do trabalho que visam a eliminação ou ao menos a diminuição dos riscos para saúde e integridade física dos trabalhadores.

Cabe lembrar que o aspecto da limitação da jornada de trabalho marcou as mais importantes lutas trabalhistas e, por conta delas, conquistas mundiais ao se estabelecer como regra geral o limite de 8 horas de trabalho por dia ou menor carga, dependendo do maior risco da atividade para a saúde e vida dos trabalhadores.

Tendo como norte a Carta Maior de 1988 as Constituições estaduais do Brasil também se preocuparam com a tutela do meio ambiente do trabalho e da saúde dos trabalhadores, sendo exemplo a do Estado de São Paulo, que no art. 229 preconiza que:

Compete à autoridade estadual, de ofício ou mediante denúncia de risco à saúde, **proceder à avaliação das fontes de risco no ambiente de trabalho** e determinar a adoção das devidas providências para que cessem os motivos que lhe deram causa.”

§ 2º - “Em condições de **risco grave ou iminente** no local de trabalho, será lícito ao empregado interromper suas atividades, sem prejuízo de quaisquer direitos, até a eliminação do risco.”

§ 3º - “O Estado atuará para garantir a saúde e a segurança dos empregados nos ambientes de trabalho(grifo meu).

Recepcionada pela Constituição Federal a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), cujo Capítulo V, reformulado pela Lei n. 6.514/77, trata da segurança e medicina do trabalho, além da Portaria n. 3.214/77, do Ministério do Trabalho, que por meio de várias Normas Regulamentadoras (NRs) cuida da proteção do meio ambiente do trabalho, visando eliminar ou diminuir os riscos ambientais e, com isso, proteger a integridade física e psíquica dos trabalhadores.

Existem na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) artigos de grande importância para a defesa do meio ambiente do trabalho e da saúde dos trabalhadores, como o art. 160, que reza: "**Nenhum estabelecimento poderá iniciar suas atividades sem prévia inspeção** e aprovação das respectivas instalações pela autoridade regional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho (grifo meu).

Esse dispositivo está em perfeita consonância com a Constituição Federal, que no art.225, § 1º e IV estabelece: "Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: ... exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, **estudo prévio de impacto ambiental**, a que se dará publicidade" (grifo meu).

O que se vê é que já tínhamos na área do trabalho um "Estudo Prévio de Impacto Ambiental", que, todavia, tem sido letra morta por conta da deficiência da fiscalização estatal. Imaginemos se pelo menos nas atividades insalubres, perigosas e penosas fosse adotada inspeção prévia pelos Auditores Fiscais do Trabalho! Seria importante forma de ação verdadeiramente preventiva que, certamente evitaria muitos agravos para a saúde dos trabalhadores com resultados positivos para a sociedade, que no final das contas responde pelas consequências dos acidentes e adoecimentos dos trabalhadores.

Ainda na CLT temos o art. 156 que estabelece:

Compete especialmente às **Delegacias Regionais do Trabalho**, nos limites de sua jurisdição:

I - promover a **fiscalização** do cumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho;

II - adotar as **medidas** que se tornem exigíveis, em virtude das disposições deste Capítulo, determinando as obras e reparos que, em qualquer local de trabalho, se façam necessárias;

III - impor as **penalidades** cabíveis por descumprimento das normas constantes deste Capítulo, nos termos do artigo 201 (grifo meu).

O art. 157 da CLT, por sua vez diz que:

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" (grifo meu).

Arremata o art. 158 da CLT que:

Cabe aos empregados:

I - **observar as normas** de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior;

II - **colaborar com a empresa** na aplicação dos dispositivos deste Capítulo.

Parágrafo único - **Constitui ato faltoso** do empregado **a recusa** injustificada:

- a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior;
- b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa(grifo meu).

O art. art. 161 da CLT retrata um dos mais efetivos instrumentos de proteção da saúde dos trabalhadores, estabelecendo que:

O Delegado Regional do Trabalho, à vista do laudo técnico do serviço competente que demonstre **grave e iminente risco** para o trabalhador, poderá interditar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, ou embargar obra, indicando na decisão, tomada com a brevidade que a ocorrência exigir, as providências que deverão ser adotadas para prevenção de infortúnios de trabalho (grifo meu).

Essa disposição legal, também em razão da deficiência da atuação estatal, não tem surtido os efeitos esperados, porque poucos não são os casos de graves e iminentes riscos para a saúde dos trabalhadores, cuja atividade continua sendo executada e o resultado são os graves acidentes que matam, mutilam e deixam trabalhadores incapacitados para o trabalho.

A lei previdenciária também incluiu normas de proteção à saúde dos trabalhadores, como se vê dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 19 da Lei 8.213/91, *in verbis*:

§ 1º - A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

§ 2º - Constitui **contravenção penal**, punível com multa, **deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho**.

§ 3º - **É dever da empresa prestar informações** pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular(grifo meu).

A lei previdenciária estabelece a obrigação de o empregador adotar medidas coletivas e individuais de proteção dos riscos nos ambientes de trabalho e de prestar informações aos trabalhadores sobre os riscos das atividades que desenvolvem. Não agindo o empregador desta forma, resta caracterizada a culpa patronal pelos agravos à saúde dos trabalhadores, não bastando, para se isentar desta responsabilidade, apenas o fornecimento de EPIs, uma vez que estes apenas visam proteger dos riscos, mas não preveni-los. A prevenção se dá com as medidas coletivas, servindo os EPIs como instrumentos complementares, especialmente em determinadas atividades em que os riscos são sempre presentes, independentemente das medidas coletivas adotadas.

Cabe lembrar que a obrigação preventiva dos tomadores de serviços com a adoção de medidas coletivas e individuais aplica-se em relação aos seus empregados diretos e, igualmente, aos terceirizados, porque neste aspecto a responsabilidade do prestador e do tomador de serviços é solidária.

Ainda no aspecto legal existem várias normas internacionais promulgadas pelo Brasil, que se incorporaram ao nosso sistema jurídico, as quais visam à proteção do meio ambiente do trabalho e da saúde do trabalhadores, como, por exemplo, a Convenção de nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que cuida da “Segurança e saúde do trabalhador e do meio ambiente do trabalho em geral, em todas as áreas de atividade econômica”, ratificada pelo Brasil em 1993, a Convenção nº 148 sobre a Proteção dos Trabalhadores Contra

os Riscos Profissionais devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de Trabalho e a Convenção de Quadro, sobre o controle do tabaco, este, que tanto tem provocado doenças nos ambientes de trabalho³.

Aspectos da reforma trabalhista sobre as normas de saúde e segurança do trabalho

A reforma trabalhista implementada pela Lei n. 13.467/2017, que entrará em vigor em 12/11/2017, trouxe importantes alterações no mundo do trabalho, reduzindo parâmetros protetivos em relação à saúde e segurança dos trabalhadores, sem considerar que o trabalho é meio de vida e o adoecimento e morte dos trabalhadores acarretam graves problemas sociais, humanos e econômicos não somente para as vítimas e suas famílias, mas também para a sociedade, que finalmente responde pelas mazelas decorrentes dos acidentes laborais.

Negociado sobre legislado

Embora afirmem os autores da reforma trabalhista que a **negociação coletiva não pode reduzir ou suprimir direitos relacionados à segurança e saúde** dos trabalhadores (art. 611-B, inc. XVII - "Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: ... XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho"), incrivelmente no § único do art. 611-B consta que **normas sobre duração da jornada de trabalho e intervalos intra e interjornada não são**

3 TST-E-ED-RR-120300-89.2003.5.01.0015, João Oreste Dalazen, Min. Relator; Brasília, 21/02/2013.

consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho e, portanto, não são mais normas cogentes, de ordem pública ("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").

De acordo com art. 611-A da CLT agora o negociado prevalecerá sobre o legislado em relação aos temas nele inscritos, por exemplo, jornada de trabalho, intervalo intrajornada, teletrabalho, grau de insalubridade e prorrogação da jornada em ambientes insalubres, tudo normas de natureza ambiental e sanitária e, portanto, de ordem pública e inderrogáveis ao talantes das partes.

A questão a saber daqui pra frente é se esses mandamentos se conformam com os comandos constitucionais acima aludidos. Em especial, o primeiro aspecto a ser verificado numa norma coletiva negociada é se ela trouxe melhoria aos trabalhadores em relação à lei, pois como estabelece o *caput* do art. 7º da Constituição Federal São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem à melhoria de sua condição social**.

Este é o parâmetro e norte para interpretação das novas regras trabalhistas: a norma, inclusive negociada, que veio para melhorar a condição social dos trabalhadores é válida porque está de acordo com a Constituição Federal; a norma que veio para piorar a condição social dos trabalhadores não é válida porque está em desacordo com a Constituição Federal.

De forma inusitada admite a lei nova que o enquadramento da insalubridade e a prorrogação da jornada de trabalho em ambientes insalubres, decisões eminentemente técnicas, ocorram por meio de negociação coletiva e que o grau de insalubridade seja negociado livremente. Vê-se que condições tecnicamente definidas como de grau máximo de insalubridade podem se tornar de grau mínimo, com prejuízo para os

trabalhadores e para as ações da Fiscalização do Trabalho, além dos aspectos previdenciários a elas relacionados, porque haverá diminuição da remuneração e do arrecadamento para a Previdência Social, com prejuízo futuro para a aposentadoria dos trabalhadores.

Ao invés de a lei se preocupar em acabar com os ambientes insalubres, prejudiciais à saúde dos trabalhadores, simplesmente maquia a situação e faz diminuir o pagamento do adicional em favor do empregador, sem qualquer benefício para quem trabalha, com comprometimento da sua saúde nos ambientes insalubres.

Grávidas e lactantes podem trabalhar em ambientes insalubres

A nova lei permite que **grávidas e lactantes trabalhem em ambientes insalubres**, o que afetará não apenas a trabalhadora, mas os recém-nascidos e mesmo os futuros seres humanos, promovendo-se o padrão predatório da força de trabalho antes do nascimento dos futuros trabalhadores, quando começarão a ser atingidos por agentes de adoecimento. O art. 394-A da CLT dizia que: “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”.

O objetivo do referido art. 394-A da CLT foi proteger a gestante e lactante, o feto e a criança nos períodos de gestação e lactação, proibindo o trabalho da empregada em quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, a qual deverá, nesses períodos, exercer suas atividades em locais salubres, livres dos respectivos riscos.

Esse objetivo encontra respaldo em fundamentos científicos, porque, comprovadamente, o trabalho em ambientes

insalubres é prejudicial não somente às trabalhadoras em qualquer situação, mas, principalmente às gestantes e lactantes, ao feto e à criança em fase de amamentação, sendo correta a proibição do trabalho da gestante e da lactante em atividades ou locais insalubres, o que foi absurdamente ignorado pelos Deputados e Senadores que aprovaram a lei e, finalmente, pelo Presidente da República, que a sancionou sem qualquer veto.

Por oportuno cabe lembrar que tanto se prestigia a negociação coletiva, inclusive fazendo-a prevalecer sobre a lei, mas sequer o legislador submeteu à proteção sindical eventual ajuste sobre o presente tema.

Higienização dos uniformes de trabalho

A reforma trabalhista imputa ao trabalhador a responsabilidade pela **higienização dos uniformes de trabalho**.

O art. 456-A, § único diz que "A higienização do uniforme é de responsabilidade do trabalhador, salvo nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum", apresentando vaga ressalva e estimulando o espraio dos agentes de risco e contaminantes para o trabalhador, sua família e para o conjunto da sociedade.

A esposa do trabalhador, que lavará essas roupas, terá contato direto com as vestimentas contaminadas sem qualquer cuidado, podendo contaminar as demais vestimentas da família. Para quem duvida desses prejuízos lembro o caso da contaminação da Shell em Paulínia/SP, quando gerações de familiares foram contaminadas pelos resíduos levados pelos trabalhadores para casa. Trata-se de mais um desprezo para com a vida e saúde dos trabalhadores simplesmente para diminuir os custos da atividade produtiva (Proc. n. 0022200-28.2007.5.15.0126).

Intervalo para refeição e descanso

Na forma do art. 611-A, inc. III o **intervalo para refeição e descanso** agora poderá ser de apenas trinta minutos para jornadas superiores a seis horas e a sua não concessão ou concessão parcial implicará apenas o pagamento do período suprimido como indenização (nova redação do § 4º do art. 71 da CLT), ou seja, sem natureza salarial, como estava sedimentado na lei (art. 71, § 4º da CLT) e na jurisprudência.

No âmbito da jurisprudência trabalhista a questão do intervalo intrajornada há muito tempo está sedimentada (OJ 342 da SBDI-I e Súm. 437 do C. TST), cujo inc. II deste último precedente assim orienta:

SÚMULA Nº 437 DO TST: “INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT. ... II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

A base da sedimentação jurisprudencial está embasada nos arts. 71 e §§, da CLT e 7º, inc. XXII, da Constituição Federal brasileira de 1988, os quais embasam o entendimento de que o tema é infenso à negociação coletiva quando o conteúdo da avença for prejudicial aos trabalhadores.

Nesse sentido estabelece a Lei Maior no art. 7º, inciso XXII: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... redução

dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

Trata-se esse mandamento legal, como se vê, do mais importante direito dos trabalhadores, uma vez que a Constituição Federal alçou a altitude constitucional, como direito fundamental, na categoria de direitos humanos, o direito à saúde e à vida, o que somente pode ser alcançado mediante a implementação das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, que visem à redução dos riscos inerentes ao trabalho.

O objetivo maior do mandamento constitucional é diminuir os acidentes de trabalho e os agravos à saúde dos trabalhadores e retirar o Brasil dos anais mundiais como recordista em acidentes e doenças ocupacionais, o que foi ignorado pelos representantes do povo brasileiro na dita reforma trabalhista, com o objetivo de beneficiar apenas o outro lado da relação de trabalho.

Os direitos decorrentes das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, como se reconhece mundialmente, são inderrogáveis ao talante das partes envolvidas – empregados, empregadores e sindicatos –, sendo, pois, infensos à negociação coletiva, a qual, sem dúvida é importante e também foi alçada a altitude constitucional no inc. XXVI do art. 7º (reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho). Todavia, a autonomia privada coletiva das partes encontra limites exatamente nas normas de ordem pública. Nesse campo somente pode atuar a negociação coletiva para melhorar as condições de trabalho; *in pejus*, para piorar, nunca se aceitou.

É sabido que 30 minutos de intervalo são insuficientes para alguém fazer uma refeição adequada e descansar um pouco para recompor suas energias e retomar à segunda parte da jornada de trabalho, refeito dos desgastes da primeira etapa da mesma, o que é o objetivo maior da proteção legal agora revogada.

Jornada de doze horas seguidas por trinta e seis de descanso

Outra importante alteração legal foi implementada pelo art. 59-A da CLT, que passa a ter a seguinte redação:

Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante **acordo individual** escrito, **convenção coletiva** ou **acordo coletivo de trabalho**, estabelecer horário de trabalho de **doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso**, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Cientificamente está comprovado que os acidentes de trabalho ocorrem mais nos finais das jornadas de trabalho e na sua extrapolação, razão de se ter estabelecido como regra o máximo de 8 horas de trabalho por dia. Toda a literatura técnica admite o vínculo estreito entre jornadas, descanso e infortúnios laborais, também fartamente documentados em relatórios de fiscalização e em processos judiciais que tramitam perante a Justiça do Trabalho, inclusive as Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho para prevenir acidentes laborais.

A chamada jornada de doze horas seguidas por trinta e seis de descanso vem sendo aplicada somente a algumas atividades, de forma excepcional, porém, mediante negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional.

Esse alargamento da jornada de doze por trinta e seis horas não poderia ter sido liberado como o foi, ainda mais mediante acordo individual com os trabalhadores. Como é fácil concluir, os patrões, que podem fazer o acordo individualmente com os trabalhadores, na sua maioria não vão procurar o sindicato

profissional para tanto, diante da resistência e exigências que poderão apresentar.

Como é público e notório e, especialmente por conta dos baixos salários que recebem, a maioria dos trabalhadores que atuam nessa jornada de trabalho, por extrema necessidade, procuram outro emprego para complementar a renda. Assim, esconde-se por trás desta alteração o incentivo ao rebaixamento das remunerações, a procura de um segundo emprego e, com isso, a degradação das condições de vida dos trabalhadores, que terão seu lazer prejudicado e a saúde e vida ameaçadas, ganhando com isso somente o setor patronal, que terá as suas necessidades atendidas de forma mais barata.

Esta alteração legal demonstra de maneira insofismável que o objetivo da reforma foi favorecer os setores patronais, sem qual quer preocupação com as questões de saúde e segurança do trabalho, propiciando o aumento dos acidentes e adoecimentos dos trabalhadores. Até por **acordo individual** admite a lei a implementação dessa jornada de trabalho!

Em recente decisão judicial (ACP 0000043-11.2017.5.23.0022) Sindicato em empregador foram condenados em obrigação de não fazer: firmarem convenções ou acordos coletivos que generalizem a possibilidade de extrapolação da jornada de trabalho a tornar regra períodos superiores a 8 diárias.

Na decisão foi enfatizado que a regra é o limite de 8 horas diárias de trabalho, fundamentando que: "Essa prática de se permitir indiscriminadamente jornadas de 10 e 12 horas de trabalho viola o artigo 7º, XIII e XVI da Constituição Federal ao estabelecer o limite de 08h00 diárias de trabalho e 44h00 semanais e, apenas excepcionalmente, a sua extrapolação, como autorizado pelo artigo 61 da CLT, que permite o labor por até 12 horas em caso de necessidade imperiosa, força maior ou para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis

ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto", anulando a sentença o caráter holístico do direito do trabalho, ao priorizar as condições de saúde e segurança do trabalho, admitindo a sua prorrogação apenas em situações realmente extraordinárias e jamais como regra.

Terceirização de serviços

Ainda no bojo da reforma trabalhista o art. 4º-A da Lei n. 6.019/74 passará a vigorar com as seguintes alterações:

Considera-se **prestação de serviços a terceiros** a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, **inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (grifo meu).

Como se vê, a **terceirização** aprovada na reforma é geral e irrestrita, podendo uma empresa não mais ter um empregado direto, se assim quiser!

Como é sabido e consabido, a terceirização, salvo exceções, precariza condições de trabalho pelo objetivo do barateamento da mão de obra e interinidade de muitas das empresas prestadoras de serviços. Com isso, esse incremento nos processos produtivos tem sido causa de muitos acidentes de trabalho e de mortes de trabalhadores.

Há informações de que “Setenta a cada 100 acidentes de trabalho com morte ou mesmo com lesões graves estão entre os terceirizados”, afirma o presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, **Germano Siqueira**. O motivo, diz ele, é a falta de capacitação e treinamento desses profissionais (<http://www.conjur.com.br/2017-abr-01/>

terceirizacao-traz-acidentes-presidente-anamatra - acesso em 06/09/2017).

Se assim já era quando a terceirização era admitida apenas nas atividades-meio do tomador de serviços, a situação poderá se agravar ainda mais daqui em diante com contratação de terceiros totalmente liberada.

Teletrabalho

No regime de **teletrabalho** (art. 75-A), a lei exclui os trabalhadores das regras da CLT em relação à jornada de trabalho, fazendo com que, na prática, não haja limites para a quantidade de horas trabalhadas no dia e na semana, nem registro ou controle dos horários de trabalho.

Para o interesse da empresa há controle para efeito de gestão da força de trabalho, mas não haverá contrapartida e limitação do poder patronal sobre a proteção do trabalho. No tocante às condições de saúde e segurança no trabalho, a única obrigação atribuída ao empregador é a de “instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar” (art. 75-E).

Como se infere da lei, há transferência da responsabilidade pela gestão da saúde e segurança do trabalho para os próprios trabalhadores nesse regime de trabalho, o que poderá contribuir para o aumento das doenças e acidentes de trabalho, porque não há garantia de que o ambiente será seguro e adequado ou que o empregado possuirá recursos necessários à adaptação do ambiente de trabalho, considerando ainda a forma, o ritmo e a intensidade do teletrabalho sob controle do empregador. Isso poderá contribuir com o aumento dos adoecimentos dos trabalhadores neste setor.

Norte para a interpretar as alterações trazidas pela reforma trabalhista

A reforma trabalhista, como se sabe, nasceu pequena por meio de proposta do Poder Executivo Federal e logo que chegou ao Congresso nacional, na Câmara dos Deputados, tornou-se um grande monstro contra o Direito do Trabalho, sem deixar de atacar a atuação dos órgãos responsáveis pela sua aplicação, como os sindicatos, que restaram enfraquecidos e a Justiça do Trabalho, que sofreu restrições sobre sua atuação.

Tratou-se de um processo legislativo super apressado, certamente o mais apressado de todos, sem que houvesse efetiva e real discussão com a sociedade e com os próprios interessados, os trabalhadores. A maioria dos "representantes" do povo não quis e não permitiu essa discussão porque sabia que ela esbarcaria em primeiro lugar em obstáculos constitucionais. Por isso que as alterações legais aprovadas finalmente não foram submetidas ao crivo da Constituição Federal, como exige qualquer processo legislativo, o que, só por isso já a nasceu maculada e quando passar a ser interpretada no varejo muitos dos seus dispositivos não resistirão a um confronto com a Constituição Federal, o que será suficiente para torná-los nulos.

São muitas as alterações que atingem os direitos sociais e fundamentais dos trabalhadores.

Para aplicá-las, antes, cabe fazer a interpretação de cada dispositivo alterado à luz do texto constitucional, para se buscar o seu sentido e alcance. Se se fizer um trabalho interpretativo realmente científico e não meramente embasado em interesses econômicos e outros, certamente serão encontradas muitas inconstitucionalidades.

Toda lei, antes ser aplicada, precisa ser interpretada, por mais clara que seja. Essa tarefa em relação à reforma trabalhista

começa com os doutrinadores, que estão apresentando aspectos de inconstitucionalidades. Na prática serão os advogados, como primeiros juízes das causas, que levarão ao Judiciário o seu entendimento sobre as novas regras legais e, finalmente e em especial, ao juízes do trabalho caberá dizer se as alterações valem ou não, se estão ou não em conformidade com o texto da Carta Maior brasileira.

O primeiro cuidado do intérprete de uma lei é verificar se ela se conforma com a Constituição Federal no do seu conteúdo inovador.

Como farol para essa importante tarefa assegura o art. 1º da Constituição Federal que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. O art. 3º, por sua vez, consagra que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Já o art. 170, que trata da ordem econômica no Brasil, ou seja, do sistema capitalista, preconiza com ênfase que a ordem econômica funda-se em primeiro lugar na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, os princípios da busca do pleno emprego e da defesa do meio ambiente.

No ponto central do papel do Direito do Trabalho o art. 7º estabelece que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, todos aqueles inseridos nos seus incisos. São os chamados direitos mínimos, estando incluídos neles o piso vital mínimo ou “patamar civilizatório, como denomina Maurício Godinho Delgado (Curso de Direito do Trabalho, São Paulo, LTR, 2005, pág. 117).

Como afirma Mauro Schiavi ("Proteção jurídica à dignidade da pessoa humana do trabalhador:

-http://cursos.lacier.com.br/artigos/periodicos/protecao_juridica.pdf)"É consenso na doutrina, com grande prestígio da jurisprudência, principalmente a dos Tribunais Superiores, que a proteção à dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o ordenamento jurídico e também a finalidade última do Direito. A interpretação do direito não pode estar divorciada dos princípios constitucionais e, principalmente, dos princípios que consagram direitos fundamentais. Por isso, a moderna doutrina tem se posicionado no sentido de que os princípios fundamentais da Constituição Federal têm caráter normativo, tendo aplicabilidade imediata como se regras fossem.

Esse piso vital mínimo de direitos visa garantir e implementar a proteção à dignidade da pessoa humana e, mesmo em época de flexibilização, desemprego e globalização da economia, não se pode perder de vista a valorização do princípio protetor do Direito do Trabalho, que é a sua razão de ser como medida de efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana e da realização do princípio da igualdade entre os atores sociais partícipes da relação de trabalho: trabalhador e o empregador.

Assim, na busca de um norte para interpretar as novas regras trabalhistas não se pode esquecer da segunda norma legal mais importante no nosso país, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

No seu art. 5º está consagrada uma das mais importantes regras par o intérprete, dizendo que:"Na aplicação da lei, o juiz

atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Assim, o juiz deve, antes de aplicar a lei, interpretá-la e buscar o seu sentido e alcance. A interpretação da lei é sempre sociológica e teleológica e pode resultar na ampliação da norma (arts. 5º e 6º da CF1988 - direitos fundamentais), na sua restrição ou na declaração de validade ou não do seu conteúdo por meio do controle difuso.

O Poder Judiciário trabalhista, em primeiro lugar, terá importante tarefa de determinar os fins sociais da lei trabalhista o bem comum que ela visa proteger, como algo que agrada e interessa a todos, ao povo, à comunidade e não apenas a uma pequena parcela, especialmente aquela que detém o poder e foi a maior patrocinadora da reforma trabalhista.

Conclusões

Como demonstrado no corpo deste trabalho, até meses atrás o Brasil vinha passando por importante evolução no tocante à tutela legal do meio ambiente do trabalho e da saúde dos trabalhadores e, mesmo assim, os índices acidentários ainda são preocupantes, colocando o Brasil no *ranking* mundial por volta do 10º lugar.

Ademais disso, com a reforma trabalhista, que não teve preocupação em melhorar as condições de trabalho, banindo até do conceito de regras de saúde e segurança a duração do trabalho e os intervalos intrajornada, permitindo que convenções, acordos coletivos e acordos individuais de trabalho possam reduzir a proteção prevista em lei para as jornadas de trabalho, banco de horas, intervalos intrajornada e interjornada, isso poderá trazer sérios prejuízos para a saúde dos trabalhadores.

As alterações introduzidas em relação às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho pela reforma trabalhista

afrontam o comando do inc. XXII do art. 7º da Constituição Federal, o qual visa à proteção da vida e da saúde dos trabalhadores como direito fundamental, entre outras normas, inclusive tratados internacionais assinados pelo Brasil, o que será enfrentado pela Justiça do Trabalho nos inúmeros processos que vão bater suas portas.

Por isso referidas alterações legais poderão ampliar a precarização das condições gerais do mercado de trabalho e contribuir para o aumento dos acidentes e das doenças ocupacionais, aumentando as já existentes consequências sociais, humanas e econômicas decorrentes deles decorrentes.

Referências

BARRETO, Margarida. **Violência, saúde, trabalho**: uma jornada de humilhações. São Paulo: EDUC - FAPESP, 2003.

CATALDI, Maria José Giannella. **O stress no meio ambiente de trabalho**. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2015.

FELICIANO, G. G. (Org.); URIAS, J. (Org.); MARANHÃO, Ney (Org.); SEVERO, V. S. (Org.). **Direito Ambiental do Trabalho** - Apontamentos para uma Teoria Geral – Vol. 3. São Paulo: LTr, 2016, v. 3 (no prelo).

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Direito ambiental e a saúde dos trabalhadores**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Acidentes do trabalho, doenças ocupacionais e nexos técnico epidemiológico**. 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

GODINHO, Maurício. **Curso de Direito do Trabalho**. 5.ed. São Paulo: LTR, 2005.

MARANHÃO, Ney. Dignidade humana e assédio moral: a delicada questão da saúde mental do trabalhador. **Revista Fórum Trabalhista - RFT**, v.3, p.57-70, 2014.

_____. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade**: uma perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Editora Método, 2010, v.1. 316p.

MELO, Raimundo Simão de. Meio ambiente do trabalho e atividades de risco: prevenção e responsabilidades. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli; BUSNARDO, Juliana Cristina; BACELLAR, Regina Maria Bueno (Orgs.). **Direitos humanos e meio ambiente do trabalho**. São Paulo/SP: LTR, 2016, v. , p.145-152.

_____. A Tutela do Meio Ambiente do Trabalho e da Saúde do Trabalhador na Constituição Federal. In: Rúbia Zanotelli de Alvarenga. (Org.). **Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo/SP: LTr, 2015, v. , p.185-200.

_____. **Ações acidentárias na justiça do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador – responsabilidades**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 6. ed. LTr. São Paulo, 2011.

_____. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 8. ed. LTr. São Paulo, 2014.

O NOVO REGIME JURÍDICO DO TELETRABALHO NO BRASIL

Raphael Miziara¹

Introdução

No dia 11 de novembro de 2017 entrará em vigor a Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista) que, dentre outros significantes aspectos, inclui no Título II da CLT (Das normas gerais de tutela do trabalho) o Capítulo II-A, para consagrar o regime jurídico do teletrabalho no Brasil.

Com isso, após decorrido o período de vacância legal (cento e vinte dias da publicação oficial), a prestação de serviços em regime de teletrabalho no país deverá observar o disposto no Capítulo II-A da CLT, conforme disposição expressa constante do artigo 75-A da CLT.

Nesse cenário, este escrito pretende fazer a análise do texto legal com o desiderato de trazer à lume o verdadeiro sentido e alcance por detrás das linhas postas pelo legislador.

Inicialmente, enfrentar-se-á o conceito de teletrabalho no país, bem como seus elementos caracterizadores. Em prosseguimento, far-se-á a análise dos requisitos formais do contrato de teletrabalho, bem como das possibilidades de alteração do pactuado no curso do contrato.

1 Advogado. Mestrando em direito do trabalho e das relações sociais pela UDF. Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito, bem como em cursos preparatórios para concursos públicos. Autor de livros e artigos na área juslaboral.

Em prosseguimento, o presente trabalho enfrentará a questão da responsabilidade pelas despesas de instalação e manutenção dos equipamentos necessários ao desenvolvimento do trabalho, bem como dos aspectos atinentes ao meio ambiente do trabalho e da duração do trabalho do teletrabalhador.

Conceito e elementos caracterizadores do teletrabalho

A Lei nº 13.467 de 2017 traz o conceito de teletrabalho no *caput* do art. 75-B. Segundo a novel legislação, 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 (art. 75-B, da CLT).

Do dispositivo legal extraem-se pelo menos dois elementos caracterizadores do teletrabalho sem os quais fica afastado o enquadramento legal da situação fática, quais sejam, *(i)* que a prestação de serviços ocorra *preponderantemente* fora das dependências do empregador; e *(ii)* que a utilização das tecnologias de informação e de comunicação não constitua a relação como trabalho externo.

Com efeito, a Lei faz distinção entre o trabalhador externo e o teletrabalhador. Ambos são trabalhadores à distância², mas,

2 Na OIT, o tema teletrabalho, admitido como espécie do gênero “trabalho à distância”, é normatizado pela Convenção 177, de 1996 (não ratificada pelo Brasil), sobre trabalho a domicílio e pela Recomendação 184. Em linhas gerais, segundo Túlio de Oliveira Massoni, as diretrizes desta Convenção são as seguintes: “- a expressão ‘trabalho a domicílio’ significa o trabalho realizado no próprio domicílio do trabalhador, ou em outro local, em troca de remuneração, com o fim de elaborar produto ou serviço conforme especificações do empregador, independentemente de quem proporcione os equipamentos e materiais utilizados para a prestação (art. 1º); - deve haver igualdade de tratamento com os outros empregados com respeito à remuneração, aos direitos previdenciários, idade mínima de admissão e proteção à maternidade

o externo, como o próprio nome indica, é o que trabalha externamente e geralmente não possui um local fixo para exercer suas atividades. Como exemplo pode-se mencionar o vendedor externo, o motorista, o trocador, os ajudantes de viagem, dentre outros.³

Por sua vez, o teletrabalhador geralmente possui um local fixo para exercer suas atividades. Pode ser, por exemplo, uma cafeteria, uma *lan house*, seu próprio domicílio, dentre outros locais. Assim, exercem suas atividades, na maior parte do tempo – *preponderantemente* –, fora das dependências do empregador, mas sem a necessidade de se locomover para o exercício de suas atribuições, como ocorre com os trabalhadores externos.

O que importa é que o tempo preponderante (na maior parte do tempo) de trabalho ocorra fora das dependências do empregador. Se isso não ocorrer, restará descaracterizado o regime de teletrabalho, com a inclusão do trabalhador no capítulo de duração do trabalho.

Igualmente, existem também diferenças entre o teletrabalho e o trabalho a domicílio, entendido como “*o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere*” (art. 83 da CLT).

Como se vê, ambos são trabalho à distância e nisso se assemelham, mas, existe uma peculiaridade que os diferencia.

(art. 4º); - quando for permitida a terceirização no trabalho a domicílio as responsabilidades dos tomadores de serviços e intermediadores serão fixadas conforme a legislação e jurisprudência nacionais do país (art. 8º)” (MASSONI, Túlio de Oliveira. *Aplicação das leis trabalhistas no teletrabalho*. Revista Consultor Jurídico, 1 de setembro de 2011, 11h36. Acesso em: 16.07.2017).

3 MELO, Geraldo Magela. **O teletrabalho na nova CLT**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>>.

Especificamente quanto ao teletrabalho, o labor é feito com a utilização de meios tecnológicos e eletrônicos.⁴

Vale registrar que 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, conforme previsto no parágrafo único do art. 75-B.

Fato é que a presença esporádica do empregado no estabelecimento empresarial para reuniões, *meetings* ou qualquer outra atividade específica, o que é absolutamente comum, não é fator que enseja a descaracterização do teletrabalho.

Interessante notar que a previsão da Reforma se assemelha muito com a definição de teletrabalho do Código do Trabalho Português, segundo o qual 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 (art. 165).

Portanto, pode-se afirmar que, no Brasil, o teletrabalho possui as seguintes características: a) prestação de serviços preponderantemente (mais da metade do tempo) fora das dependências do empregador; b) utilização de tecnologias de informação e de comunicação; c) exercício de suas atribuições deve se dar sem necessidade de constante locomoção, sob pena de configurar-se como trabalhador externo.

Formalidades contratuais

A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de

4 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Teletrabalho carece de legislação para garantir o direito à desconexão. **Revista Consultor Jurídico**, 15 de junho de 2016.

trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado (art. 75-C, da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017).

Com isso, pode-se afirmar que o contrato de trabalho do teletrabalhador somente poderá ser ajustado por escrito, pois o dispositivo fala que a condição de teletrabalhador deverá “constar expressamente” e, ainda, “especificar as atividades”.

Não se nega que o contrato verbal também pode ser expresso e especificar as atividades que serão realizadas. No entanto, aqui parece que a intenção do legislador foi a de exigir contrato escrito nesse sentido. Ademais, o § 1º fala em “aditivo” contratual, o que é mais utilizado para contratos escritos.

Outrossim, o contrato individual de trabalho do teletrabalhador deve trazer em seu bojo a especificação das atividades que serão realizadas pelo empregado. Especificar um serviço é enumerar, discriminar e pormenorizar as tarefas atinentes a função, de modo a que o trabalhador não tenha nenhuma dúvida de quais tarefas ele desempenhará em favor do empregador.

A finalidade da Lei, ao mencionar que os serviços devem ser especificados, foi evitar a utilização indiscriminada dos trabalhadores em atividades genéricas. É preciso especificar a exata dimensão das tarefas a serem desempenhadas.

Se qualquer das formalidades for descumprida restará descaracterizado o regime de teletrabalho com a consequente inclusão do trabalhador na disciplina normal de duração do trabalho.

Alterações do contrato de trabalho.

No tocante à alteração do contrato de trabalho o art. 75-C, § 1º, da CLT afirma que poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

De outro flanco, nos termos do § 2º do mesmo artigo, 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.

Como se nota, exige-se o mútuo acordo entre as partes apenas para a situação na qual a alteração disser respeito ao trabalho originariamente prestado em regime presencial. Já a situação inversa – teletrabalho para presencial – será efetivada mera determinação do empregador, independentemente da aquiescência do empregado.

No segundo caso, embora não se exija o acordo de vontade, garante-se ao empregado um prazo de transição mínimo de quinze dias, de modo que a mudança não poderá ocorrer de forma abrupta.

Em ambas as hipóteses se exige o correspondente registro da alteração em aditivo contratual.

Responsabilidade pelos custos da infraestrutura do trabalho remoto

Especificamente sobre as despesas com aquisição ou manutenção dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária ao trabalho, assim dispõe o caput artigo 75-D da CLT, com a redação dada pela reforma:

Artigo 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.

As primeiras vozes que se propuseram a comentar o artigo 75-D da CLT afirmaram que, com a reforma, empregador poderá transferir ao empregado o custo da manutenção do seu local de trabalho (energia elétrica, mobiliário, equipamentos eletrônicos da residência do trabalhador)⁵. No entanto, essa não parece ser a correta ou melhor interpretação. Não é essa a norma por detrás do texto legal, como adiante se demonstrará.

Com efeito, o *caput* do dispositivo diz que:

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.**

O que se extrai do texto é que, obrigatoriamente, as disposições relativas ao reembolso deverão estar previstas em contrato escrito. Para chegar a essa conclusão, basta que se faça um corte textual com as palavras em destaque: *“as disposições relativas ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito”*.

Ora, está expresso no texto que o contrato deverá prever a forma como o reembolso das despesas será efetivado. Por consectário lógico, obviamente, essas mesmas despesas deverão sempre ser reembolsadas, por imperativo legal.

Em verdade, o que o contrato deverá prever são quais serão as regras no tocante a responsabilidade pela aquisição (quem vai ser o responsável por comprar, se o empregador ou o

5 VALÉRIO, Juliana Herek. **Reforma trabalhista**: retrocesso em 20 pontos. Jota: 26 de Abril de 2017 – 09h34. Disponível em:<<https://jota.info/artigos/reforma-trabalhista-retrocesso-em-20-pontos-26042017>>.

empregado), manutenção (o empregado ou o empregador dará a devida manutenção nos equipamentos) ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos (do mesmo modo, quem irá fornecer, empregado ou empregador) e, por fim, da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto.

Fato é que, se a compra for efetivada pelo empregado, obrigatoriamente o reembolso deverá ocorrer na forma prevista no contrato (prazo para reembolso, forma de reembolso etc.). No entanto, há pelo menos uma hipótese na qual o empregado, ao fim e ao cabo, custeará parte dos equipamentos e infraestrutura, qual seja, quando aquelas despesas já forem despesas ordinárias do cotidiano do empregado.

Por exemplo, se ele já for o dono do computador e já arcar com os custos de internet. Trata-se de despesa ordinária do empregado. Do mesmo modo, se o empregado ordinariamente já possui a infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto ele não deverá ser reembolsado por nada, pois se trata de despesa ordinária. Essa mesma lógica já vinha sendo seguida por alguns ministros do TST no tocante às despesas com lavagem de uniforme.⁶

6 “Ordinariamente, a higienização do próprio uniforme não implica cuidados especiais e isso não obriga o obreiro a realizar despesas além daquelas que usualmente realizaria para o asseio de suas próprias peças de vestuário, o que afasta a alegação de transferência dos riscos do empreendimento ao trabalhador. Nessa diretriz, a indenização pelas despesas na lavagem do uniforme somente será devida quando o trabalho executado pelo empregado exigir o uso de roupas impecavelmente higienizadas, que demandam uma lavagem especial, situação na qual são ultrapassados os gastos que teriam com a lavagem de roupas normais. Por fim, a tarefa de lavagem de uniformes, aí incluído o tempo de dedicação e os gastos inerentes, não é de responsabilidade do empregador, mas do próprio empregado, como um verdadeiro dever de colaboração decorrente da sua boa fé no contrato de trabalho (art. 422, CC)”. Esses foram os argumentos colacionados nos votos vencidos dos Ministros Guilherme Caputo Bastos, relator, Ives Gandra Martins Filho, Márcio Eurico Vitral Amaro e Cláudio Mascarenhas Brandão, que davam provimento aos

Pode-se, inclusive, falar-se em aplicação analógica do art. 456-A, parágrafo único, da CLT, pelo qual a higienização do uniforme é de responsabilidade do trabalhador, *salvo nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum*.

Logo, se o empregador exigir uma máquina especial ou uma conexão mais potente ou, até mesmo, outros custos com a infraestrutura como condição necessária ao trabalho, deverá arcar com os custos correspondentes. Por exemplo, se o empregado possui um computador que, depois de contratado, se revelar insuficiente para as funções (lentidão excessiva, baixa memória, etc.), caso o empregador exija nova máquina, deverá custeá-la, exatamente por se tratar de despesa extraordinária.

Da mesma forma, exigências empresariais quanto a determinadas especificações de infraestrutura (como velocidade de internet) deverão ser por ela custeadas, caso ultrapasse o ordinário para aquela determinada região.

Portanto, a existência de qualquer gasto extraordinário com equipamentos tecnológicos, infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto e com despesas arcadas pelo empregado que ultrapasse o limite da despesa ordinária, deverá ser reembolsada. Mas, uma vez inexistentes prejuízos com gastos extraordinários, não há que se falar em indenização, tampouco em transferência dos riscos do empreendimento ao empregado.

embargos para julgar improcedente o pedido de ressarcimento das despesas com a lavagem do fardamento, ao fundamento de que a higienização ordinária de uniformes não causa prejuízo indenizável, nem transfere os riscos do empreendimento ao empregado. (E-RR-12-47.2012.5.04.0522, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 12/03/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 03/11/2015).

Outros infundáveis questionamentos podem surgir quanto ao tema. Imagine-se a hipótese na qual ocorra o “desgaste” na vida útil dos equipamentos tecnológicos e dos objetos que compõe a infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto. Nesse caso, indaga-se: faz jus o empregado ao ressarcimento material correspondente? A melhor interpretação parece ser aquela que admite a indenização somente em hipóteses excepcionais, no qual o desgaste se deu muito além do razoavelmente esperado. Fora disso, não há que se falar em prejuízo indenizável.

Igualmente, não se pode descartar a possibilidade, bastante comum, de a região onde o empregado reside não ser atendida por provedor nas especificações exigidas pelo empregador (por exemplo, se o provedor local somente oferece internet com velocidade reduzida). Nesses casos, não pode ser o futuro emprego instado a custear qualquer equipamento ou despesa a maior para atender aos anseios do empresariado.

Ademais, é bom que se advirta, se eventualmente houver interrupção do trabalho remoto por motivos totalmente alheios a conduta do empregado e, por consequência, alguma tarefa deixar de ser cumprida, não pode ele ser penalizado por isso. Trata-se, pois de risco do empreendimento.

Pensar de forma diferente é subverter a lógica de todo o direito do trabalho e solapar o princípio da alteridade, mediante o qual o trabalho se dá por conta alheia e os riscos do empreendimento ficam por conta do detentor do capital.

Por fim, ante à ausência do caráter retributivo, as utilidades mencionadas no caput do art. 75-D não integram a remuneração do empregado, pois são fornecidas *para* o trabalho e não *pelo* o trabalho.

A propósito, o C. Tribunal Superior do Trabalho já decidia que havendo pagamento pelo empregador ao obreiro de valores realmente dirigidos a subsidiar despesas com telefonemas,

gastos com informática e similares, no contexto efetivo do *home office*, não têm tais pagamentos natureza salarial, mas meramente instrumental e indenizatória. Na mesma linha, o fornecimento pelo empregador, plenamente ou de modo parcial, de equipamentos para a consecução do *home office* obreiro (telefones, microcomputadores e seus implementos, etc.) não caracteriza, regra geral, em princípio, salário *in natura*, em face de seus preponderantes objetivos e sentido instrumentais. (AIRR-62141-19.2003.5.10.0011, Data de Julgamento: 07/04/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/04/2010).

A duração do trabalho

O Tribunal Superior do Trabalho costumava enquadrar a figura do teletrabalhador no inciso I do art. 62 da CLT, ou seja, hipótese na qual os empregados exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho.

Com efeito, o TST já decidiu que não se pode negar que, de maneira geral, em princípio, tais trabalhadores enquadram-se no tipo jurídico excetivo do art. 62 da CLT, realizando o parâmetro das jornadas não controladas de que fala a ordem jurídica trabalhista (art. 62, I, CLT) (TST-AIRR-62141-19.2003.5.10.0011, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 07/04/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16/04/2010).

Agora, por expressa disposição legal (art. 62, III, da CLT) os empregados em teletrabalho estão excluídos do regime de duração do trabalho. Estabelece a CLT que os empregados em regime de teletrabalho não são abrangidos pelo regime previsto no capítulo “da duração do trabalho”, razão pela qual não farão jus, por exemplo, ao recebimento de horas extras.

Mas, se os teletrabalhadores sofrerem vigilância dos períodos de conexão, controle de *login* e *logout*, localização física, pausas ou ligações ininterruptas para saber o andamento dos trabalhos, especialmente se de forma periódica, estarão, inevitavelmente, enquadrados na disposição do art. 7º da CR/88 e no art. 6º, parágrafo único da CLT e terão direito à proteção da jornada, inclusive eventuais horas extras.⁷

Logo, em que pese a disposição legal, se houver efetivo controle de horário do teletrabalhador, por exemplo, por meio de controle de ponto *on line*, exsurdirá a possibilidade de enquadramento no capítulo da duração do trabalho. Isso porque o labor no sistema de *home office* não é totalmente incompatível com o controle da jornada de trabalho. A propósito, o próprio artigo 62 é de duvidosa constitucionalidade.

Meio ambiente do trabalho do teletrabalhador

A CLT impõe o dever patronal de instruir os empregados acerca de prevenção de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. 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.

Esses comandos já estavam insertos, com as mesmas ideias e objetivos, nos artigos 157 e 158 da CLT.⁸

7 MELO, Geraldo Magela. **O teletrabalho na nova CLT**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>>.

8 **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.

Art. 158 - Cabe aos empregados: I - observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo

Ainda, pela Reforma, o empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Não obstante, diante da alegação de acidente de trabalho ou doença ocupacional, o simples fato de o empregado ter assinado termo de responsabilidade não eximirá a empresa de indenizar eventuais danos causados, caso seja evidenciada sua conduta culposa ou dolosa.

Apesar do termo de responsabilidade, o empregador tem o dever de fiscalizar, respeitada a inviolabilidade de domicílio, a ergonomia do trabalho e o meio ambiente laboral como um todo.

Questão que suscitará controvérsia diz respeito à fiscalização do local de trabalho do teletrabalhador, mormente em se tratando de seu domicílio. Sobre o tema, o intérprete poderá se socorrer das disposições do Direito do Trabalho português (art. 8º, da CLT), que se encontra em estágio bem avançado na normatização da matéria.

Em relação a essa fiscalização, dispõe que sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, as visitas ao local de trabalho só devem ter por objeto o controle da atividade laboral daquele, bem como dos respectivos equipamentos. Tais visitas apenas podem ser efetuadas entre 9 e 19 horas, com assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada (art. 237 do Código de Trabalho português).

anterior; II - colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo. *Parágrafo único* - Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: a) à observância das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior; b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

Considerações finais

A prestação de serviços à distância, na modalidade teletrabalho, encontrou acomodação normativa com a Reforma Trabalhista, de modo que se pode falar, pelo menos, em um mínimo de segurança jurídica em torno do tema. Não obstante, o nobre intuito do legislador perdeu-se em meio a uma miríade de omissões que, por certo, poderiam ter sido tratadas com mais vagar, caso o Projeto de Lei que deu origem à Lei nº 13.467/2017 tivesse sido fruto de um melhor amadurecimento e debate.

Demonstrou-se, após a análise do texto legal, os elementos que caracterizam o regime de teletrabalho, quais sejam, *a*) prestação de serviços preponderantemente (mais da metade do tempo) fora das dependências do empregador; *b*) utilização de tecnologias de informação e de comunicação; *c*) exercício de suas atribuições deve se dar sem necessidade de constante locomoção, sob pena de configurar-se como trabalhador externo.

Ainda, evidenciou-se as formalidades contratuais necessárias à higidez da avença e cujo desrespeito acarreta, *ipso facto*, a descaracterização do teletrabalho e o enquadramento do trabalhador no regime geral de duração do trabalho.

Em seguida, demonstrou-se as principais hipóteses de alteração contratual no regime em referência, bem como seus requisitos de validade e a necessidade ou não de anuência do empregado, a depender da modalidade de alteração.

No tocante à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, concluiu-se que tudo isso deverá estar previsto em contrato, bem como, indispensavelmente, o modo como todas essas

despesas serão reembolsadas ao empregado, caso se trate de despesas extraordinárias por este custeadas.

Sobre a duração do trabalho e o enquadramento do teletrabalhador no inciso III do art. 62, concluiu-se que em que pese a disposição legal, se houver efetivo controle de horário do teletrabalhador exsurgir a possibilidade de enquadramento no capítulo da duração do trabalho, como as consequências daí advindas.

Por fim, quanto ao meio ambiente do trabalho do teletrabalhador, o empregador deverá entrar em entendimento com o empregado, pois a fiscalização do meio ambiente laboral é obrigatória. Logo, apesar do termo de responsabilidade, o empregador tem o dever de fiscalizar, respeitada a inviolabilidade de domicílio, a ergonomia do trabalho e o meio ambiente laboral como um todo, sob pena de incorrer em dolo ou culpa.

Conclui-se, assim, como Américo Plá Rodrigues, em seu *Princípios de Direito do Trabalho*, e deseja-se que o estudo realizado seja não como um fruto, mas como uma semente, cujo mérito principal é sua fecundidade, para o despertar de novos debates.

Referências

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Teletrabalho carece de legislação para garantir o direito à desconexão. **Revista Consultor Jurídico**, 15 de junho de 2016.

MASSONI, Túlio de Oliveira. Aplicação das leis trabalhistas no teletrabalho. **Revista Consultor Jurídico**, 1 de setembro de 2011, 11h36. Acesso em: 16/07/2017.

MELO, Geraldo Magela. **O teletrabalho na nova CLT**. Disponível em: < <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>>.

MIZIARA, Raphael. **Reforma não permite que empresa transfira custos de home office ao trabalhador.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-25/raphael-miziara-reforma-nao-livra-empregador-custos-teletrabalho>> Publicado em: 25 de julho de 2017, 6h32. Acesso em: 25/08/2017.

VALÉRIO, Juliana Herek. **Reforma trabalhista: retrocesso em 20 pontos.** Jota: 26 de Abril de 2017 – 09h34. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/reforma-trabalhista-retrocesso-em-20-pontos-26042017>>

EXTINÇÃO CONTRATUAL E A REFORMA TRABALHISTA – ANÁLISE REFLEXIVA ENTRE O CENÁRIO ANTERIOR E O POSTERIOR AO ADVENTO DA LEI 13.467/17

Regina Célia Pezzuto Rufino¹

Introdução

O advento da Lei nº 13.467/17 que altera substancialmente o cenário das relações laborais, denominada de “Reforma Trabalhista” enseja diversos posicionamentos em relação às novas regras, direitos e paradigmas na relação entre empregadores e trabalhadores.

Com o objetivo de pontuar algumas dessas alterações, sobretudo, na seara da extinção contratual, focamos apresentar as principais regras vigentes anteriormente a Reforma e analisarmos as novas regras, alterações e paradigmas, buscando, num senso crítico-reflexivo discorrer sobre as mudanças em cortejo, examinando as novidades nas modalidades de extinção contratual e na quitação do contrato de trabalho.

A exposição de ideias do presente capítulo, busca retratar de forma clara e profissional quais as mudanças clássicas que interferem positiva ou negativamente as relações entre

1 Advogada, professora de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da Universidade Paulista (UNIP), de pós-graduação na UNIVEL (Cascavel-PR), UNIFIL (Londrina-PR) e UNISUL virtual (Florianópolis-SC), escritora de diversos livros e artigos jurídicos no Brasil e exterior.

esses sujeitos, de forma sintetizada, objetiva e reflexiva sobre os benefícios ou malefícios das novas regras impostas pela Reforma trabalhista.

Modalidades de extinção contratual antes da lei 13.467/2017

Os contratos de trabalho se extinguem em algum momento, oportunizando observar as causas e consequências jurídicas dessa extinção e seus efeitos em um cenário de grave crise econômica e social, com índices de desemprego aguçado.

A classificação da extinção contratual toma por base, qual das partes teve a iniciativa e a relevância culposa ou não da outra parte a fim de definir o tipo e as consequências jurídicas, bem como, os direitos que o empregado fará jus após o término do contrato de trabalho.

Durante décadas, a legislação trabalhista não alterou em demasia as hipóteses que ensejavam a extinção contratual, considerando além das causas naturais de todo e qualquer término das relações jurídicas interpessoais, como o falecimento de uma das partes (no caso do empregador ser pessoa jurídica, sua extinção), as hipóteses previstas na legislação, buscando sempre, manter o contrato de trabalho, em respeito ao princípio da continuidade do contrato de trabalho, que prevê, sobretudo, o contrato por prazo indeterminado como regra a ser observada.

Diante dessa perspectiva, as hipóteses de extinção do contrato laboral se classificavam, notadamente como: pedido de demissão, dispensa sem justa causa, demissão por justa causa, rescisão indireta do contrato de trabalho, término do contrato a termo, causa recíproca entre outras, como ilustrativamente, a morte do empregado, já que esta relação é personalíssima.

O pedido de demissão se configura quando a iniciativa da ruptura contratual é do empregado, sem que o empregador

tenha cometido qualquer falta grave, isentando o empregador de qualquer responsabilidade pela ruptura contratual. Em virtude da extinção ter se efetivado por liberalidade do trabalhador, este deixa de ser credor de diversos direitos, como o soerguimento do FGTS e respectiva multa de 40%.²

A dispensa sem justo motivo ocorre por iniciativa do empregador e sem que o empregado tenha cometido uma falta grave, se antagonizando, com o pedido de demissão. Nessa ruptura, a parte mais forte do contrato, o empregador, é que originou a quebra da continuidade, e portanto, deve pagar ao empregado todas as verbas rescisórias, inclusive, aviso prévio no molde trabalhado ou indenizado, FGTS e a multa dos 40%, sem prejuízo das demais verbas, mormente, daquelas das quais o trabalhador já tiver o direito adquirido como ilustrativamente, eventuais férias vencidas ou adicionais pendentes de pagamento.³

A terceira modalidade de extinção contratual a ser analisada, é a demissão por justa causa, que se configura pela iniciativa do empregado, porém, em razão de uma falta grave cometida pelo empregado.

A relação trabalhista possui em seu cerne a desigualdade entre seus sujeitos, permeada por um empregador autossuficiente, que detém o poder econômico e um trabalhador, hipossuficiente, que oferece apenas sua força de trabalho, por esta razão, é hodierno nos depararmos com abusos daquele que se encontra na condição mais forte da relação.

Com intuito de evitar ou mesmo, atenuar a arbitrariedade e abusos do empregador, o legislador preocupou-se em identificar as hipóteses que configuram como falta grave, dispondo um rol taxativo através das limitadas condutas que se vestiriam

2 Martins, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. Ltr., 2014. p.387-397

3 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Ltr, 2016. p.1251

de um erro tão grave por parte do trabalhador, que não restaria outra alternativa ao empregado, senão a ruptura contratual face a impossibilidade da continuidade da relação laboral de maneira harmoniosa e sem abusos.

Por conta disto, dentre as principais faltas graves expostas na legislação trabalhista, as mais corriqueiras, encontram-se ventiladas no art. 482 do diploma celetista como: ato de improbidade que se relaciona com o caráter ou desonestidade do trabalhador; incontinência de conduta ou mau procedimento, que envolve os atos libidinosos entre esses, o assédio sexual; a negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalhou o empregado, ou forma prejudicial ao serviço, configurando, pela indicação de uma empresa concorrente, ou desvio de clientela, ilustrativamente; condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena, vez que se o trabalhador estiver recolhido na prisão, não terá mais como trabalhar para seu antigo empregador; desídia no desempenho das respectivas funções, caracterizado pelo desleixo do trabalhador; embriaguez habitual ou em serviço, lembrando que é oportuno salientar o entendimento atual da jurisprudência de que se o trabalhador for alcoólatra, deve ser tratado, fazendo-se cumprir, pois, a função social do contrato; violação de segredo da empresa, colocando as atividades empresariais e suas diretrizes em risco; ato de indisciplina ou de insubordinação, notando que a primeira se configura pelo descumprimento de regras gerais da empresa e a segunda se configura pela desobediência de uma ordem pessoal de serviços; abandono de emprego, quando o trabalhador deixar de cumprir sua obrigação principal do contrato de trabalho por trinta dias seguidos; ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em

caso de legítima defesa, própria ou de outrem, que é o caso do trabalhador que calunia, difama ou injuria o empregador ou prepostos; ou agride fisicamente o empregador ou prepostos, desde que não tenha sido provocado em legítima defesa; e por fim, prática constante de jogos de azar, haja vista que às vezes a imagem do empregado se confunde com a do empregado, contudo, nessa hipótese também se aplica recomendação de não extinguir o contrato no caso do trabalhador ser viciado, e sim, tentar propiciar um tratamento, cumprindo-se assim, a função social do contrato de trabalho.⁴

Importante destacar, as infrações praticadas pelo trabalhador, configuradas como assédio sexual ou assédio moral, os quais, muito embora de maneira geral, se concretizem, prevalentemente por iniciativa patronal, não há como negar-se, que também ocorrem, em grau significativo, por iniciativa de outros empregados, usualmente, que ocupam cargos superiores.⁵

A ausência de previsão específicas para esses ilícitos, atrai a incidência do tipo jurídico genérico, configurando o assédio sexual como incontinência de conduta, segundo entendimentos, entre eles, a interpretação de Delgado, que para configurar o assédio, a conduta tem que ser reiterada. Já no caso do assédio moral, o infrator comete o ilícito, ensejando, sobretudo, a rescisão indireta do empregado, vítima dessa conduta, abrindo a possibilidade do empregador ser responsabilizado nos casos de omissão, vez que lhe compete a atribuição de criar e manter ambiente hígido de trabalho em sua empresa.⁶

No caso da demissão por justo motivo, o empregado somente fará jus ao saldo de salário, deixando de receber as demais verbas, pagas na rescisão, sem prejuízo, evidentemente,

4 MARTINS, op.cit. p.387-397.

5 DELGADO, op. cit. p.1308.

6 Idem, p.1308.

dos direitos adquiridos durante o pacto laboral como férias vencidas, adicionais não quitados até o momento da rescisão e outros.⁷

O avesso à demissão por justo motivo é a rescisão indireta, que é a extinção por iniciativa do empregado, em razão da falta grave cometida pelo empregador, não se confundindo com o pedido de demissão, através do qual o empregado busca a ruptura contratual por mera liberalidade.

Ao notar que a relação laboral mantém o trabalhador em uma condição vulnerável, no caso do empregador ter cometido um abuso que se caracterize com “falta grave”, tornando impossível a continuidade desta relação por parte do empregado, faculta-se ao trabalhador o direito da ruptura contratual, contudo, mantendo-se todos os direitos trabalhistas oriundos de uma rescisão contratual, a que não deu motivos.

Igualmente ao rol que enseja a extinção por justa causa, o rol de faltas graves cometidas pelo empregador é taxativo, no intuito de evitar que o trabalhador tente romper o pacto trabalhista por mera liberalidade e busque uma desconfiguração imputando falta grave ao empregador, o que desvirtuaria a finalidade do instituto.

Dessa forma, o trabalhador poderá tão somente rescindir indiretamente e receber todos consectários rescisórios, se o empregador ou seus prepostos cometerem determinadas condutas expressas como: exigir serviços superiores às forças do empregado, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato, que se ilustra com esforços físicos demasiados ou trabalhos não honrosos ou com atribuições distintas ao pactuado; quando empregado for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo, como pressão exacerbada, excesso demasiado de jornada, e o assédio

7 Martins, op. cit. p.395

moral; se o trabalhador correr perigo manifesto de mal considerável, como no caso de trabalho que coloque a saúde ou vida do trabalhador em risco; não cumprir o empregador as obrigações do contrato, salienta-se que na hipótese em apreço, não é o descumprimento de qualquer obrigação contratual, tem que ser algo grave, como ficar 03 meses sem pagar salário; quando praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama, ilustrativamente, quando outro empregado ou o empregador caluniam ou difamam o empregado ou alguém de sua família, tornando insustentável a manutenção do contrato; ou o empregador ou seus prepostos ofenderem o trabalhador fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem, como no caso da agressão física no ambiente de trabalho; outrossim, quando o empregador reduzir seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários, que se efetiva, exemplificativamente quando o empregador reduz propositadamente a possibilidade do trabalhador manter sua produtividade, afetando de forma aguçada a média salarial recebida anteriormente.⁸

Na maioria das hipóteses citadas, o pedido de rescisão indireta deverá ser imediato para não configurar o perdão tácito, devendo o trabalhador notificar o empregador sobre a rescisão ou ajuizar uma ação requerendo o reconhecimento da rescisão indireta imediatamente, cuja interpretação dominante tem sido no prazo razoável de 30 dias da falta grave, porém, na última hipótese de falta grave ou mesmo no caso de descumprimento contratual, considerando a sucessividade da conduta para configurar falta grave, resta desnecessária a imediatidade.⁹

8 MARTINS, Op.cit. p. 401- 406

9 Idem, p. 406

Outra modalidade que se mantém, mesmo após a reforma trabalhista, é o término do contrato a termo, que é aquele que extingue o contrato por alcançar o termo final do contrato ou a data apazada, como ilustrativamente, o contrato de experiência. No caso vertente, os sujeitos da relação laboral conhecem previamente à época da ruptura contratual, razão pela qual, dispensa o aviso prévio, entretanto, se mantém o direito do trabalhador ao saldo de salário, férias acrescidas do terço constitucional e 13º salário proporcional, além do levantamento do FGTS sem a multa respectiva.

Delgado¹⁰ amplia a classificação desta modalidade, diferenciando a Extinção Normal, sendo aquela que se finda por meio do advento de seu termo final prefixado e a Extinção Anormal, é aquela que se verifica quando da ruptura antecipada do pacto. Nesta última, quando oriunda do empregador, além das verbas citadas, o trabalhador terá direito a indenização prevista no art. 479 da CLT que corresponde a metade dos salários devidos pelo período restante do contrato, além da multa dos 40% do FGTS.

Importante observar que nos casos em que houver previsão contratual de que eventual rescisão antecipada se fará nos moldes do contrato por prazo indeterminado, poderá haver a inserção do aviso prévio nas verbas devidas ao trabalhador, sobretudo, se a rescisão antecipada for de iniciativa do empregador sem qualquer falta grave cometida pelo empregado.

Alterações introduzidas pela lei n. 13.467/17

A Lei 13467/17 que consolidou a Reforma Trabalhista na legislação brasileira, alterou diversos pontos envolvendo a

10 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. Ltr, 2016. p.1221.

rescisão do contrato de trabalho, mas uma relevância significativa foi a possibilidade de rescisão contratual por acordo entre as partes, o que era proibido anteriormente por considerar que a hipossuficiência do empregado poderia ensejar abusos do empregador em detrimento dos direitos daquele.

Com a Reforma, passou a ser possível que as partes rescindam o contrato laboral em comum acordo, sem que para tanto, haja a simulação de falsa dispensa injusta para negociação na via judicial, as chamadas e repugnadas “casadinhas”, atualmente, os sujeitos decidem mutuamente findar o contrato e nesse cerne, o trabalhador fará jus a metade do aviso prévio e da multa do FGTS, além da integralidade das demais verbas rescisórias e levantamento de 80% do FGTS.¹¹

A grande discussão, foca a possibilidade de movimentação do Fundo de Garantia do trabalhador, no montante de 80% do valor dos depósitos, não se justificando, pois, deixar 20% desses valores na conta sem utilidade imediata.

Introduções ensejaram alterações, outrossim, nas modalidades da extinção por justo motivo e na dispensa sem justa causa. Na primeira, acrescentou-se a hipótese de demissão do trabalhador por justo motivo, no caso da perda de algum requisito essencial para o exercício de sua profissão em razão de conduta dolosa, como ilustrativamente, o caso de um motorista profissional perder sua habilitação de dirigir, deixando de ter motivos para o empregador continuar a ser onerado por um empregado que não pode mais prestar a contraprestação do contrato que é o trabalho, considerando que o contrato de trabalho é sinalagmático.

Do mesmo modo, possibilitou a demissão por justo motivo no caso de condutas consideradas faltas de menor gravidade,

11 SCALERCIO, Marcos; MINTO e outro. **CLT Comparada conforme a Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017.

após sanções disciplinares gradativas, demonstrando que o trabalhador tinha ciência que seu comportamento não estava correto, prejudicava a empresa e possivelmente seus companheiros de trabalho, e mesmo com toda essa ciência, manteve o comportamento faltoso, recebendo apenas o saldo de salário.

A Reforma advinda da lei, equiparou também, as dispensas individuais, plúrimas ou coletivas, dispensando a prévia autorização do sindicato ou a previsão em negociação coletiva, reduzindo gradualmente a participação e intervenção das entidades sindicais nas relações de trabalho, na busca de priorizar a autonomia das partes. Sem dúvidas, esta novidade deve ser analisada com parcimônia, sem olvidar-se, contudo, de que o trabalhador, continua sendo a parte hipossuficiente da relação, estando, pois, em uma condição maior de vulnerabilidade.¹²

Uma inovação que se encontra no cerne da discussão é a regra que imprime à quitação da rescisão mediante Plano de Desligamento Incentivado (PDI) ou Plano de Demissão Voluntária (PDV) o efeito liberatório total, nos moldes do art. 477-B, vez que a partir da introdução deste dispositivo, os trabalhadores que se submeterem a essa forma de rescisão, após o recebimento dos direitos, e assinado o termo de quitação, não poderão ir a juízo questionar a extinta relação de trabalho¹³, o que era polêmica e com críticas razoáveis, vez que esse preceito restringe o acesso ao judiciário, que é um direito humano e fundamental garantido pela Constituição e normas internacionais de Direitos Humanos.

Entretanto, a maior novidade trazida pela Reforma estaciona-se nos critérios para homologação da rescisão e requisitos para o recibo de quitação, tornando a rescisão menos

12 Idem.

13 LIMA, Francisco Meton Marques et al. **Reforma Trabalhista** – Entenda Ponto a Ponto. LTr., p.78.

burocrática, afastando a necessidade de assistência sindical nos contratos vigentes há mais de um ano, contudo, expondo o trabalhador em risco pela afastabilidade do protecionismo outrora prestigiado na seara trabalhista.

O acréscimo do art. 507-B e parágrafo único ao diploma celetista facultou a empregados e empregadores, firmar o termo de quitação anual das obrigações trabalhistas com a assistência sindical, a qual pode ser firmada, inclusive durante a vigência do contrato e proferindo eficácia liberatória das parcelas especificadas no citado documento.¹⁴

A ideia da quitação gradativa efetivada anualmente, mesmo na vigência do contrato de trabalho é atenuar o volumoso número de ações ajuizadas no âmbito trabalhista, restringindo-se àqueles direitos ou parcelas inadimplidos.

Sem dúvida, impera-se a cautela e parcimônia na análise desse dispositivo, pois não se deve olvidar que o trabalhador se mantém como a parte mais fraca dessa relação jurídica, sendo forçado, por vezes, a assinar a quitação de verbas ou parcelas que não correspondem a realidade.

A contradição permeará essa situação, vez que o legislador vinculou a validade e eficácia liberatória da citada quitação à assistência sindical, estabelecendo um paradoxo de condutas no cotejo da desnecessidade de assistência sindical nas rescisões contratuais com vigência superiores a um ano, e , em seguida, condicionando a eficácia da quitação à assistência, antes liberada.

Portanto, a quitação sob a ótica ventilada pode gerar controvérsias e dificuldades para o trabalhador, o qual, em sua condição desfavorável pelo receio do desemprego, ficará sob a pressão do empregador em dar quitação anualmente das verbas, mesmo quando não estiverem corretamente quitadas,

14 SCARLECIO, op.cit.,p.80.

sob o manto da previsão legal de “faculdade” do empregado e empregador e por outro lado, pode ter a recusa do sindicato em prestar assistência em razão da ausência de recolhimento da contribuição sindical, tendo em vista a desobrigação desta implantada pela Reforma da lei.

Insta salientar , que a desobrigação da assistência sindical estendeu-se para as demais modalidades de extinção contratual, mormente, o pedido de demissão.

Outra mudança significativa é a obrigatoriedade do empregador em anotar na CTPS do trabalhador a rescisão do contrato, além de comunicar a dispensa aos órgãos competentes, afastando a necessidade de outros documentos para liberação do Fundo de Garantia e do Seguro-desemprego, desburocratizando a rescisão contratual.

A alteração do art. 477 da CLT inovou, ao unificar o prazo de entrega da documentação e do pagamento das verbas rescisórias, agilizando o levantamento do Fundo de Garantia por parte do trabalhador, que muitas vezes, se deparava com diversos obstáculos criados pelo empregador para recebimento do FGTS e conseqüentemente do Seguro-desemprego.

Assim, observa-se que as alterações introduzidas pela Lei n. 13.467/2017 facilitaram em alguns pontos o recebimento dos direitos do trabalhador, mas em diversos outros, o deixou ainda mais vulnerável, refém dos mandamentos do empregador, além de ser obscuro em diversos pontos, os quais ficarão a cargo do julgador a interpretação mais razoável à luz das premissas e princípios do direito do trabalho.

Comparação entre as regras antigas e as atuais na rescisão do contrato de trabalho

Após análise das hipóteses de extinção contratual, verificamos que as modalidades de rescisão foram ampliadas, tanto

no que se refere a hipótese de justa causa, agregando um tipo de “falta grave”, a fim de disseminar as dúvidas que pairavam em situações nebulosas, nas quais o trabalhador não cumpria com afinco e comprometimento seu mister, cometendo faltas consideradas de menor gravidade, mas que reiteradas no tempo desgastam a harmonia e o equilíbrio necessários para manutenção da relação laboral, passando a serem reconhecidas como ensejadoras da rescisão contratual por justo motivo do empregador.

No mesmo esteio, passou a permitir objetivamente hipótese antes não admitida, como o consenso entre trabalhador e empregador em rescindir o contrato de trabalho, haja vista o desinteresse de ambos na continuidade do pacto estabelecido, sem contudo, terem que simular uma ação para o empregado reivindicar seus interesses, em conluio com empregador, a fim de realizarem um acordo no processo com força de coisa julgada, evitando que aquele postule outros direitos em novas ações.

Com a reforma, o mútuo acordo entre os sujeitos dessa relação, restou admitida, e ao contrário de algumas críticas entendendo que possibilitará a fraude em detrimento do trabalhador, este poderá se recusar ao vertente tipo de rescisão, caso seja pressionado pelo empregador, mas não seja de seu interesse extinguir o contrato, sobretudo, ao considerar que nessa modalidade, deixa de receber a integralidade dos consectários rescisórios, como o aviso prévio, que só fará jus a metade, a multa do FGTS que será de 20% e a possibilidade de soerguimento de tão somente 80% do saldo da conta fundiária.¹⁵

Na verdade, as maiores alterações recaíram na burocracia da rescisão, como a dispensa da assistência sindical para homologação, anteriormente obrigatória, nos contratos com vigência

15 SCARLECIO, op.cit.,p. 82.

há mais de um ano e a observância do prazo para entrega de toda documentação inerente a rescisão, vez que anteriormente o prazo referia-se apenas ao pagamento das rescisórias, dilatando, por vezes em demasia a entrega dos documentos hábeis para levantamento do Fundo de Garantia e Seguro Desemprego, retardando o integral recebimento de todos os direitos do trabalhador

A revogação do § 1º do art. 477 da CLT que condicionava o pedido de demissão ou o recibo de quitação para os contratos com mais de um ano de vigência à homologação do sindicato ou órgão competente, procurou adequar o dispositivo ao atual sistema trabalhista, notadamente após a Constituição Federal, o que, em contrapartida pode esbarrar na Justiça do Trabalho.¹⁶

Uma vantagem ao trabalhador, é que se antes o do § 6º do citado dispositivo distinguia a dispensa com aviso-prévio trabalhador e aviso-prévio indenizado para efeitos de prazo para quitação das rescisórias, a atual redação uniformizou para dez dias para pagamento dos valores da rescisão e comunicação aos órgãos competentes.¹⁷

No entanto, possivelmente a maior novidade trazida com a Reforma, e talvez a mais receosa, foi a faculdade de empregadores e trabalhadores de firmarem um termo de quitação anual das obrigações trabalhistas, a qual possui eficácia liberatória, situação inexistente antes do advento da Lei n. 13.467/17, pois inobstante a finalidade de reduzir o número de demandas judiciais, coloca o trabalhador em um cenário de maior vulnerabilidade, pois mesmo após tantas alterações legislativas, é inconteste que o trabalhador é a parte hipossuficiente da relação, notadamente em um momento de grave crise econômica e alta das taxas de desemprego, deixando a parte que tem para

16 LIMA, op.cit, p. 77.

17 Idem, p. 77.

oferecer tão somente a força de trabalho em desvantagem em relação a parte de detém o poder econômico, podendo ser por vezes, coagido a firmar o termo de quitação, mesmo quando este não corresponder a realidade, o prejudicando, sobretudo, na aquisição de provas numa futura demanda.

Assim, a análise comparativa entre as possibilidades anteriores a Lei n. 13.467/17 e as atuais, retratam um tímido avanço no término da burocracia, porém, deixou o trabalhador em uma situação mais vulnerável, sendo amplamente questionadas.

Considerações finais

A sociedade contemporânea vinha sofrendo com o arcaísmo de diversas normas da seara trabalhista que não mais se encaixavam na evolução realista do cenário envolvendo MERCADO *versus* TRABALHO.

Sem dúvida, adequações nos moldes do contexto atual imperavam-se para tornarem mais efetivas as premissas do direito laboral e satisfatórios, os paradigmas impostos para uma relação tão singular, no entanto, na ânsia de atenuar a ideia do protecionismo, outrora exacerbado, o legislador descobriu o trabalhador de direitos conquistados após décadas de lutas, favorecendo em demasia as empresas que já encontram-se em um patamar superior por serem detentoras do poder econômico.

Dessa forma, muito embora o presente artigo tenha destacado apenas alguns poucos aspectos da denominada Reforma Trabalhista, concentrando-se na seara da extinção contratual, verifica-se insofismavelmente que o trabalhador, segue mais exposto aos desmandos do empregador, tornando-se refém do poder econômico que este possui em detrimento a força de trabalho, encontrada em abundância na sociedade, o que possibilita o descarte daqueles empregados que se rebelarem contra determinadas perdas de proteção.

Neste momento, a sociedade encontra-se em uma fase de adaptação das novas regras, cabendo ao judiciário limitar e interpretar determinadas regras novas, colocadas em debate, no tocante a violação de princípios basilares ou direitos fundamentais, não podendo, todavia, perder o anseio de uma aplicação de normas que atenuem a desigualdade entre os sujeitos da relação trabalhista, sem fraudar direitos amplamente conquistados nem ensejar a má fé de aproveitadores das premissas protetivas.

Assim, espera-se que o tempo demonstre que a aplicação das novas regras, reduzam as demandas judiciais que aumentam a um número estratosférico, sem que em contrapartida, viole direitos conquistados com tanta luta e dedicação, espera-se que, as novas situações impostas pela Reforma Trabalhista, se efetivem no sentido de tornar menos burocrática as relações laborais, mas com ampla garantia e autonomia do trabalhador de que poderá buscar o melhor cenário laboral em consenso com empregador, satisfazendo os anseios de ambas as partes.

Referências

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2014.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista** – Entenda Ponto a Ponto. São Paulo: LTr, 2017.

SCALERCIO, Marcos; MINTO, Tulio Martinez. **CLT Comparada conforme a reforma trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017.

FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA. SISTEMA DE COMPENSAÇÃO 12X36

Renata Do Val¹

Jornada de trabalho e seus primórdios

A história nos mostra que desde os primórdios do direito do trabalho com a revolução industrial a jornada sempre foi matéria muito discutida, e até antes disso podemos verificar a sua existência em leis isoladas, e em passagens bíblicas²:

“No sétimo dia Deus já havia concluído a obra que realizara, e nesse dia descansou.” A Bíblia (GÊNESIS 2:2)

“Trabalhe seis dias, mas descanse no sétimo; tanto na época de arar como na da colheita”. A Bíblia (ÊXODO 34:21)

“Abençoou Deus o sétimo dia e o santificou, porque nele descansou de toda a obra que realizara na criação.” A Bíblia (GÊNESES 2:3).

Inicialmente houve a necessidade de limitação de horas para o trabalho, principalmente para mulheres e crianças em

1 Advogada. Professora. Autora de Obras Jurídicas. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Especialista em Direito Público. Membro efetivo da Comissão de Direito Material do Trabalho da OABSP 2016/2018. Membro efetivo da Comissão de Direito Especial à Adoção da OABSP 2016/2018. E-mail: renata_doval@yahoo.com.br

2 Disponível em: <<https://www.bibliaon.com>>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

fábricas, passando a haver a intervenção Estatal nesta matéria para trazer limitadores de jornadas antes inexistentes.

Isso porque ante as extensas jornadas os trabalhadores em geral sofriam com as péssimas condições de trabalho, e no tocante a falta de jornada inclusive causando prejuízos a sua saúde.

Assim, na Inglaterra houve a promulgação do Moral and Health Act do primeiro ministro, Robert Peel, em 1802, que fixava duração máxima da jornada de trabalho infantil em 12 horas, e proibia entre outros o trabalho noturno. Após muitas outras normas foram editadas.

Papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum*³, de 1891, também tratou da limitação da jornada de trabalho:

Não deve, portanto, o trabalho prolongar-se por mais tempo do que as forças permitem. Assim, o número de horas de trabalho diário não deve exceder a força dos trabalhadores, e a quantidade de repouso deve ser proporcionada à qualidade do trabalho, às circunstâncias do tempo e do lugar, à compleição e saúde dos operários.

Na América também houve manifestações e movimentos no sentido da necessidade de limitadores de jornada, como exemplo, a Constituição do México de 1917, sendo a primeira a prever a limitação da jornada de trabalho para oito horas. Constituição esta que após veio a inspirar a Constituição de diversos outros países europeus.

3 Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

Com a 1ª Guerra Mundial foi criada a ONU e a OIT o que impulsionou o direito do trabalho e normas sobre limitadores de jornadas pelo mundo.

No Brasil não foi diferente, após o período escravocrata, e com o abuso nas relações de trabalho, por pressão popular surgiram às primeiras normas de limitadores de jornadas, temos como exemplo, uma das primeiras normas que versou sobre a limitação de jornada para o labor dos menores, de 12 a 18 anos decreto nº 1.313, de 1891.

Contudo, foi na década de 30 que o direito do trabalho, principalmente na matéria de jornada de trabalho no país ganhou maior proteção. Tivemos o decreto 21.186 de 22/03/1932 que trazia o limitador de jornada no comércio como sendo de 8 horas diárias.

Posteriormente na Constituição de 1934 versou sobre o limitador de jornada garantindo o *“trabalho diário não excedente de oito horas, reduzíveis, mas só prorrogáveis nos casos previstos em lei”* 4. (Art. 121, §1º, c)

Na Constituição 1937 tivemos: *“dia de trabalho de oito horas, que poderá ser reduzido, e somente suscetível de aumento nos casos previstos em lei”* 5. (Art. 137, i)

A CLT em sua redação inicial de 1/05/1943 trouxe a regra do limitador de 8 horas diárias do decreto 2308/1904.

A Constituição de 1946 trouxe a seguinte previsão: *“duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei”* 6 (art. 157, V).

4 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

5 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

6 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

A Constituição de 1967 com a seguinte previsão: “*duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos*”⁷ (art. 158, VII). Já a EC n. 1, de 1969 manteve a mesma redação no artigo 165, VI.

Em 1988 a Constituição Federal⁸ passou a prever:

Art. 7º XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943)

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

Logo, no Brasil temos a regulamentação da jornada mínima de trabalho de 8 horas diárias e 44 semanais, mas com a flexibilização da compensação ou redução da jornada por acordo ou convenção coletiva.

Dessa forma, vimos que no mundo a jornada de trabalho necessitou ser regulamentada pelo Estado ante a falta de respeito dos empregadores no mundo, que em busca de resultados e lucros acabavam por utilizar da mão de obra de seus empregados por longas jornadas, necessitando, portanto a intervenção estatal para trazer limites mínimos de jornada.

7 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

8 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

Flexibilização da jornada de trabalho e o sistema 12x36

Contudo, na era da Globalização as grandes indústrias e o mercado econômico como um todo passou a buscar maiores lucros, inclusive ante crises econômicas financeiras, que surgiram por diversos fatores, iniciando-se no direito do trabalho o fenômeno da flexibilização das normas.

No Brasil tivemos, entre outras, como normas que flexibilizaram as leis trabalhistas, como por exemplo, a Lei 4.923/65 que autorizava a redução da jornada de trabalho ou de dias trabalhados com a respectiva redução salarial.

Nossa própria Constituição Federal de 1988 trouxe o instituto da flexibilização das leis do trabalho, em seus incisos VI, XIII e XIV do artigo 7.

Quanto ao regime 12x36, segundo a doutrinadora Ana Maria Vasconcellos *“o regime de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso foi introduzido no sistema hospitalar pelo menos a partir de 1987, na categoria de vigilantes esteve presente desde 1996”*⁹. Assim, o empregado laboraria 12 horas e descansaria 36 horas em sistema de escala.

Inicialmente para tal regime de trabalho não havia regulamentação legal, em 2009 com a Lei 11.901/2009 que versa sobre a regulamentação da profissão de Bombeiro Civil, passamos a ter no país lei que trata da aplicação do sistema 12x36, contudo, apenas para esta categoria.

Na prática muitas outras profissões passaram a estar afetas ao sistema de compensação 12x36 que passaram a fazer parte de inúmeras convenções coletivas de trabalho pelo país, principalmente na área da saúde e da segurança.

9 VASCONCELLOS, Ana Maria. **Reflexões acerca do regime de 12X36**. São Paulo: LTR, 2004. p.699.

A fundamentação daqueles que defendiam na época a escala de trabalho na modalidade 12x36 se dava no inciso XIII artigo 7º da CF, bem como no argumento de que seria mais favorável ao empregado tal regime. Nesse sentido podemos citar o doutrinador Sérgio Pinto Martins: “É válido acordo coletivo ou convenção coletiva para estabelecer na empresa o regime de compensação de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, que é muito utilizado na área hospitalar, sendo até preferência dos próprios funcionários.”¹⁰

Contudo, nos moldes do artigo 59, §2º da CLT temos o limitador da jornada diária de 10 horas, e havia corrente contrária a validade do sistema 12x36 por tal razão, bem como por sustentar que a mesma trazia a precarização das relações de trabalho ante a extensa jornada diária. Nesse sentido podemos citar a doutrinadora Cláudia José Abud: “(...) o regime especial de jornada de trabalho 12x36 é ilegal, pois viola o §2º do art. 59 da CLT, assim como transgride os princípios e dispositivos constitucionais que garantem o direito à saúde e à dignidade do trabalhador.”¹¹

De toda forma, a corrente que se tornou majoritária foi pelo cabimento do sistema 12x36, sendo que em 2012 foi publicada a Súmula 444 do TST¹².

Súmula nº 444 do TST. 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

10 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2012. p.545.

11 ABUD, Cláudia José. **Jornada de Trabalho e compensação de horários**. São Paulo: Atlas, 2008. p.135.

12 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

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.

Em 24 de agosto de 2012 foi distribuída a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.842/DF ante a previsão do artigo 5º da Lei dos Bombeiros Civis n. 5º Lei 11.901/2009 que prevê o sistema de compensação de jornada 12x36.

Em setembro de 2016, houve o julgamento da ADI no sentido de que há a constitucionalidade do sistema de compensação de jornada 12x36, em suma, com o fundamento de que é norma mais favorável ao trabalhador e que não lhe causa prejuízo na esfera de sua saúde.

Nesse sentido:

EMENTA: DIREITO DO TRABALHO. JORNADA DO BOMBEIRO CIVIL. JORNADA DE 12 (DOZE) HORAS DE TRABALHO POR 36 (TRINTA E SEIS HORAS) DE DESCANSO. DIREITO À SAÚDE (ART. 196 DA CRFB). DIREITO À JORNADA DE TRABALHO (ART. 7º, XIII, DA CRFB). DIREITO À PROTEÇÃO CONTRA RISCO À SAÚDE DO TRABALHADOR (ART. 7º, XXII, DA CRFB). 1. A jornada de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso não afronta o art. 7º, XIII, da Constituição da República, pois encontra-se respaldada na faculdade, conferida pela norma constitucional, de compensação de horários. 2. A proteção à saúde do trabalhador (art. 196 da CRFB) e à redução

dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII, da CRFB) não são “ips facto” desrespeitadas pela jornada de trabalho dos bombeiros civis, tendo em vista que para cada 12 (doze) horas trabalhadas há 36 (trinta e seis) horas de descanso e também prevalece o limite de 36 (trinta e seis) horas de jornada semanal. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.¹³

Nesse sistema de flexibilização das normas trabalhistas como preferem alguns ou de desregulamentação trabalhista como preferem outros no final de 2017 em tempo exíguo sem grandes discussões com as entidades de classe e a sociedade como determina a Convenção 144 da OIT, vimos a “Reforma Trabalhista” ser aprovada em 6 meses, nascendo a lei 13.467/17.

Sobre a forma de aprovação da referida lei, sua constitucionalidade e convencionalidade tive a oportunidade de escrever na obra “Reforma Trabalhista Comentada Artigo por Artigo de acordo com princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais”.

O fato é que tal legislação passou a incluir na CLT artigo específico disciplinando o sistema de compensação de horas na modalidade 12x36 por meio do artigo 59-A¹⁴, com vigência a partir de 11/11/2017, e que inicialmente teve a seguinte redação:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas

13 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

14 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

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

Contudo, em 14/12/2017 com pouco tempo de vigência na nova lei a mesma foi alterada pela Medida Provisória 808/2017¹⁵, passando a ter a seguinte redação:

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

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

15 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

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

Notamos que inicialmente o regramento do sistema 12x36 possibilitava a sua implementação em qualquer atividade seja por acordo coletivo, convenção coletiva ou até mesmo por acordo individual escrito entre as partes.

Com a alteração pela MP 808 de forma geral o sistema de compensação 12x36 apenas poderá ser instituído por meio de acordo coletivo ou convenção coletiva, podendo ser instituído por acordo individual apenas para trabalhadores da área da saúde.

Essa foi a primeira grande crítica da maioria da doutrina à redação legal, tendo em vista que nos moldes do “inciso XIII do artigo 7º da CF temos que apenas é possível sistema de compensação de jornada por meio de ACT ou CCT”¹⁶.

Logo, atualmente poderemos encontrar funcionários da área da saúde em regime de compensação 12x36 instituído por acordo individual, e esta situação poderá ser declarada inconstitucional, ante a redação literal do inciso XII do artigo 7º da CF, o que gera insegurança jurídica.

Outra modificação legal ao que tínhamos como aplicação legal e jurisprudencial anterior a “reforma trabalhista” vem a ser

16 CAVALCANTE, Rodrigo Arantes; VAL. Renata Do. Reforma **Trabalhista comentada artigo por artigo, de acordo com Princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais**. São Paulo: LTr, 2017.

a nova possibilidade de indenização do intervalo para repouso e alimentação.

Antes da lei 13.467/17 era comum e majoritário o entendimento de que o intervalo para repouso e alimentação não poderia ser indenizado ou suprimido sequer por norma coletiva, e que na hipótese de sua não concessão ou concessão parcial seria aplicado, via de regra, o teor da Súmula 437 do TST¹⁷, garantido o pagamento total do período correspondente com acréscimo de 50%.

Súmula nº 437. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a *não-concessão* ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

17 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

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

Assim, nos termos do caput do artigo 59-A temos previsão que no sistema 12x36 é possível a supressão total do intervalo com a sua indenização. Este é outro ponto por muitos criticados no novo texto legal, já que é contrário de fato a saúde e segurança do trabalhador, que poderá ter de trabalhar por 12 horas seguidas sem pausa para refeição.

Nesse sentido:

Não só de ordem prática podemos observar a violação à dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, III da CF. Devemos lembrar que embora a nova lei diga que jornada não se trata de norma de higiene e segurança do trabalho, tal fato é inverídico, já que de fato repercute diretamente nessas questões, e por tal motivo afronta ao inciso XXII do art. 7º da CF, bem como é contrária à Convenção n. 155 da OIT.¹⁸

18 CAVALCANTE, Rodrigo Arantes; VAL. Renata Do. **Reforma Trabalhista comentada artigo por artigo, de acordo com Princípios, Constituição Federal**

Mesmo que assim não o fosse, tal previsão legal também pode ensejar em termos práticos ao longo de sua aplicação em anos eventuais indenizações por dano existencial. Logo para o empregador consciente e que pretende evitar o passivo trabalhista, a nova legislação novamente, penso que deixou a desejar.

Outras novidades foram introduzidas pela lei 13.467/17 de forma contrária ao que era aplicado pelos tribunais trabalhistas de forma majoritária quando falamos no sistema 12x36.

No §1º temos a previsão de que a remuneração mensal deste trabalhador já engloba o descanso semanal remunerado, os feriados trabalhados, e as prorrogações do trabalho noturno se existentes.

Anteriormente ao texto legal atual existiam inúmeros processos judiciais que versavam sobre a questão da prorrogação do labor noturno e falta de pagamento dos feriados laborados, e havia muitas decisões com a condenação em horas extras destes institutos, inclusive no TST¹⁹.

Nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA. JORNADA 12X36. NORMA COLETIVA. LABOR EM DOMINGOS E FERIADOS. PAGAMENTO EM DOBRO. Segundo a jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Súmula 444, é assegurada aos empregados submetidos à escala 12x36, prevista em acordo ou convenção coletiva de trabalho, a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. No caso dos autos, o Tribunal de origem julgou em desacordo com a referida Súmula. (...)." (TST – RR 576820105150004 - Data de publicação: 16/10/2015)

e Tratados Internacionais. São Paulo: LTr, 2017.

19 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

RECURSO DE REVISTA. JORNADA 12X36. ADICIONAL NOTURNO. PRORROGAÇÃO DO TRABALHO NOTURNO. Tendo ocorrido prorrogação do horário noturno após o seu cumprimento integral, nos termos do art. 73, § 2º, da CLT, deve o adicional noturno também incidir nas horas trabalhadas após as 5 horas da manhã, nos moldes do art. 73, § 5º, da CLT, pois inegável o aumento do desgaste físico e mental do trabalhador, o qual se acumula ao já advindo da prestação de trabalho das 22h00 às 05h00. Recurso de revista conhecido e provido (TST – RR 7336820125050005 - Data de publicação: 07/02/2014).

No mais, quanto ao adicional noturno a ser devido na jornada 12x36 o TST por meio da OJ 388²⁰ havia fixado o entendimento do mesmo ser devido.

OJ 388. JORNADA 12X36. JORNADA MISTA QUE COMPREENDA A TOTALIDADE DO PERÍODO NOTURNO. ADICIONAL NOTURNO. DEVIDO. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010). O empregado submetido à jornada de 12 horas de trabalho por 36 de descanso, que compreenda a totalidade do período noturno, tem direito ao adicional noturno, relativo às horas trabalhadas após as 5 horas da manhã.

Assim, neste tocante a nova legislação contrariando a jurisprudência majoritária do país instituiu figura menos custosa ao empregador que instituir a compensação de jornada 12x36, mas também reduziu o patamar de direitos anteriormente garantidos

20 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

por nossos tribunais, também sendo contrária aos incisos XVI e XXII da CF e Convenção n. 155 da OIT.

No mais, a nossa Constituição prevê expressamente sem qualquer ressalva ou exceção, no inciso IX artigo 7º a “remuneração do trabalho noturno superior à do diurno”.

Dessa forma, novamente é possível se verificar que a nova redação legal apenas trouxe insegurança jurídica para aquele que a cumprir nos moldes da sua redação, isso porque seu texto afronta literalmente o texto da CF.

Em outro artigo da reforma trabalhista também observamos disposição diferenciada para o sistema de compensação 12x36, no artigo 60²¹ tivemos a inclusão do parágrafo único com a seguinte redação:

Art. 60 – Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo “Da Segurança e da Medicina do Trabalho”, ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

Parágrafo único. Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.

21 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>.

Como notamos a reforma trabalhista buscou retirar a burocratização para a instituição do sistema 12x36 inclusive para possibilitar a sua implementação em ambiente insalubre sem que haja licença prévia do Ministério do Trabalho e Emprego.

Antes desta redação a matéria também comportava, diversas vezes, entendimento diverso por nossos tribunais. Vislumbrávamos julgados com o entendimento de que sempre deveria haver a autorização da autoridade competente, e outros com o entendimento de que havendo a previsão em norma coletiva não seria necessária autorização.

Nesse sentido julgado do TST²²:

RECURSO DE REVISTA. JORNADA DE TRABALHO 12X36. ATIVIDADE INSALUBRE. ARTIGO 60 DA CLT. Está em discussão a validade da norma coletiva que autorizou o trabalho no regime 12x36 para os empregados sujeitos a condições de trabalho insalubre, sem licença prévia do órgão competente. Nos termos do art. 60 da CLT, nas atividades consideradas insalubres, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho. No caso, o Regional, ao considerar inválida a norma coletiva que autorizou o regime de trabalho 12x36, em atividade insalubre, ante a ausência de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, decidiu em consonância com a jurisprudência desta Corte. Precedentes. Recurso de revista não conhecido (TST – 7ª turma - PROCESSO Nº TST-RR-66-66.2013.5.04.0008).

22 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

Portanto, como visto antes da nova lei por ausência da licença prévia era possível encontrarmos a descaracterização do sistema de compensação 12x36, e a consequente condenação em horas extras.

Também não podemos nos esquecer da redação da Portaria n. 702 de 2015 do MTE²³ que regula a licença do artigo 60:

Art. 4º O deferimento do pedido está condicionado ao atendimento dos seguintes requisitos:

- a) inexistência de infrações às Normas Regulamentadoras que possam comprometer a saúde ou a integridade física dos trabalhadores;
- b) adoção de sistema de pausas durante o trabalho, quando previstas em Norma Regulamentadora, e as condições em que são concedidas;
- c) rigoroso cumprimento dos intervalos previstos na legislação; e
- d) anuência da representação de trabalhadores, por meio de Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho.

Verificamos que nos moldes da letra “b” do artigo 4º um dos requisitos para que o Ministério do Trabalho e Emprego concedesse a licença ao empregador de exercer atividade em sistema de compensação ou horas extra em local insalubre vem a ser o respeito ao intervalo legal.

Com o novo texto legal, tal situação via de regra, não mais ocorrerá posto que ficou autorizada expressamente sua instituição sem qualquer licença prévia, até mesmo porque se

23 Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-mte-702-2015.htm>>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

fossemos admitir que seria necessária a licença prévia o empregador não poderia aniquilar o intervalo de refeição e descanso.

Considerações finais

Com a reforma trabalhista o instituto do sistema de compensação de jornada na modalidade 12x36 passou a ser regulamentado para todas as profissões. Contudo, termos de guardar o resultado prático de tal criação, já que a redação legal muitas vezes conflita com dispositivos superiores.

Assim, pode-se concluir que a regulamentação do sistema de compensação de jornada 12x36 por meio da lei 13.467/17 e da MP 808/17 comporta diversos entendimentos ante o nosso texto constitucional, bem como com as normas internacionais as quais o Brasil é signatário, de modo que a mesma de fato não trouxe a segurança jurídica e a proteção tão almejada pelos empregadores e empregados brasileiros.

Referências

ABUD, Cláudia José. **Jornada de trabalho e compensação de horários**. São Paulo: Atlas, 2008.

BÍBLIA SAGRADA. Disponível em: <<https://www.bibliaon.com>>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

CAVALCANTE, Rodrigo Arantes; VAL. Renata Do. **Reforma Trabalhista comentada artigo por artigo, de acordo com Princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais**. São Paulo: LTr, 2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1934. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>

ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

ENCÍCLICA RERUM NOVARUM. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

JURISPRUDÊNCIA DO STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

JURISPRUDÊNCIA DO TST. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

MARTINS. Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2012.

MEDIDA PROVISÓRIA N. 808. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

PORTARIA 702 DO MTE. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-mte-702-2015.htm>>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

REFORMA TRABALHISTA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

SÚMULAS DO TST. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

VASCONCELLOS, Ana Maria. **Reflexões acerca do regime de 12X36**. São Paulo: LTR, 2004.

GRATUIDADE JUDICIÁRIA E LITIGIOSIDADE RESPONSÁVEL¹

Ricardo Peake Braga²

I acesso à justiça, gratuidade judiciária e a litigiosidade responsável

O acesso à Justiça é uma garantia constitucional. Conforme lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth³, a garantia de acesso à Justiça não se limita à retirada de entraves financeiros (custos), mas também o acesso aos conhecimentos técnicos adequados (assistência jurídica), celeridade na prestação jurisdicional (prestação jurisdicional em tempo útil) etc.

Por outro lado, a gratuidade judiciária, assim como a gratuidade de qualquer outro serviço público, não faz desaparecer

-
- 1 O presente artigo foi concebido e desenvolvido a partir de Parecer de autoria de BRAGA, RICARDO PEAKE; CESARINI, JULIANA RAMALHO LOUSAS; WEINSCHENKER, MARINA SANTORO FRANCO, CARDOSO, GABRIELA GIACOMIN, elaborado por solicitação do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), e apresentado ao STF pelo IASP como “amicus curiae”, na Adin 5766, e que pode ser acessado em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5250582>
 - 2 Advogado graduado pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP). Presidente da Comissão de Estudos de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Diretor de Relações Institucionais do Instituto dos Advogados d São Paulo (IASP).
 - 3 CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988. 168p.

o custo de sua execução, mas apenas transfere o ônus de seu pagamento das partes envolvidas para a sociedade como um todo. Conforme lembra Augusto Tavares Rosa Marcacini⁴, uma Justiça inteiramente gratuita aos litigantes só seria possível se o Estado (isto é, os contribuintes) suportasse todas as despesas com a manutenção do Poder Judiciário, utilizando-se dos impostos gerais que arrecada. Nesta hipótese, toda a sociedade pagaria pelo uso, por alguns, de um serviço público caro e complexo.

O tema é bem abordado por Cândido Rangel Dinamarco:

O processo custa dinheiro. Não passaria de ingênua utopia a aspiração a um sistema processual inteiramente solidário e coexistencial, realizado de modo altruísta por membros da comunidade e sem custos para quem quer fosse. A realidade é a de despendere recursos financeiros, quer para o exercício da jurisdição pelo Estado, quer para defesa dos interesses das partes. As pessoas que atuam como juízes, auxiliares, defensores fazem dessas atividades profissão e devem ser remuneradas. Os prédios, instalações, equipamento e material consumível, indispensáveis ao exercício da jurisdição, têm também o seu custo. Seria igualmente discrepante da realidade a instituição de um sistema judiciário inteiramente gratuito para os litigantes, com o Estado exercendo a jurisdição à própria custa, sem repassar sequer parte desse custo aos consumidores do serviço que presta. Em tempos passados já se pensou nessa total gratuidade,

4 MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **A cobrança de custas judiciais no Estado de São Paulo sob a perspectiva do Acesso à Justiça**. 2000. Disponível em: <http://augustomarcacini.net/index.php/Processo/CustasAcesso>. Acesso em: 24 out. 2017.

mas prepondera universalmente a onerosidade do processo para as partes, porque a gratuidade generalizada seria incentivo à litigância irresponsável, a dano desse serviço público que é a jurisdição. Os casos de gratuidade são excepcionais e específicos, estando tipificados em normas estritas.⁵

Portanto, é perfeitamente razoável e justo que a utilização do Poder Judiciário não seja gratuita, mas sim sujeita ao pagamento, por seus usuários, de taxas e despesas previstas em lei. A única exceção, expressamente prevista na Constituição Federal, são as ações de habeas corpus e habeas data, que serão sempre gratuitas: “LXXVII - são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.”

Porém, existem pessoas que não têm condição econômica para arcar com tais custos, para as quais, sem que lhes seja dada isenção – isto é, sem que a sociedade como um todo assumira tal custo – estaria diminuída a possibilidade de terem acesso à Justiça. Daí a previsão legal de concessão da justiça gratuita para os pobres, assim considerados aqueles que não possam arcar com as custas e despesas judiciais sem prejuízo de seu próprio sustento.

Tal benefício é, portanto, excepcional e deve obedecer aos princípios princípio da isonomia – no sentido de tratarem-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais – e da capacidade contributiva, considerando a capacidade econômica individual da parte, assim explicada por Regina Helena Costa⁶: “A capaci-

5 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. V. II. 2009 p.650-651.

6 COSTA, Regina Helena. **Imunidades tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.94.

dade contributiva relativa ou subjetiva, por seu turno, reporta-se a um sujeito individualmente considerado, expressando aquela aptidão de contribuir **na medida das possibilidades econômicas** de determinada pessoa” (grifo nosso).

Nesse quadro, não há dúvida de que o benefício da gratuidade judiciária evidentemente será temporário, isto é, apenas enquanto perdurar a situação de incapacidade financeira. O Supremo Tribunal Federal (STF) já sublinhou a excepcionalidade e a temporariedade do benefício da Justiça gratuita, à luz do princípio da igualdade e da isonomia:

(...) Por outro lado, se tal benefício visa a promoção da igualdade, entre outros fins, é razoável que a suspensão da exigência tenha algum prazo. Do contrário, mudando a situação econômica do beneficiário, dentro de um prazo razoável, a norma, a pretexto de promover igualdade, estaria, assim, promovendo a desigualdade. (...)

(STF - ED RE 249.003 Rel Min Edson Fachin, Primeira Turma, DJ 09.12.2015).

O regramento adotado no processo civil segue tais premissas, eis que a concessão da gratuidade e da isenção do pagamento de despesas com perícias e honorários advocatícios de sucumbência depende da comprovação da incapacidade econômica da parte que a requerer.

No âmbito trabalhista, até o advento da Lei n. 13.467/2017, vigorava, para os reclamantes, uma gratuidade bastante ampla quanto às custas processuais e honorários periciais, e não havia consequências em caso de pedidos improcedentes e de ausência do reclamante à primeira audiência, salvo em raras situações.

Ora, o grande processualista paulista Candido Rangel Dinamarco⁷ já advertira que a gratuidade generalizada seria um incentivo à litigância irresponsável. E foi exatamente o que aconteceu. Os números coletados pela Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST são assustadores. Apenas em 2016, 4.262.444 novas ações foram iniciadas na Justiça do Trabalho no Brasil⁸. E, em 2015, a Justiça do Trabalho custou R\$ 17.562.413.919,13 (despesa total), com um recolhimento de custas processuais de apenas R\$ 324.078.350.⁹

Note-se que tal fenômeno não é exclusivo da Justiça do Trabalho. Também no âmbito do processo civil e da Justiça comum a explosão da litigiosidade tornou-se uma preocupação dos doutrinadores e dos responsáveis pela administração judiciária, pelos efeitos deletérios que o crescimento descontrolado do número de demandas causa na celeridade e na qualidade da prestação jurisdicional¹⁰, e pelo abuso do processo como meio de locupletamento, em afronta ao dever de lealdade e veracidade processuais.

Helena Najjar Abdo¹¹ ensina que Josserand já sustentava:

Que, historicamente, sempre se entendeu que a liberdade dos sujeitos processuais – em

7 Ob. cit.

8 Relatório Justiça em Números 2017 – Conselho Nacional de Justiça (CNJ), página 36.

9 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Relatório Geral da Justiça do Trabalho: Relatório Analítico 2016. Brasília. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. 2016, p. 37. (<http://www.tst.jus.br/documents/10157/3bd84696-5b95-56dc-1a66-29b804f92d39>). Acesso em 24.10.2017.

10 RAMOS, Edith Maria Barbosa; MILHOMEM, Maria José Carvalho de Souza. **Acesso à justiça:** Quando a morosidade e litigiosidade representam entraves à administração da Justiça. Revista Cidadania e Acesso à Justiça, 2015. <<http://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/356>>.

11 ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo.** São Paulo:Ed. RT, 2007, p.190.

especial a liberdade de demandar em juízo – é suscetível a limitações, que são imposta no intuito de evitar que a utilização dos meios processuais torne-se abusiva.

Segundo a brilhante processualista paulista, “dizer que o poder de ação pode ser objeto de abuso não significa de modo algum negar a garantia fundamental de acesso à justiça”, porque “a liberdade de que gozam os sujeitos processuais é relativa e não absoluta. Assim, a liberdade no exercício do poder de ação está limitada pela vedação ao abuso do processo”¹².

Na mesma linha, o eminente processualista e advogado José Carlos Baptista Puoli¹³ lembra as palavras de João Batista Lopes: “acesso à Justiça deve ser garantido, mas com responsabilidade”.

A chamada Reforma Trabalhista enfrentou essa situação, trazendo mecanismos que incentivam o que se chama aqui de “litigiosidade responsável” – isto é, que o litígio judicial seja um instrumento para a reparação de efetivas injustiças e violações ao Direito, e não um instrumento que se preste a pretensões temerárias, pela ausência de consequências de seu abuso.

Para tanto, a Reforma implantou, como regra, a condenação do vencido em honorários de sucumbência (observando-se inclusive a proporção de ganho e perda sobre o total pleiteado), a condenação do perdedor no objeto da perícia ao pagamento dos honorários periciais e maiores requisitos para a concessão da gratuidade judiciária.

Como já visto, do ponto de vista conceitual, não há qualquer óbice constitucional para a adoção de medidas como essas, que impõem maior responsabilidade às partes litigantes,

12 Ibid. p.191.

13 PUOLI, José Carlos Batista Puoli, **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo:Ed. Juarez de Oliveira, 2002, p.183.

suspendendo-se a exigibilidade de tais pagamento somente quando a parte vencida efetivamente esteja impossibilitada financeiramente de o fazer.

Contudo, para alguns, dentre eles a Procuradora Geral da República (PGR), algumas dessas novas disposições feriram o direito constitucional do acesso à Justiça, o que motivou, inclusive, o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5766, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

Nesta ação, a PGR pleiteia a declaração de inconstitucionalidade material do artigo 1º da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, nos pontos em que altera ou insere disposições nos artigos 790-B, *caput* e § 4º; 791-A, § 4º, e 844, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por suposta violação aos artigos 1º, III e IV; 3º, I e III; 5º, *caput*, XXXV e LXXIV e parágrafo 2º e artigos 7º a 9º da Constituição Federal da República. O relator, Ministro Luis Roberto Barroso, não concedeu a liminar pleiteada, determinando o processamento da demanda, ainda em tramitação na data da elaboração do presente artigo (fevereiro de 2018).

Cumpre, portanto, examinar especificamente cada um dos pontos levantados pela PGR, de forma a se verificar se em algum deles há injusto impedimento ou excessiva dificuldade para a concessão do benefício da gratuidade aos necessitados e, conseqüentemente, a seu acesso à Justiça.

II a condenação no pagamento de custas prevista no artigo 844, § 2, da CLT

CLT: Art. 844.

(...)

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

de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

Impor ao beneficiário da justiça gratuita o pagamento de custas processuais viola o acesso à Justiça dos necessitados, de sorte que a expressão *“ainda que beneficiário da justiça gratuita”*, contida no dispositivo, seria inconstitucional? Uma primeira e apressada leitura levaria a uma resposta positiva, não fosse a ressalva que vem logo a seguir no texto legal.

O dispositivo em comento realmente obriga o reclamante, inclusive o beneficiário da justiça gratuita, a pagar as custas processuais, quando ausente à primeira audiência – causando assim o arquivamento da reclamação trabalhista. Trata-se, portanto, de uma exceção à gratuidade.

Contudo, o próprio preceito excepciona de tal condenação o reclamante que comprovar os motivos de sua ausência. Assim, se, por um lado, o legislador impôs o pagamento de custas ao beneficiário da justiça gratuita, de outro retirou tal imposição se houver comprovação de que a ausência decorreu de *“motivo legalmente justificável”*. Destarte, apesar da aparente severidade da regra, a lei desde logo excluiu de sua aplicação a hipótese de ausência justificada.

Ora, seria excessiva – e inconstitucional – a condenação no pagamento das custas processuais de reclamante que falta injustificadamente à audiência inicial, só pelo fato de ser ele beneficiário da justiça gratuita?

A resposta deve ser não. Tal previsão é absolutamente razoável e justa. Não existem benefícios e direitos sem os correspondentes ônus e deveres, sendo o comportamento ético e responsável no curso do processo o ônus exigido daquele que se vale da gratuidade – isto é, daquele em benefício de quem a sociedade arca com os custos do processo. Neste sentido, inclusive, há robusta jurisprudência nos tribunais trabalhistas:

A gratuidade da justiça está intimamente ligada à lealdade processual. Ausente esta última, não há como conceder à parte a isenção ao pagamento das despesas processuais. O litigante de má-fé deve indenizar o custo do serviço público. Entendimento contrário induz à ilação de que o necessitado estaria dispensado de agir de forma ética (TRT 18ª Região - RO - 0000605-72.2012.5.18.0171- 1ª Turma - RELATORA: DESEMBARGADORA KATHIA MARIA BOMTEMPO DE ALBUQUERQUE. Publicado acórdão em 22.03.2013).

Ao receber a notificação inicial para comparecimento a uma audiência inicial em reclamação trabalhista, a reclamada tem de contratar advogado, designar preposto e testemunhas (que, para comparecer à audiência, afastam-se de seus afazeres regulares na empresa por horas), reunir documentos, preparar defesa etc. Enorme gasto de tempo e dinheiro, portanto. E também a máquina judiciária é movimentada desnecessariamente, onerando os cofres públicos.

Ora, ao ausentar-se à primeira audiência, o Reclamante, se beneficiário da justiça gratuita, não sofria sanção alguma, independentemente de tal ausência ser justificada ou não. E poderia ajuizar nova reclamação, sem qualquer prejuízo, nem mesmo quanto ao prazo prescricional. Salta aos olhos a injustiça dessa situação.

A nova lei simplesmente passou a exigir a comprovação de que a ausência foi justificada, sob pena de perda do benefício. Portanto, não se configura impedimento ou dificuldade intransponível ao acesso à justiça. Se a ausência deu-se por justo motivo, a gratuidade está mantida. Mas, caso contrário, o dispositivo preserva a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho dos demais trabalhadores da empresa (preposto, testemunhas, advogados) e do próprio Poder Judiciário,

na medida em que coíbe conduta irresponsável da parte reclamante - a falta injustificada à audiência -, que é um verdadeiro escárnio à parte contrária, testemunhas, advogados e servidores públicos envolvidos.

O dispositivo, portanto, não impede o acesso ao Judiciário, mas sim coíbe a má-fé e desestimula condutas abusivas. Não é óbice excessivo para a isenção das custas a singela exigência de que se comprove que a ausência à audiência tenha sido justificada.

E essa preocupação com abusos cometidos por litigantes beneficiários da gratuidade é encontrada também no Direito Comparado. Vale mencionar precedente da Suprema Corte Americana¹⁴:

Petitioner's motion for leave to proceed in forma pauperis is denied, and the Clerk is directed not to accept any further petitions from him for extraordinary writs unless he pays the docketing fee required by this Court's Rule 45(a) and submits his petition in compliance with Rule 33. The continual processing of his frivolous requests for extraordinary writs does not permit the Court to allocate its limited resources in a way that promotes the interests of justice. Paupers filing pro se petitions are not subject to the financial considerations that deter other litigants from filing frivolous petitions, and lower courts have issued orders intended to curb serious abuses by persons proceeding in forma pauperis. Petitioner remains free to file in forma pauperis requests for other relief, if

14 United States Supreme Court, In Re McDONALD, (1989) No. 88-5890 Argued. Decided: February 21, 1989. <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/489/180.html> acesso em 29.10.2017

he qualifies and does not similarly abuse that privilege.¹⁵

A exigência de comprovação de justo motivo para a ausência à audiência, como requisito para a concessão da isenção das custas, não representa óbice excessivo a violar a garantia do acesso à Justiça. Ao contrário, o disposto no §2º do art. 844 da CLT prestigia o princípio da boa-fé processual e a repulsa ao abuso e à má-fé.

III a condenação em honorários periciais (artigo 790-b, caput e § 4º, da CLT) e honorários de sucumbência (artigo 791-a, § 4º, da CLT)

Antes do advento da Reforma Trabalhista, a teor do disposto no artigo 3º, inciso V, da Lei nº 1.060 /50, a isenção do pagamento de qualquer despesa processual, inclusive honorários periciais, decorria da mera concessão dos benefícios da justiça gratuita. Especificamente quanto aos honorários periciais, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Resolução nº 66 (em 10/06/2010): “Art. 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho deverão destinar recursos orçamentários para: I - o pagamento

15 Tradução livre:

O pedido do peticionário para proceder na forma pauperis (gratuita) é negado, e a secretaria é orientada a não aceitar quaisquer outras petições dele como medidas extraordinárias, a menos que ele pague a taxa de registro exigida pela regra 45 (a) deste Tribunal e submeta sua petição em conformidade com Regra 33. O processamento contínuo de seus pedidos frívolos como de caráter extraordinário não permite ao Tribunal alocar seus recursos limitados de forma a promover os interesses da justiça. Os Pauperis (beneficiários de gratuidade) que protocolam petições para si não estão sujeitos às considerações financeiras que detêm outros litigantes de apresentar petições frívolas, e os tribunais inferiores emitiram ordens destinadas a conter abusos graves por pessoas que procederam na forma pauperis. O peticionário permanece livre para apresentar pedidos na forma pauperis para outro tipo de assistência, se ele se qualificar e não abusar novamente desse privilégio.

de honorários periciais, sempre que à parte sucumbente na pretensão for concedido o benefício da justiça gratuita.”

Como se vê, a concessão do benefício da gratuidade judiciária à parte sucumbente resultava na isenção de pagamento de honorários periciais, que era feito através de alocação de recursos orçamentários do Tribunal para este fim específico.

O novo artigo 790-B da CLT assim dispõe:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, **ainda que beneficiária da justiça gratuita.**

(...)

§4º Somente no caso em que o **beneficiário da gratuita** não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

Seguindo a mesma sistemática adotada para as custas processuais em caso de ausência do reclamante à audiência inicial (v. capítulo anterior), o *caput* do artigo 790-B determina que a parte sucumbente, ainda que beneficiária da justiça gratuita, será responsabilizada pelo pagamento de honorários periciais. Mas, também como no caso anterior, é prevista a exceção a essa responsabilização.

E a exceção é que a parte sucumbente na perícia não tenha obtido créditos em juízo, mesmo que em outra ação, para suportar tal despesa. Em outras palavras, se o beneficiário da justiça gratuita não obtiver créditos em ação judicial que lhe permitam suportar o pagamento dos honorários periciais - e, portanto, continuar na condição de pobre na acepção jurídica do termo, isto é, incapaz de arcar com custos de processo judicial sem prejuízo de seu sustento -, a União arcará com tais

honorários. Se, ao contrário, o beneficiário da justiça gratuita tornar-se capaz de arcar com a despesa, em razão do recebimento de valor em ação judicial, deverá pagar os honorários periciais.

O que a nova lei faz é, na verdade, estabelecer uma reavaliação, pelo Estado-juiz, da efetiva carência de recursos do beneficiário da justiça gratuita. Se, em razão de créditos decorrentes da procedência de outros pedidos, inclusive em outras demandas, o reclamante tiver condições de pagar os honorários periciais, deverá fazê-lo.

E, neste aspecto, o dispositivo de lei atacado está em total consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Quando do julgamento acerca da constitucionalidade do artigo 12 da Lei 1060/50¹⁶ o Pretório Excelso decidiu no sentido de que o benefício da justiça gratuita dura enquanto durar a situação de necessidade. Nas palavras do Ministro Edson Fachin¹⁷:

Nesse contexto, parece que a finalidade é contemplar o acesso à Justiça. Contudo, a norma é condicionada por uma situação de fato, a ser comprovada em juízo – a insuficiência de recursos. Assim, o benefício dura enquanto durar a situação de necessidade, cabendo à

16 Artigo 12º - A parte beneficiada pela isenção do pagamento de custas ficará obrigado a pagá-las desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer o pagamento a obrigação ficará prescrita. /O artigo 12 da Lei 1060/50 foi revogado pela Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), cujo artigo 98 e parágrafos trataram minuciosamente da matéria./Embargos de declaração nos Recursos Extraordinários (REs) 249003 e 249277 e agravo regimental no RE 284729./ O artigo 12 da Lei 1060/50 foi revogado pela Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), cujo artigo 98 e parágrafos trataram minuciosamente da matéria.

17 <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3117> .acesso em 20/20/2017.

parte contrária ou ao juiz demonstrar a eventual superação dessa situação e revogar o benefício.

Ou seja, se permanecer a carência de recursos do beneficiário de justiça gratuita, mantém-se a inexigibilidade de pagamento de honorários periciais; caso haja alteração nessa situação, pelo recebimento de créditos suficientes a tal pagamento, a isenção não se aplicará.

Ora, se o pressuposto para a concessão da gratuidade é a incapacidade para pagamento das custas e despesas sem prejuízo de seu sustento, o recebimento de crédito em montante igual ou maior que o valor das custas ou despesas torna o litigante capaz de arcar com tais custos.

Lembre-se que a condenação em honorários periciais decorre do fato de a parte ter sido sucumbente no objeto da perícia. Isto é, quando a Justiça lhe der razão, nada pagará o reclamante. Mas se o pleito houver sido infundado, pagará os honorários periciais, salvo se não tiver condições para tanto. Se recebeu valores em razão da mesma demanda ou de outra, em montante suficiente para arcar com tal pagamento, razoável que seja ele, e não a sociedade, a pagar as despesas a que infundadamente deu casa.

De qualquer forma, ainda que não se concorde com a solução legal – opinião que variará conforme a convicção de cada um quanto à distribuição dos custos das atividades estatais –, não se pode confundir discordância quanto às opções adotadas pelo legislador com inconstitucionalidades. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei aprovada pelo Poder Legislativo exige uma clara ofensa a princípios e normas constitucionais. Não é possível sobrepor à vontade da maioria da população – manifestada por seus representantes eleitos

- alegações genéricas de inconstitucionalidades, amparadas de forma vaga em princípios abertos e sem densidade normativa¹⁸.

Estêvão Mallet¹⁹ é preciso sobre o tema, invocando Jorge Reis Novaes²⁰:

Os princípios, especialmente o da dignidade da pessoa humana, são utilizados de maneira meramente retórica, aproveitando-se de sua maior indeterminabilidade para os instrumentalizar em favor de concepções particulares não consensualmente partilhadas que se procuram impor coercitivamente.

Não há, portanto, incompatibilidade entre o §4º do artigo 790-B e a Constituição Federal.

Questão análoga é a alegação de suposta inconstitucionalidade da expressão do parágrafo único do artigo 791-A, que prevê o pagamento de honorários de sucumbência ao beneficiário da justiça gratuita que tiver obtido créditos suficientes a seu pagamento:

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

18 PUOLI, José Carlos Baptista. Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo. in: **Direito Processual Constitucional**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

19 MALLET, Estêvão, Crise e dispensa coletiva. In: **Revista do Advogado n. 131**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, Outubro/2016, p.65.

20 NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana** – Dignidade e Direitos Fundamentais v. 1. Coimbra: Almedina, 2015, p.13, apud MALLET, Estêvão, cit.

obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, **desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa**, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subseqüentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

O artigo 791-A, *caput*, disciplinou os honorários advocatícios de sucumbência na Justiça do Trabalho, rompendo situação histórica de ausência de honorários advocatícios de sucumbência no processo do trabalho, que até então só existiam em situação particular, de representação do reclamante por sindicato da categoria profissional, nos termos da Lei n. 5584/70 e Súmulas 219 e 329 do E. TST.

A nova sistemática trazida pela Lei 13.467/17, ao prever o pagamento de honorários advocatícios pela parte vencida à parte vencedora, seguiu o que já existe há muito no processo civil, em que mesmo o beneficiário da justiça gratuita, se sucumbente, é condenado ao pagamento de honorários advocatícios da parte vencedora, suspendendo-se, apenas, sua exigibilidade, enquanto perdurar a gratuidade.

Por ocasião do julgamento da constitucionalidade do artigo 12 da Lei 1.060/50²¹, de forma incidental, no RE 249003 ED/RS, o E. STF teve a oportunidade de analisar a temporariedade da

21 V. nota de rodapé 14, acima.

suspensão de exigibilidade concedida aos beneficiários da justiça gratuita. Merece transcrição o primoroso voto do Ministro Luis Roberto Barroso²²:

Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

Portanto, importa responder à questão a propósito da recepção, ou não, desse dispositivo. Em outros termos, se o art. 12 da Lei 1060/50 é materialmente compatível com a ordem constitucional atual, quando confrontado com o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988, que prescreve que “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos”.

Primeiramente, importa afirmar que o que constituinte fez, por meio do art. 5º, LXXIV, foi instituir a obrigatoriedade de o poder público prestar a assistência jurídica, integral e gratuita, aos que comprovarem insuficiência de recursos para cobrir as despesas judiciais. Portanto, o Estado deve custear o ônus pecuniário de litigar, mas somente daqueles com recursos insuficientes. O direito à assistência jurídica gratuita é direito fundamental, portanto, a uma prestação estatal. **Envolve o benefício da gratuidade judiciária, que compreende isenções das taxas judiciárias, dos emolumentos e custas, das despesas com publicação, das indenizações devidas às testemunhas,**

22 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10923918>. Acesso em: 19 out. 2017.

dos honorários de advogado e perito e das despesas com realização de exames requisitados pela autoridade judiciária nas ações de paternidade (art. 3º, Lei nº 1.060/1950), por exemplo.

Considera-se necessitado, para fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou alheio (art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/1950). A cláusula presente no art. 5º, LXXIV, qual seja, “aos que comprovarem insuficiência de recursos”, denota uma limitação à extensão do direito fundamental. Por meio dela, fica clara a restrição do alcance do direito fundamental em questão.

Em outras palavras, o destinatário não é universal, posto que a norma se dirige a um grupo específico de pessoas, formado por aqueles que, de fato, não disponham de recursos para custear despesas processuais e taxas judiciais, não sendo necessário que o beneficiário seja absolutamente desprovido de recursos ou miserável.

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. Por um lado, não se trata de menosprezar o princípio da sucumbência, mas apenas de suspender a exigência da condenação do vencido enquanto sua situação econômica permanecer precária, pois a imposição do

cumprimento da obrigação importaria dano para sua sobrevivência ou de sua família. Por outro lado, se tal benefício visa a promoção da igualdade, entre outros fins, é razoável que a suspensão da exigência tenha algum prazo.

Do contrário, mudando a situação econômica do beneficiário, dentro de um prazo razoável, a norma, a pretexto de promover igualdade, estaria, assim, promovendo a desigualdade.

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.

Não haveria sentido em se garantir o acesso à justiça a necessitados e desprotegê-los completamente na hipótese de sucumbência.

Importa, por último, ressaltar que, pelo art. 12 da Lei nº 1.060/1950, o beneficiário da assistência jurídica gratuita, embora isento do pagamento de custas e honorários advocatícios, não está desobrigado do ônus da sucumbência, se vencido na demanda, devendo arcar com as despesas realizadas pela parte contrária. Apenas não se exigirá o pagamento desses encargos na hipótese de prejuízo do sustento próprio ou da família, ficando prescrita a obrigação se no prazo de cinco anos, não puder satisfazê-la.

Portanto, não há nenhuma incompatibilidade material entre o art. 12 da Lei nº 1.060/1950 e a norma constitucional inscrita no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988. Pelo contrário, há clara consonância entre

os objetivos perseguidos pela Constituição Federal e esse dispositivo infraconstitucional, que lhes dá concretude(Grifo meu).

Ou seja, o benefício da justiça gratuita (i) não acarreta isenção absoluta de custas e honorários, (ii) não é concedido *ad aeternum* e (iii) perdura enquanto mantida a situação de carência econômica. Tal entendimento aplica-se, por analogia, ao parágrafo quarto do artigo 791-A, da CLT.

A temporariedade do benefício da gratuidade enquanto durante o estado de necessidade é bem explicada por Marinoni, Mitidiero e Arenhart:

Concedido o benefício, ele dura enquanto durar a situação de necessidade. A parte beneficiária não pode, sob pena de se lhe impor ônus exagerado, ser compelida a demonstrar, a todo momento, a manutenção de sua necessidade; cabe à parte contrária, ou eventualmente terceiro, essa demonstração, podendo o juiz também, de ofício, à vista dos elementos dos autos, revogar o benefício. Porém, enquanto não ocorra essa circunstância, o benefício se mantém²³

No mesmo sentido discorre Hélio Márcio Campo:

A assistência judiciária pode ser definida como o benefício concedido ao litigante que não dispõe de recursos financeiros suficientes para fazer frente às custas judiciais, isentando o Estado, total ou parcialmente, seja em forma definitiva ou provisória, o hipossuficiente do recolhimento antecipado das taxas e demais despesas processuais. (...) ficando ainda

²³ MARINONI, Luiz Guilherme e outros. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.184.

*suspensa a exigibilidade do ônus da sucumbência, quando tenha perdido a demanda o favorecido, até que cesse o seu estado de necessitado e enquanto a prescrição não se operar*²⁴(grifo nosso).

Convém registrar que o novel parágrafo único do artigo 791-A da CLT adotou sistemática bastante semelhante à do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15). De fato, o artigo 98 do CPC assim determina:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios têm direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 2o A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3o Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subseqüentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

A lei processual civil estabelece prazo de cinco anos para que o credor demonstre a alteração na situação econômica do

²⁴ CAMPO, Hélio Márcio. **Assistência jurídica gratuita:** assistência judiciária e gratuidade judiciária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.69.

beneficiário da justiça gratuita, após o qual estará extinta a obrigação que, até então, estivera suspensa.

A nova norma trabalhista é mais favorável que a processual civil ao beneficiário da justiça gratuita, ao estabelecer prazo menor, a saber, dois anos. Vale dizer, se não sobrevier mudança na situação de necessidade do beneficiário da justiça gratuita, no prazo de dois desde o trânsito em julgado da decisão que a certificou, estará extinta a obrigação.

Por fim, vale lembrar que são devidos honorários de sucumbência quando o vencedor for beneficiário da justiça gratuita, conforme Súmula 450 do STF: “São devidos honorários de advogado sempre que vencedor o beneficiário de justiça gratuita.”

Assim, também em respeito ao princípio da isonomia, devem ser devidos os honorários de advogado quando o vencido for beneficiário da justiça gratuita, ficando, contudo, sua exigibilidade suspensa, nos termos e condições previstos na lei, acima expostos.

Conclusão

As normas introduzidas na CLT pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), quanto às isenções de custas processuais e honorários periciais e advocatícios aos beneficiários da gratuidade judiciária, seguiram sistemática muito similar à adotada no âmbito do processo civil, e cuja “*ratio*” já teve sua constitucionalidade afirmada pelo E. STF.

Os artigos 790-B, caput e parágrafo 4º 791-A §4º, e 844, parágrafo 2º., não ofendem o direito de acesso à Justiça nem qualquer outra garantia ou norma constitucional. Ao contrário, concretizam regulamentação adequada da gratuidade judiciária, garantindo-a aos que dela realmente necessitam, enquanto necessitarem.

A litigiosidade responsável é louvável valor a ser buscado pela legislação, que não pode tolerar e estimular o abuso e a prática de condutas irresponsáveis e temerárias, que acabam por prejudicar a prestação jurisdicional célere e cuidadosa e atingir a credibilidade e a dignidade do próprio Poder Judiciário trabalhista.

Referências

ABDO, Helena Najjar. **O abuso do processo**. São Paulo: Ed. RT, 2007, p.190-191.

BRAGA, Ricardo Peake; CESARINI, Juliana Ramalho Lousas; WEINSCHENKER, Marina Santoro Franco; CARDOSO, Gabriela Giacomini. **Parecer elaborado por solicitação do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), e apresentado ao STF pelo IASP como “amicus curiae”, na Adin 5766**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5250582>>.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2017.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. V. II. 2009.

MALLET, Estêvão. Crise e dispensa coletiva. In: **Revista do Advogado n. 131**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, Outubro/2016.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **A cobrança de custas judiciais no Estado de São Paulo sob a perspectiva do Acesso à Justiça**. 2000. Disponível em: <<http://augustomarcacini.net/index.php/Processo/CustasAcesso>>. Acesso em: 24 out. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAMPO, Hélio Márcio. **Assistência jurídica gratuita**: assistência judiciária e gratuidade judiciária. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PUOLI, José Carlos Batista Puoli. **Os poderes do juiz e as reformas do processo civil**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo*. In: **Direito Processual Constitucional**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; MILHOMEM, Maria José Carvalho de Souza. **Acesso à justiça**: quando a morosidade e litigiosidade representam entraves à administração da Justiça. Revista Cidadania e Acesso à Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/view/356>>.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Relatório geral da justiça do trabalho**: relatório analítico 2016. Brasília. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa do TST. 2016, p. 37. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/3bd84696-5b95-56dc-1a-66-29b804f92d39>>. Acesso em: 24 out. 2017.

UNITED STATES SUPREME COURT, In Re McDONALD, (1989)
No. 88-5890 Argued. Decided: February 21, 1989. Disponível
em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/489/180.html>>. Acesso em: 29 out. 2017.

TERCEIRIZAÇÃO E A REFORMA TRABALHISTA: RISCOS E OPORTUNIDADES

Ricardo Souza Calcini ¹

Notas introdutórias

Muito se discute, atualmente, sobre o tema da terceirização, o qual representa, em síntese, uma derivação – em maior escala – da teoria da divisão e especialização do trabalho dentro da empresa, desenvolvida por Adam Smith, na obra "A Riqueza das Nações" (1776).

Os estudiosos e a própria Justiça do Trabalho sempre extraíram os fundamentos da terceirização a partir da leitura do artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho (subempregada), do artigo 25 da Lei nº 8.987/1995 (regime de concessão e permissão), do artigo 94, II, da Lei nº 9.472/1997 (telecomunicações), da Lei nº 7.102/83 (vigilância bancária), da Lei nº 6.019/1974 (trabalho temporário), e, sobretudo, com respaldo

¹ Professor de Pós-Graduação e de Cursos Jurídicos. Instrutor de Treinamentos "In Company". Palestrante em Eventos Corporativos. Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela EPM do TJ/SP. Especialista em Direito Social pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do IBDSCJ, da ABDPC, do CEAPRO, da ABDPro, da ABDConst, do IDA e do IBDD. **Contatos:** rcalcini@gmail.com (e-mail) e/ou www.ricardocalcini.com (site)

no entendimento da Súmula nº 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.²

E com fulcro na Súmula nº 331 do C. TST, sempre se entendeu por terceirização lícita aquela que ocorria na atividade-meio da tomadora, como, por exemplo, a que se dava nas atividades de vigilância, conservação e limpeza. Já ilícita era a terceirização que ocorria na atividade-fim da tomadora (heterodição: comando - dependência), ou, ainda, nas hipóteses em que restasse configurada a subordinação estrutural do trabalhador com o tomador de serviços.

Acontece, porém, que o legislador aprovou a Lei nº 13.429/2017, trazendo, ao nosso país, um regramento sistematizador do instituto da terceirização. Nota-se que referida norma

-
- 2 **SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALI-DADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.** I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

promoveu alterações aos dispositivos da Lei nº 6.019/1974, que trata sobre o trabalho temporário, passando também a regulamentar, como novidade, as relações de trabalho praticadas no âmbito das empresas de prestação de serviços a terceiros.

Terceirização: conceitos legais e doutrinários

Importante salientar que, tradicionalmente, o fenômeno da terceirização sempre foi visto como um instituto que,

Permite que se transfira a terceiro atividades reconhecidamente genéricas, secundárias, acessórias ou de suporte ao empreendimento, de forma a permitir que a empresa envide esforços e concentre atenção naquelas atividades centrais ou principais vertidas em seu objeto social.³

No mesmo sentido, são as palavras do professor Luciano Martinez, para quem

Pode-se afirmar que a terceirização é uma técnica de organização do processo produtivo por meio da qual uma empresa, visando concentrar esforços em sua atividade-fim, contrata outra empresa, entendida como periférica, para lhe dar suporte em serviços meramente instrumentais, tais como limpeza, segurança, transporte e alimentação.⁴

3 BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6.ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 452.

4 MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 457.

Por outro lado, o Projeto de Lei da Câmara nº 30/2015, que ainda tramita no Senado da República, e que decorre do famigerado Projeto de Lei nº 4.330-C/2004, dispõe, em seu artigo 2º, I, que a terceirização “*é a transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta Lei*” (grifo nosso).

Já a Reforma Trabalhista, aprovada pela Lei nº 13.467/2017, traz um conceito muito mais abrangente sobre a terceirização, ao assim conceituá-la em seu artigo 4º-A:

Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante **da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (grifo nosso).

Claro está, portanto, que o legislador reformista buscou atualizar o Direito do Trabalho brasileiro ao vigente modelo de produção conhecido como “terceirização” largamente difundido em escala global, e que encontra capilaridade em diversos setores da economia. Os efeitos, portanto, de continuar a limitar seu uso no Brasil, para essa visão liberal, seriam desastrosos, mormente levando-se em consideração a facilidade com que as empresas e os recursos financeiros se deslocam de um país para outro em tempos modernos.

Ademais, cabe lembrar a célebre lição do jurista francês Georges Ripert, de que “quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito”⁵. Ora, para esta visão, chancelar o entendimento contido na Súmula nº 331 do C. TST, a ponto de considerar ilícita a terceirização em todo e qualquer

5 RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. São Paulo: Editora Red Livros, 2002, p. 33.

serviço permanente da empresa, por certo, com o passar do tempo, perderia a eficácia social e seria sistematicamente ignorada pelos destinatários da norma.

Lado outro, porém, fato é que as citadas legislações aprovadas não autorizaram, em nenhum momento, que se faça uso da terceirização como instrumento de intermediação de mão de obra, até porque essa pactuação é excepcionalmente admitida apenas nas relações de trabalho temporário.

Bem por isso, não há que se confundir a intermediação de mão de obra – que, por ser uma exceção, é aceita somente nas relações do trabalho temporário, em que nem sequer há vínculo de emprego do trabalhador com a tomadora (item I da Súmula nº 331 do C. TST) – com a legítima e efetiva terceirização de serviços, viabilizada por uma pessoa jurídica de direito privado a terceiros.

Essa é a conclusão igualmente exposta pelo Professor da USP, Gustavo Filipe Barbosa Garcia, para quem

A terceirização não se confunde com a intermediação de mão de obra, a qual, em regra, é vedada pelo sistema jurídico, uma vez que o trabalho não pode ser tratado como mercadoria, o que seria contrário ao seu valor social e à dignidade da pessoa humana.⁶

Terceirização sob a ótica da reforma trabalhista

No atual cenário, a empresa terceirizada, responsável pela prestação de serviços a terceiros, passou a se dedicar, quando do advento da Lei nº 13.429/2017⁷, à execução de serviços

6 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 416.

7 Lei 13.429/2017, Art. 4º-A: *“Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços*

determinados e específicos, os quais, a partir da reforma trabalhista, doravante são direcionados às atividades principais da contratante dentro de uma terceirização reputada como lícita.

E essa licitude da terceirização, repita-se, é aquela na qual não há a pessoalidade e subordinação direta dos empregados terceirizados para com os representantes legais e/ou prepostos da contratante (item III da Súmula nº 331 do C. TST), sendo certo que o conceito de subordinação estrutural⁸, s.m.j., parece ter sido mitigado pela legislação superveniente, em autêntico processo de “*overruling*”.

A respeito do “*overruling*”, impende destacar que tal instituto representa a superação de um precedente ou de um entendimento jurisprudencial, podendo ocorrer, no Brasil, de maneira difusa ou concentrada. O “*overruling*” incidental pode ocorrer em qualquer processo que, chegando ao Tribunal, permita a superação do precedente anterior. Já o “*overruling*” concentrado é um procedimento autônomo, cujo objetivo é a revisão de um entendimento já consolidada no Tribunal. É o que ocorre com a revisão ou cancelamento de súmula vinculante (Lei nº 11.417/2006, art. 3º). No “*overruling*” incidental qualquer pessoa pode contribuir para a revisão de um entendimento jurisprudencial, enquanto que no “*overruling*” concentrado há

determinados e específicos.”.

- 8 O critério objetivo da subordinação surgiu com a doutrina europeia, em especial com a italiana, e encontrou adeptos no Brasil, como Paulo Emílio Ribeiro Vilhena e Arion Sayão Romita. Recentemente, parte da doutrina e da jurisprudência vem adotando a Subordinação Estrutural, principalmente nos casos de terceirização e trabalho à distância (teletrabalho). Gustavo Filipe Barbosa Garcia explica a subordinação estrutural como um fenômeno inerente à relação de emprego, a qual é reconhecida quando “*o empregado desempenha atividades que se encontram integradas à estrutura e à dinâmica organizacional da empresa, ao seu processo produtivo ou às suas atividades essenciais (...)*” (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2009. p. 64).

um rol de entes com capacidade processual para pedir a revisão ou o cancelamento.

A par disso, nota-se, pois, que essa superação se extrai da chancela legislativa ao permitir a prática de terceirização em quaisquer tipos de atividades, ainda que relativas àquelas entendidas como essenciais, desde que a execução dos serviços ocorra por empresa dita especializada que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.⁹

De mais a mais, além de trazer um conceito de terceirização que impacta diretamente nas relações de prestação de serviços a terceiros, a Reforma Trabalhista acabou por delinear importantes obrigações envolvendo os benefícios concedidos aos empregados da empresa de terceirização, especificamente quando a prestação de serviços ocorrer dentro das dependências da empresa contratante.

Nesse sentido, de se mencionar o teor do artigo 4º-C disposto na Lei nº 13.429/2017, que promoveu alterações na Lei nº 13.429/2017, “in verbis”:

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

I - relativas a:

a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;

9 Lei 13.467/2017, Art. 5º-C. “Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.”.

- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

De se destacar, de plano, que o referido preceito legal se aplica, única e exclusivamente, aos empregados da empresa terceira, cuja prestação de serviços ocorra nas dependências da contratante.

Assim, conquanto a prestação de serviços a terceiros possa ocorrer nas dependências da contratante, ou em outro local por ela designado, fato é que essa “equivalência” trazida pela Reforma Trabalhista é limitada à parcela dos empregados da empresa terceirizada, “(...) *quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante,*

forem executados nas dependências da tomadora (...)" (grifo nosso).

Além disso, esse tratamento equivalente entre empregados efetivos e terceiros, por força de lei, não é total e indiscriminado. Ao revés, são assegurados aos empregados da empresa prestadora de serviços, dentre outras, obrigações relativas a alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios.

E aqui, frise-se, não se está diante da concessão do mesmo benefício normativo referente ao vale-alimentação que, por ausência de lei em sentido estrito, está previsto apenas nas normas coletivas de trabalho, cujo enquadramento sindical dos terceiros não é o mesmo daquele dos empregados efetivos.

Nesse sentido, inclusive, a Corte de Vértice Trabalhista, em pronunciamento da Seção Especializada em Dissídios Coletivos (SDC), em voto de relatoria do ministro Fernando Eizo Ono, autos de nº TST-RO-42600-28.2009.5.17.0000, já decidiu que, nos termos do art. 511, §§ 1º e 2º, da CLT, a vinculação sindical dos empregados, ainda que terceirizados, deve ser definida pela atividade preponderante da empresa prestadora de serviços, porquanto a categoria profissional a qual pertence o trabalhador deve corresponder à categoria econômica a qual se vincula o empregador.

Com isso, em tese, não se aplicam os direitos decorrentes das normas coletivas (por exemplo, vale-refeição) dos empregados da empresa contratante aos empregados das prestadoras dos serviços, ainda que inseridos no mesmo setor e contexto da atividade econômica.

Dessarte, ainda que se possa eventualmente questionar possível tratamento não isonômico entre trabalhadores terceirizados e contratados diretamente pela contratante, fato é que, consoante o citado art. 511, §§ 1º e 2º, da CLT, a determinação da categoria econômica se dá em virtude de identidade,

semelhança ou conexão das atividades desenvolvidas pelo empregador, enquanto a categoria profissional é determinada em razão da similitude das condições de vida resultantes da profissão ou do trabalho comum e em função da categoria econômica, determina-se a categoria profissional correspondente.

A exceção a tal regra, porém, se encontra prevista no § 3º do aludido diploma legal, em que se dispõe a respeito das denominadas categorias diferenciadas, que são compostas por trabalhadores de certas profissões, independentemente da natureza das atividades econômicas desenvolvidas por seus empregadores.

Como se observa, a vinculação sindical não é objeto de vontade ou escolha de trabalhadores e empregadores, mas é decorrência de enquadramento automático: a atividade da empresa ou do empregador retrata sua inclusão numa dada categoria econômica e substantifica sua vinculação à entidade sindical que a representa; sob o ângulo profissional, o empregado integra a categoria profissional correspondente à atividade da empregadora.

Bem por isso, diante da legislação sindical infraconstitucional, anterior ao surgimento do fenômeno da terceirização, porém recepcionada pelo atual texto constitucional, o enquadramento sindical desses empregados terceirizados segue a regra geral aplicável aos demais empregados, já que não se inserem na exceção prevista no referido § 3º do artigo 511 da CLT (categoria diferenciada).

Portanto, os empregados da empresa terceirizada, quando e enquanto os serviços forem executados nas dependências da contratante, terão direito à alimentação garantida aos efetivos empregados, quando oferecida em refeitória, cuja ausência do benefício "in natura" não autoriza, por força de lei, a conversão da obrigação de fazer em indenização substitutiva, atraindo eventual deferimento ao pleito do vale-refeição previsto nas

normas coletivas de trabalho aplicadas aos empregados efetivos da contratante.

Além da alimentação “in loco”, a Lei 13.467/2017 também assegurou aos empregados da empresa prestadora de serviços o direito de utilizar os serviços de transportes, se, no caso, esses forem efetivamente disponibilizados aos empregados da contratante.

E aqui, uma vez mais, se faz a ressalta feita no parágrafos anteriores, no sentido de que a prestação “in natura” do serviço de transporte não equivale ao benefício do vale-transporte, o qual tem previsão na Lei nº 7.418, de 16 de dezembro de 1985, e que se refere a uma obrigação legal do empregador – no caso, da empresa prestadora de serviços, real empregadora dos funcionários terceirizados que laboram em favor da contratante.

Bem por isso, os empregados da empresa terceira não fazem jus ao mesmo valor do vale-transporte concedido aos efetivos empregados da empresa contratante, seja porque essa não é a real empregadora daqueles, seja porque a equivalência diz respeito à prestação de serviço “in natura”, isto é, utilização do serviço de transporte.

De mais a mais, a Reforma Trabalhista traz a equivalência, aos trabalhadores terceirizados, do atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou outro local por ela designado. Infere-se, pois, neste ponto, que o legislador procurou afastar eventuais discriminações no tratamento entre terceirizados e efetivos, mormente sob o ponto de vista do direito social à saúde (CRFB, art. 6º).

Assim, se a empresa contratante, efetivamente, dispuser de atendimento médico ou ambulatorial, se seletivo e/ou emergencial, a prestação dos serviços deverá ser estendida aos terceirizados, uma vez que se encontram no mesmo espaço físico e no próprio ambiente de trabalho dos demais trabalhadores empregados da contratante.

Entretanto, importante ressaltar, novamente, que esse serviço “in natura” também não se confunde com o benefício normativo do plano de saúde, o qual, como dito alhures, depende da identidade do enquadramento sindical do trabalhador terceirizado para com o empregado efetivo da contratante.

Ainda que assim não fosse, a Lei nº 13.467/2017, ao alterar a redação do artigo 458 da CLT, passou a dispor, em seu §5º, que,

O valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio ou não, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, próteses, órteses, despesas médico-hospitalares e outras similares, **mesmo quando concedido em diferentes modalidades de planos e coberturas**, não integram o salário do empregado para qualquer efeito nem o salário de contribuição, para efeitos do previsto na alínea q do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 (grifo nosso).

Logo, a partir da Reforma Trabalhista, mesmo os empregados efetivos pertencentes à empresa contratante poderão, a critério do empregador, usufruírem de assistência médica ou odontológica concedida em diferentes modalidades de planos e coberturas. Tal fato, com mais razão, afasta a eventual identidade dos planos de saúde entre terceirizados e empregados efetivos, na medida que, mesmo para esses últimos, não mais há necessidade de se manter tal isonomia.

Lado outro, o treinamento adequado aos terceirizados, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir, além das medidas sanitárias, concernentes à proteção, à saúde e à segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço, s.m.j, parece ter sido uma obrigação legal bastante

salutar, uma vez que, eventuais doenças ocupacionais e/ou acidentes do trabalho sofridos pelos empregados da prestadora de serviços ensejarão indenizações por danos morais e/ou materiais.

E, para efeitos de responsabilização, seja de parte da empresa terceirizada, seja de parte da contratante, fala-se, neste caso em especial, em solidariedade, e não em subsidiariedade.¹⁰

Esse é o entendimento pacífico do Tribunal Superior do Trabalho que, inclusive, afasta a aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1¹¹, a qual tem sua abrangência restrita às obrigações de natureza trabalhista, não alcançando pleitos de indenização por danos morais, estéticos e materiais decorrentes de doenças ocupacionais e/ou acidentes do trabalho.

Isso porque tais pretensões apresentam nítido caráter civil, oriundas de culpa por ato ilícito (arts. 186¹² e 927, “caput”¹³, do Código Civil), não constituindo, portanto, verba traba-

10 Lei nº 13.249/2017. “Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos. (...) § 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8212, de 24 de julho de 1991.”.

11 **OJ-SDI1-191 CONTRATO DE EMPREITADA. DONO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. RESPONSABILIDADE (nova redação) - Res. 175/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.** Diante da inexistência de previsão legal específica, o contrato de empreitada de construção civil entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora.

12 CC, 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.”.

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

lhistra “*stricto sensu*”. Assim, em caso de doença ocupacional e/ou acidente do trabalho, ocasionado por conduta culposa da prestadora de serviços e/ou da empresa cliente/contratante, decorrente do não cumprimento das normas relativas à segurança do ambiente laboral – o que engloba aqui, naturalmente, o treinamento dos terceirizados – indiscutível será a responsabilidade solidária das empresas pelo pagamento das indenizações pleiteadas.

Nesse sentido: TST-E-RR-9950500-45.2005.5.09.0872, SBDI-I, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, 22.11.2012; e TST-E-RR-240-03.2012.5.04.0011, Relator Ministro João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 19/11/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 27/11/2015.¹⁴

A par de todo o exposto, caso se evidencie a prestação de serviços “*in natura*” aos empregados da contratante, que, por força da lei, passam a serem estendidos aos empregados da empresa terceirizada, o legislador previu no §2º do artigo 4º-C da Lei nº 13.429/2017, o seguinte critério:

14 **RESPONSABILIDADE CIVIL. DONO DA OBRA. ACIDENTE DE TRABALHO. FALECIMENTO DE EMPREGADO CONTRATADO POR SUBEMPREENHEIRA. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 191 DA SBDI-1 DO TST. INAPLICABILIDADE.** 1. Nas ações acidentárias não se postulam simplesmente parcelas contratuais não adimplidas, e sim indenização por dano moral e/ou material decorrente de infortúnio que, nos casos de contrato de empreitada, em regra, ocorre nas dependências da dona da obra, igualmente responsável em relação à prevenção de acidentes e doenças ocupacionais. 2. Se o dono da obra concorreu para o infortúnio, no que não impediu a prestação de labor sem a observância das normas de higiene e segurança do trabalho, a cargo do empregador, incide, em tese, a responsabilidade solidária inserta no art. 942, *caput*, do Código Civil de 2002. Precedentes da SBDI-1 do TST. 3. Responsabilidade subsidiária do dono da obra que se mantém, em respeito aos limites da postulação deduzida em embargos. 4. Embargos dos Reclamantes de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento para restabelecer o acórdão regional.

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

(...)

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

Claro está, portanto, que a aludida normatização guarda em si total coerência, na medida em que, para a viabilizar a própria regularidade e a qualidade dos serviços prestados a título de alimentação e atendimento médico ou ambulatorial, permitiu à empresa contratante que designasse outros locais apropriados, e com igual padrão de atendimento, para atender à demanda igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados terceirizados, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços até então existentes aos seus funcionários.

De resto, reitera-se que as situações acima narradas trataram da “equivalência” na prestação de serviços “in natura” entre empregados da contratante e terceirizados da empresa contratada, o que, como dito, não engloba a isonomia entre tais trabalhadores no plano remuneratório.

Isso porque, ainda que não seja proibitivo, contratante e contratada poderão estabelecer, se assim desejarem, que os

empregados da contratada farão jus ao salário equivalente ao pago aos empregados da contratante. Inteligência do §1º do artigo 4º-C da Lei nº 13.429/2017, acrescentado pela Reforma Trabalhista.

Conclui-se, portanto, que a “equivalência” salarial entre terceirizados e efetivos não é automática, dependendo de expressa previsão contratual entre as empresas interessadas, as quais, se assim desejarem, poderão inclusive estender a equivalência a outros direitos não previstos na Lei nº 13.429/2017, como são os casos, por exemplo, dos benefícios normativos.

Reforma trabalhista: “quarentena” e a “pejotização”

Com o intuito de evitar a chamada “pejotização”, como também a “marchandage” (mercantilização do trabalho humano), o legislador trouxe duas importantes regras que, caso não sejam observadas, acarretarão em nulidades das terceirizações pactuadas após a vigência da reforma trabalhista. E isso resultará na declaração de vínculos de emprego dos terceirizados diretamente com as empresas contratantes, além da responsabilização solidária de todos que praticaram atos com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos celetistas (artigo 9º da CLT¹⁵ c/c artigos 932, III¹⁶, e 942 do Código Civil¹⁷).

15 CLT, Art. 9º. “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”.

16 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.”.

17 CC, Art. 942. “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo

A primeira regra diz respeito ao óbice de se recontratar os trabalhadores que, nos últimos 18 (dezoito) meses, antes da vigência da Lei nº 13.467/2017, tenham prestado serviços à empresa contratante na qualidade de empregados ou autônomos sem vínculo de emprego, exceto se os titulares ou sócios da pessoa jurídica de direito privado contratada estejam aposentados.¹⁸

Aqui, portanto, a reforma trabalhista buscou reprimir a “pejotização” de trabalhadores que, para continuarem a prestar serviços à empresa contratante, tenham sido “compelidos” a constituir “pessoas jurídicas”¹⁹. Interessante notar que a legislação traz uma presunção de ilegalidade que pode ser elidida por prova em sentido contrário, a depender da situação do caso concreto.

Nesse contexto, veja-se que o legislador não autorizou que os empregados expurgados dos quadros funcionais da grande empresa fossem recontratados por empresas menores, prestadoras de serviços, responsáveis por registrá-los e remunerá-los, sendo, posteriormente, reaproveitados pela grande empresa,

único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.”.

18 Lei 13.467/2017, Art. 5º-C. *“Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4o-A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.”.*

19 *“Trata-se de uma imposição dos empresários destinada a reduzir o custo do trabalho pois, considerando uma escala decrescente, é maior no vínculo de empregatício, seguido pelo autônomo, pelo cooperativado e, por fim pela contratação de serviços prestados por empresa, uma pessoa jurídica prestadora de serviços” (RODRIGUES, Rodrigo Cândido. A pejotização da pessoa física, através da figura do microempresário individuais: competência para julgamento. In: **Revista Trabalhista Direito e Processo**, ano 10, n. 39, 2011, p. 188).*

na condição de terceirizados. Acerca de tal processo, Ricardo Antunes afirma:

(...) no toyotismo tem-se uma horizontalização, reduzindo-se o âmbito de produção da montadora e estendendo-se às subcontratadas, às 'terceiras', a produção de elementos básicos, que no fordismo são atributos das montadoras. Essa horizontalização acarreta também, no toyotismo, a expansão desses métodos e procedimentos para toda a rede de fornecedores.²⁰

De toda sorte, se tal prática for efetivamente constatada, acaba por aviltar o valor social do trabalho que constitui, a um só tempo: (i) fundamento da República Federativa do Brasil (CRFB, artigo 1º, IV); (ii) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (CRFB, artigo 170, "caput" e VIII); e (iii) base de toda a Ordem Social (CRFB, artigo 193).

Já a segunda regra da "quarentena" se refere à proibição de o empregado, cujo contrato de trabalho tenha sido rescindido após vigência da reforma trabalhista, voltar a prestar serviços ao seu então empregador, na condição de empregado da empresa de prestação de serviços a terceiros, sem que seja observado o transcurso do prazo de 18 (dezoito) meses contados de sua demissão.²¹

20 ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 16.ed. Editora: Cortez, 2015, p.46.

21 Lei 13.467/2017, Art. 5º-D. *"O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado."*

Nota-se que, neste caso, o legislador se mostrou atento ao fenômeno da mercantilização do trabalho humano, o qual era muito comum já nos primeiros arranjos produtivos do período da Revolução Industrial. Na França, por exemplo, a "marchandage" foi proibida em 1848.

Há de se ter em mente que o preceito de que "o trabalho humano não é mercadoria de comércio" está vinculado a esta preocupação inicial de evitar a intermediação da mão de obra (a "marchandage"). O problema pertinente ao recrutamento da mão de obra foi expressamente referido na constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), inscrita no Tratado de Versalhes, de 1919.

Logo, o labor deve ser visto como meio de colaboração, livre e eficaz, na produção de riquezas, sendo esse valor reafirmado na Declaração da Filadélfia, de 1944, parte anexa da constituição da OIT, organização qualificada como consciência social da humanidade por estabelecer padrões mínimos de trabalho digno e decente.

Neste viés, oportunas as palavras do Professor da USP, Jorge Luiz Souto Maior, que defende não caber *"ao direito adaptar-se às injustiças e sim servir como instrumento efetivo de combate a todo tipo de redução da dignidade humana"*.

E prossegue aduzindo que:

De fato, o arcabouço normativo juslaboral foi erigido a partir do modelo da relação bilateral de emprego, em que o empregador exercia simultaneamente seu papel no plano formal (signatário da CTPS do obreiro) e material (beneficiário direto da mão de obra). Ora, a inserção de um terceiro na relação laboral inegavelmente importa em ruptura do paradigma normativo, trazendo "graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares

e redistributivos que sempre caracterizaram o direito do trabalho”.²²

De fato, o arcabouço normativo juslaboral foi erigido a partir do modelo da relação bilateral de emprego, em que o empregador exercia simultaneamente seu papel no plano formal (signatário da CTPS do obreiro) e material (beneficiário direto da mão de obra). Ora, a inserção de um terceiro na relação laboral inegavelmente importa em ruptura do paradigma normativo, trazendo “graves desajustes em contraponto aos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o direito do trabalho”.²³

Essa é a razão pela qual se fala que a relação de emprego se identifica por uma razão de ordem pública, tomando em conta muito mais a realidade fática do que a vontade expressa ou tácita das partes. Além do mais, o conteúdo normativo que sobre si incide também não leva em consideração os interesses individuais, mas, sobretudo o interesse social, com finalidade não apenas de proteger o trabalhador contra a exploração desumana, como também de promover atos tendentes à melhoria constante da condição social e econômica do empregado, numa perspectiva de certa socialização dos bens de produção e de uma menos injusta distribuição da riqueza produzida na sociedade capitalista.²⁴

22 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**: a relação de emprego. Volume II. São Paulo: LTr, 2008, p.146.

23 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.426.

24 Nisto constitui, ademais, a própria razão de ser do Direito do Trabalho, que, como acentua Mario de La Cueva, “difere esencialmente del derecho civil, por sus fundamentos y en sus propósitos. El derecho del trabajo no es un derecho para regular la conducta de los hombres en relación con las cosas, sino que es un derecho para el proteger la energía humana del trabajo, sino, más bien, asegurar a cada hombre una posición social adecuada, esto es, *el derecho del trabajo constituye, no reglas para regular la compra-venta*

Terceirização e a jurisprudência do STF e do TST

Decerto, os Tribunais ainda muito discutirão as novas regulamentações relativas à terceirização, atualmente incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, tanto que já estão pendentes de julgamento, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ações direitas de inconstitucionalidade questionando a Lei nº 13.429/2017, que estão sob a relatoria do ministro Gilmar Ferreira Mendes.²⁵

Os principais questionamentos destacados nas ações direitas de inconstitucionalidade dizem respeito as seguintes pontos: (i) a ampliação “desarrazoada” do regime de locação de mão de obra temporária para atender “demandas complementares” das empresas, aliada à triplicação do prazo máximo do contrato temporário de três meses para 270 dias; (ii) rompimento do caráter excepcional do regime de intermediação de mão de obra, com a violação do regime constitucional de emprego socialmente protegido (artigo 7º, I, da CF); (iii) esvaziamento da eficácia dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (artigos 1º, 7º a 11, 170, incisos VII e VIII, e 193, todos da CRFB); e (iv) vulneração do cumprimento, pelo Brasil, da Declaração

*o el arrendamiento de la fuerza de trabajo, sino un estatuto personal que procura elevar al hombre a una existência digna. Por eso que la semejanza en las instituciones no puede resolver los problemas, porque la esencia de las mismas instituciones es distinta” (CUEVA, Mario de La. **Derecho Mexicano Del Trabajo**. Tomo I. México: Porrúa, 1960, p.453).*

25 ADIn 5.735, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República; ADIn 5.695, ajuizada pelas Confederações Nacionais dos Trabalhadores da Indústria Química e dos Trabalhadores na Indústria Têxtil e de Vestuário; ADIn 5.685, ajuizada pela Rede Sustentabilidade; ADIn 5.686, protocolada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais; e ADIn 5.687, de autoria do PT e do PCdoB.

de Filadélfia e das Convenções 29 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Há que se ter em vista que, caso sejam mantidos os efeitos da Lei nº 13.429/2017 e, sobretudo, a pulverização trazida pela reforma trabalhista, é certo que um grande contingente, de milhares de postos de emprego direto, pode ser substituído por “locação de mão de obra temporária” e por “empregos terceirizados” em atividades finalísticas, com precaríssima proteção social.

Nesse prumo, a grande preocupação é que os novos postos de trabalho em atividades finalísticas de empresas públicas e privadas também sejam submetidos a regime de terceirização, com afronta de difícil reversão às normas constitucionais afetadas e impacto direto na vida dos trabalhadores.

De resto, a Tribunal Superior do Trabalho, mesmo não enfrentando o mérito da Lei nº 13.429/2017, já se posicionou pela inaplicabilidade das novas regras incorporadas à terceirização de serviços para as relações de trabalho regidas e extintas sob a égide da Lei nº 6.019/1974, sob pena de afronta ao direito adquirido do empregado a condições de trabalho mais vantajosas.

Portanto, a mais alta Corte do Judiciário Trabalhista, em recente decisão da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (TST-ED-E-ED-RR-1144-53.2013.5.-06.0004), em voto de relatoria do então ministro João Oreste Dalazen, definiu que os contratos de trabalho celebrados e findos antes da entrada em vigor da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017, devem continuar a observar o entendimento jurisprudencial firmado no item I da Súmula nº 331 do C. TST, amparado no antigo

teor da Lei nº 6.019/1974, sem que sejam levadas em consideração as alterações promovidas pela Lei nº 13.429/2017.²⁶

Para tanto, de se transcrever as razões de decidir do C. TST, expostas nos embargos de declaração que foram conhecidos para prestar esclarecimentos:

(...) Com efeito. De um lado, a meu juízo, a modificação legislativa introduzida com a entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017, denominada Lei da Terceirização, geradora de profundo impacto perante a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, no que alterou substancialmente a Lei nº 6.019/74, não se aplica às relações de emprego regidas e extintas sob a égide da lei velha, sob pena de afronta ao direito adquirido do empregado a condições de trabalho muito mais vantajosas.

De sorte que, no caso, por se tratar de contrato de trabalho celebrado e findo muito antes da entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017, prevalece o entendimento jurisprudencial

26 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS. ESCLARECIMENTOS. VÍNCULO DE EMPREGO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TELEMARKETING. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PRIVADA. ATIVIDADE-FIM. SÚMULA Nº 331, I, DO TST. CONTRATO DE TRABALHO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DA ANTIGA REDAÇÃO DA LEI Nº 6.019/74. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 13.429/2017 (LEI DA TERCEIRIZAÇÃO). EFEITOS. 1. A entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017 (Lei da Terceirização), geradora de profundo impacto perante a jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, no que alterou substancialmente a Lei nº 6.019/74, não se aplica às relações de emprego regidas e extintas sob a égide da lei velha, sob pena de afronta ao direito adquirido do empregado a condições de trabalho muito mais vantajosas. **2.** Quanto aos contratos de trabalho celebrados e findos antes da entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017, prevalece o entendimento jurisprudencial firmado à luz da Súmula nº 331, I, do TST, amparado na anterior redação da Lei nº 6.019/74. **3.** Embargos de declaração a que se dá provimento para prestar esclarecimentos.

firmado à luz da Súmula nº 331, I, do TST, amparado, como sabemos, no antigo teor da Lei nº 6.019/74.

De outro lado, não subsiste a pretensão de sobrestamento do feito.

É bem verdade que, nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo nº 713211/MG, o Eg. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 15/5/2014, reconheceu a Repercussão Geral do tema constitucional concernente à fixação de parâmetros para a identificação do que representa "atividade-fim", para efeito de definir-se a licitude da terceirização.

Não obstante, daí não adveio qualquer determinação de sobrestamento da tramitação de processos que versem acerca da referida questão jurídica.

Em semelhantes circunstâncias, nem a entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017, nem o reconhecimento de Repercussão Geral do tema versado no ARE nº 713211, no âmbito do Eg. STF, têm o condão de alterar o entendimento sufragado no v. acórdão ora embargado.

À vista do exposto, dou provimento aos embargos de declaração apenas para prestar os esclarecimentos constantes da fundamentação (...).

Conclusões

A par de todo o exposto, infere-se que as relações trabalhistas sofrerão significativas alterações com a superveniência da nova Lei nº 13.429/2017, que alterou a Lei nº 6.019/1974 – que trata do trabalho temporário, e que também regulamentou a prestação de serviços a terceiros –, e, sobretudo, com a Lei nº 13.467/2017, que instituiu a chamada “Reforma Trabalhista”.

Note-se que a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que ainda não foi objeto de revisão e/ou revogação, certamente está superada, ainda que em parte, por força do advento das novas legislações. Contudo, como as citadas normas não se aplicam a fatos pretéritos, em razão do princípio da irretroatividade, apenas as novas pactuações firmadas sob a vigência das Leis nºs 13.429/2017 e 13.467/2017 é que poderão ser por elas regulamentadas.

E, por isso, acredita-se que novas oportunidades serão franqueadas às empresas que, à luz da atual legislação, passam a terceirizar quaisquer tipos de atividades, sejam elas periféricas e/ou principais à atuação econômica empresarial.

Em sentido contrário, riscos continuam a existir na adoção da prestação de serviço terceirizada, mormente quando evidenciada a subordinação direta e objetiva prevista no artigo 2º da CLT e que, frise-se, não foi objeto de modificação pelo legislador reformador. Assim, se constada, na prática, a pessoalidade e subordinação direta do trabalhador terceirizado para com a empresa contratante, indiscutível o reconhecimento do vínculo de emprego e, conseqüentemente, a equiparação do terceirizado como empregado efetivo.

Em arremate, dúvida ainda persiste sobre a subordinação estrutural que, apesar de ter sido superada pelas novas leis, está pendente de decisão pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidades.

Referências

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 16. ed. Editora: Cortez, 2015.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

CUEVA, Mario de La. **Derecho Mexicano Del Trabajo**. Tomo I. México: Porrúa, 1960.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

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

_____. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2009.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. São Paulo: Editora Red Livros, 2002.

RODRIGUES, Rodrigo Cândido. A pejetização da pessoa física, através da figura do microempresário individuais: competência para julgamento. In: **Revista Trabalhista Direito e Processo**, ano 10, n. 39, 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho: a relação de emprego**. Vol. II. São Paulo: LTr, 2008.

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA NA REFORMA TRABALHISTA

Roberto Wanderley Braga¹

Introdução

As alterações legislativas implementadas pela Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, estão sujeitas a diversas espécies de críticas (de ordem jurídica, moral ou política), é uma realidade inafastável daqueles que trabalham no âmbito das Cortes trabalhistas.

Entre tantas alterações, trataremos daquela encetada na parte atinente à liquidação de sentença, em especial qual a consequência no procedimento de apuração dos valores a serem objeto de execução do título judicial, que deu nova redação ao art. 879, da CLT.

A preocupação do texto será indicar quais as condutas atuais em relação às anteriores e o que implicará na duração do processo, preocupação pujante dos que buscam o Judiciário visando encontrar uma solução para sua demanda.

1 Mestrando em Ciências Jurídico-políticas pela Universidade Portucalense – UPT. Especialista em Direito Civil. Especialista em Ciências Jurídico-processuais. Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 22ª Região. Bacharel em Ciências Econômicas. Professor em curso de graduação e pós-graduação. Coordenador de EAD da Ejud22 (2017-2018).

A redação do art. 879 diante da reforma:

Eis a seção normativa a respeito da liquidação contido na CLT, precisamente o art. 879, com redação atual dos seus dispositivos e anteriores (tarjadas):

Art. 879 - Sendo ilíquida a sentença exequenda, ordenar-se-á, previamente, a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos. (Redação dada pela Lei nº 2.244, de 23.6.1954)

Parágrafo único. Na liquidação, não se poderá modificar, ou inovar, a sentença liquidanda, nem discutir matéria pertinente à causa principal. (Incluído pela Lei nº 2.244, de 23.6.1954)

§ 1º - Na liquidação, não se poderá modificar, ou inovar, a sentença liquidanda nem discutir matéria pertinente à causa principal. (Incluído pela Lei nº 8.432, 11.6.1992)

§ 1o-A. A liquidação abrangerá, também, o cálculo das contribuições previdenciárias devidas. (Incluído pela Lei nº 10.035, de 2000)

§ 1o-B. As partes deverão ser previamente intimadas para a apresentação do cálculo de liquidação, inclusive da contribuição previdenciária incidente. (Incluído pela Lei nº 10.035, de 2000)

§ 2º - Elaborada a conta e tornada líquida, o Juiz poderá abrir às partes prazo sucessivo de 10 (dez) dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão. (Incluído pela Lei nº 8.432, 11.6.1992)

§ 2o Elaborada a conta e tornada líquida, o juízo deverá abrir às partes prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3o Elaborada a conta pela parte ou pelos órgãos auxiliares da Justiça do Trabalho, o juiz procederá à intimação por via postal do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, por intermédio do órgão competente, para manifestação, no prazo de dez dias, sob pena de preclusão. (Incluído pela Lei nº 10.035, de 2000)

§ 3o Elaborada a conta pela parte ou pelos órgãos auxiliares da Justiça do Trabalho, o juiz procederá à intimação da União para manifestação, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de preclusão. (Redação dada pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

§ 4o A atualização do crédito devido à Previdência Social observará os critérios estabelecidos na legislação previdenciária. (Incluído pela Lei nº 10.035, de 2000)

§ 5o O Ministro de Estado da Fazenda poderá, mediante ato fundamentado, dispensar a manifestação da União quando o valor total das verbas que integram o salário-de-contribuição, na forma do art. 28 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, ocasionar perda de escala decorrente da atuação do órgão jurídico. (Incluído pela Lei nº 11.457, de 2007) (Vigência)

§ 6o Tratando-se de cálculos de liquidação complexos, o juiz poderá nomear perito para a elaboração e fixará, depois da conclusão do trabalho, o valor dos respectivos honorários com observância, entre outros, dos

critérios de razoabilidade e proporcionalidade. (Incluído pela Lei nº 12.405, de 2011)

§ 7º A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei no 8.177, de 1º de março de 1991. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Observamos uma alteração sutil, porém importante, no § 2º do dispositivo em apreço: a palavra “deverá” no lugar de “poderá”. A **mudança da conduta** opcional para uma imperativa traz significativa consequência para o desfecho do prazo do processo.

Também houve outras mudanças, além da faculdade do contraditório prévio.

O **prazo foi reduzido** de 10 (dez) para 8 (oito) dias. Em um primeiro momento, poder-se-ia argumentar que houve um ganho de celeridade, com a diminuição do prazo para insurgência. Todavia, talvez tenha pensado o legislador em “padronizar” o prazo para irresignação das partes com a dilação recursal na ritualística trabalhista, qual seja, de 8 dias para interpor e contra-arrazoar recurso, uniformizado pela Lei n. 5.584/70, art. 6º (art. 894 a 897 e 900, da CLT).

Entretanto, isso pode incurrir na parte que tem direito de interpor recurso de agravo de petição, cujo prazo é de 8 dias. Todavia, isso só ocorrerá aos menos desavisados ou desatentos, pois não há “decisão” a ensejar a interposição de recurso, mas, apenas, a ciência da “conta” elaborada, tornando líquida a sentença (ou a obrigação).

Outra modificação sutil foi a substituição do agente condutor do procedimento: “juiz” por “juízo”. Conquanto possam ser dirigidas críticas, pois o órgão é o Juiz, e não o Juízo, nos termos da terminologia constitucional (art. 111, III, da CRFB/88), tal

alteração contempla as hipóteses em que a execução possa ser realizada por órgão colegiado, pois pode ser extraída da leitura do art. 897, “a”, c/c § 3º, da CLT, muito embora a hipótese mais corriqueira seria a da execução da decisão proferida em ação rescisória, quando condenatória em pecúnia, porém, na Justiça do Trabalho, a execução dessa ação de competência originária ocorre nos próprios autos da ação que lhe deu origem (art. 836, parágrafo único, da CLT).

Passemos ao procedimento de liquidação diante desse contexto.

Natureza da liquidação

A natureza da liquidação de sentença se mostra dividida em alguns aspectos: se integrante do processo ou fase de conhecimento ou se pertencente ao processo ou fase de liquidação.

Topograficamente, a liquidação de sentença se encontra cravada no Capítulo V – DA EXECUÇÃO, do Título X – DO PROCESSO JUDICIÁRIO DO TRABALHO, no Diploma Celetista.

Desse modo, mesmo diante de eventuais críticas a serem destinadas a essa afirmação, a **liquidação** trabalhista é uma **fase da execução trabalhista** e o **pronunciamento** que estabelece o seu montante se enquadra como **decisão interlocutória**.²

Procedimento a ser iniciado de ofício

2 A respeito do debate sobre a natureza jurídica da liquidação no Direito Processual do Trabalho, veja-se a exposição do insigne Bezerra Leite. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1324-1327.

O **caput** do art. 879 permaneceu **intacto**, no qual se observa um elemento imperativo de **atuação de ofício** para que seja **procedida à liquidação** do título.

Desse modo, **não incide** a regra prevista no **art. 878**, dada pela Reforma, quanto à iniciativa da execução, quando a parte estiver assistida por advogado, **ser vedada a promoção de ofício**.

Assim, **incumbe ao magistrado** condutor do feito **determinar o início** do procedimento de **liquidação**.

Espécies/modalidades – cálculo, arbitramento ou artigos

Igualmente **não houve modificação nas espécies ou modalidades** de liquidação previstas no Sistema Trabalhista, isto é, **cálculo**, arbitramento ou artigos.

Em sua grande maioria, as sentenças trabalhistas, quando ilíquidas, seguem a liquidação por cálculo: apresentados por calculistas da unidade judiciária (Vara do Trabalho ou de algum núcleo ou central de apoio), pelas partes ou por perito contador.

Aqui não seguimos a linha do ilustre doutrinador Carlos Henrique Bezerra Leite, para quem a sentença no procedimento sumaríssimo deve ser líquida, uma vez que os pedidos nesse procedimento devem ter o seu respectivo valor indicado na petição inicial.³

Se assim pensarmos, diante da atual redação do art. 840, § 1º, da CLT (com alteração dada também pela Reforma em comento), todos os pedidos devem ser individualizados na petição inicial, atraindo a necessidade e obrigatoriedade de prolação de sentenças líquidas diante desse novo regramento.

3 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.1322.

Com algumas exceções, grande parte dos juízes dos diversos tribunais regionais do trabalho ainda proferem sentenças ilíquidas.⁴

Assim, a abordagem feita a seguir aplica-se aos procedimentos trabalhistas, (sumário – *rectius*: de alçada exclusiva das atuais varas do trabalho, sumaríssimo ou ordinário – *rectius*: o rito que não se enquadre nos demais).

Abrangência da liquidação

Em sua grande parte, as sentenças trabalhistas preveem verbas trabalhistas de conteúdo salarial em sentido amplo (seja salário estrito senso, seja verba rescisória) ou alguma indenização (dano moral ou material – pensão mensal) que necessitem de transformação em liquidez para viabilizar a execução.⁵

Aquelas que contém títulos trabalhistas salariais ou rescisórios podem sofrer incidência **contribuições para a Previdência Social**, cuja **competência** é da **Justiça do Trabalho** para a **execução**, inclusive **de ofício**, nos termos do art. 114, VIII, da CRFB/88, bem como contemplada na CLT, mesmo com a Reforma (e não poderia ser diferente; do contrário, inconstitucional seria!).

Assim, o **procedimento liquidatório abrange também essas contribuições**, que se revelam como **acessórias** em relação às verbas deferidas na sentença liquidanda.

Com isso, mesmo que seja considerado vedado o impulso oficial para promover a execução, quando a parte estiver assistida por advogado (nova regra contida no art. 878, da CLT, pela

4 No TRT da 8ª Região (PA/AP), esmagadora parte das sentenças é líquida, além dos acórdãos, conforme relatos.

5 Existem demandas processadas perante a Justiça do Trabalho que não contemplam verbas consideradas trabalhistas, a exemplo de contribuições sindicais ou parcelas não decorrentes de relação de emprego, mas de trabalho diverso.

Reforma), em se tratando de existência de contribuições previdenciárias a executar, não há como não promover a execução de ofício destas sem que também não sejam executadas as verbas trabalhistas sobre as quais elas incidem. Não seria razoável e eficiente (princípio também constitucional – art. 37, *caput*, da CRFB/88) promover a execução delas e “fechar os olhos” para as verbas trabalhistas, bem como não guardar correspondência com o valor creditício de hierarquia entre elas (a verba trabalhista, de caráter alimentar, se encontra acima dos créditos devidos à Fazenda Pública).

Vista da conta às partes depois de elaborada - novo modelo – obrigatoriedade

O novo modelo de procedimento trazido pela Reforma impõe o **contraditório obrigatório** às partes, no **prazo de 8 dias**, depois de tornada líquida a conta, **sob pena de preclusão**.

Na **redação anterior** do referido dispositivo (§ 2º, do art. 879, da CLT), havia a **faculdade** de abertura de vista às partes da conta elaborada (**no prazo de 10 dias**, e não de 8 dias), o que permitia ao magistrado diferir o contraditório para outro momento: para os embargos à execução, em face da previsão contida no art. 884, § 3º, da CLT.

Agora, ao que parece, pelo menos (temos certeza!), haverá **comprometimento da celeridade processual**. Explica-se, conforme as hipóteses comentadas a seguir.

1ª HIPÓTESE – CONTA ELABORADA POR CALCULISTA DO JUÍZO

Se o julgador determinar a **elaboração** da conta pelo **calculista** do juízo (ou de alguma central, conforme o caso), **deverá** (e não mais poderá) abrir **vista** às partes para manifestação, sob pena de preclusão.

Se as partes se insurgirem, incumbirá ao magistrado se manifestar sobre os argumentos das partes e proferir uma **sentença de liquidação**.

Dessa sentença, poderemos ter dois procedimentos:

- a. O juiz dará vista da decisão tomada às partes, as quais poderão interpor **agravo de petição** (há corrente doutrinária que entende ser possível interposição do apelo da sentença de liquidação)? **Ou** apenas apresentarão suas **impugnações** à sentença de liquidação, de logo?
- b. O juiz, depois de proferir a sentença de liquidação, determinará a expedição de mandado executivo para o pagamento do valor apurado?

Se as partes apresentarem “impugnação à sentença de liquidação”, o magistrado manterá retidas as impugnações para julgá-las em *eventuais* embargos à execução, depois de garantia pelo devedor, ou as julgará logo?

Caso não as julgue logo, manterá retidas até os embargos à execução.

Se não apresentados os embargos, por exemplo porque garantida a execução com depósito ou penhora e silente o executado, procederá o magistrado ao julgamento das impugnações já apresentadas. Todavia, deverá viabilizar o contraditório da peça ou das peças de impugnação apresentadas pela(s) parte(s) ao respectivo adverso para, somente então, proferir uma sentença de apreciação das impugnações, a **sentença de impugnação** à liquidação, prevista no art. 884, §§ 3º e 4º, da CLT:

Art. 884 - Garantida a execução ou penhorados os bens, terá o executado 5 (cinco) dias para apresentar embargos, cabendo igual prazo ao exeqüente para impugnação.

§ 1º - A matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida.

§ 2º - Se na defesa tiverem sido arroladas testemunhas, poderá o Juiz ou o Presidente do Tribunal, caso julgue necessários seus depoimentos, marcar audiência para a produção das provas, a qual deverá realizar-se dentro de 5 (cinco) dias.

§ 3º - **Somente nos embargos à penhora poderá o executado impugnar a sentença de liquidação, cabendo ao exequente igual direito e no mesmo prazo.**(Incluído pela Lei nº 2.244, de 23.6.1954).

§ 4º - Julgar-se-ão na mesma sentença os embargos e a impugnação à liquidação. (Incluído pela Lei nº 2.244, de 23.6.1954).

§ 4º **Julgar-se-ão na mesma sentença os embargos e as impugnações à liquidação apresentadas pelos credores trabalhista e previdenciário.** (Redação dada pela Lei nº 10.035, de 2000).

§ 5º Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001).

§ 6º A exigência da garantia ou penhora não se aplica às entidades filantrópicas e/ou àqueles que compõem ou compuseram a diretoria dessas instituições. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Veja-se que se o julgador, depois de tornada líquida a conta pelo calculista, optar por homologar e determinar a expedição

de mandado executivo, **a tese de nulidade processual poderá ser exitosa**, na medida em que o devedor **poderia impugnar** a conta no **prazo de 8 dias sem garantia** da execução (direito subjetivo dele); diferente do que ocorre por meio dos **embargos** à execução: **prazo de 5 dias e exigência de garantia** da execução para discutir a sentença de liquidação. Isso, evidentemente, se o julgador não receber os embargos por intempestividade ou ausência de garantia, o que lhe fulminaria qualquer possibilidade de reversão dos valores que lhe foram imputados a pagar. E se ele não apresentar justamente por não poder garantir a execução? Posteriormente, admita-se que este executado venha apresentar alguma nulidade da execução, nos mesmos autos ou em alguma via autônoma (rescisória ou anulatória)? Estaria preclusa essa discussão, na medida em que não poderia discutir sem garantir a execução para apresentar seus embargos do devedor?

Observa-se que as turbulências se mostram mais latentes em comparação com eventual garantia de contraditório antecipado. Percebe-se que a duração razoável do processo, de igual importância constitucional, saiu do confronto com o contraditório, que nunca deixou de ser viabilizado às partes; apenas se mostrava diferido, conforme o crivo de administração judicial do condutor do feito, observando a peculiaridade dos litígios e força de pessoal atuante em sua unidade jurisdicional.

Como resumem Antônio Umberto de Souza Jr, Fabiano Coelho, Ney Maranhão e Platon Teixeira Neto:

(...) a partir de agora, as partes passam a ter o direito à impugnação prévia da conta de liquidação (contraditório prévio), mas a insurgência contra a decisão de liquidação, depois desse contraditório, dá-se em momento

posterior, mediante prévia garantia do juízo (contraditório diferido).⁶

O ilustre Homero Batista acredita que a tomada de postura do legislador se deu em face experiência amargada por algum executado desfavorável, diante de execução forçada com altos valores, em que erros grosseiros eram reconhecidos somente a posterior. Lamenta o referido autor que tais casos tenham atuados como paradigmas para o legislador ter promovida a alteração de facultativa para obrigatória quanto à vista da conta elaborada às partes.⁷

Fazemos coro ao nobre colega, antecipando nossa conclusão, pois é notável que essa modificação compromete e comprometerá, sensivelmente, a duração razoável do processo.

No mesmo sentido de haver comprometimento da celeridade processual e, com isso a duração razoável do processo, manifestam-se Antônio Umberto et al.:

O ponto negativo do novo procedimento liquidatório é que comprometerá severamente a celeridade processual na fase de satisfação do julgado ilíquido. Isto porque:

a obrigatoriedade da abertura da oportunidade para impugnação prévia dilatará o prazo de conclusão da liquidação;

haverá repetição de atos processuais, pois é natural que, rejeitada pelo juiz a impugnação prévia, a parte a renove sob a forma de embargos ou impugnação à sentença de liquidação, o que atrairá a provável reprodução do conteúdo da sentença de liquidação e, mais adiante, reiterará a parte insurgente

6 SOUZA JUNIOR. Antônio Umberto et al. **Reforma trabalhista**: análise comparativa e crítica da lei n. 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017, p.461.

7 Op. cit., p.172.

os mesmos argumentos no interior das razões de seu agravo de petição, o que implica um enorme potencial de desperdício e redundância de atividade processual, sem nenhum benefício para a eficácia da execução trabalhista (sem falar na corriqueira apresentação de exceção ou objeção de pré-executividade antes da expedição ou do cumprimento do mandado de citação e penhora, aventando as mesmas matérias).⁸

Isso se torna evidente diante uma violação ao princípio da concentração e da irrecorribilidade imediata das interlocutórias, imperioso na processualística trabalhista.

Destaca-se que Antônio Umberto e demais autores antes mencionados não entendem obrigatória a vista das partes (contraditório prévio) da “atualização” do cálculo, mas, tão-somente, da liquidação sentencial.⁹

2ª hipótese – conta elaborada pela parte – reclamante ou reclamada

Caso o julgador tenha optado por tornar líquida a **conta pela parte** (exequente ou executado) e ela apresente o demonstrativo, o magistrado **deverá abrir vista à parte adversa**, sob pena de preclusão, e proferir uma **sentença de liquidação**.

Daí por diante, as vias possíveis (mais gerais) estão no item acima, com os mesmos percalços.

8 SOUZA JUNIOR. Antônio Umberto et al. **Reforma trabalhista**: análise comparativa e crítica da lei n. 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017, p. 462.

9 Op. cit., p. 462.

Se o magistrado optar por homologar a conta apresentada pela parte exequente, sem facultar a vista pela parte executada, as consequências, de igual modo, já foram apresentadas alhures.

3ª hipótese – conta elaborada por perito contador

Caso o julgador opte por liquidar a sentença por **perito contador** (*independentemente de serem complexos*, conforme se tem conhecimento desse procedimento em algumas unidades por relatos informais), haverá necessidade de vista às partes para impugnações, sob pena de preclusão. **Com eventuais impugnações**, o magistrado deverá prolatar uma **sentença de liquidação**.

Igualmente, as opções do magistrado se encontram previstas no item da conta elaborada por calculista da própria unidade.

Destaque-se que o complicador se mostra mais assente se entrarmos na discussão de necessidade também de vista à UNIÃO (INSS), caso seja considerado “parte” na execução, na medida em que é credor.

Todavia, ainda que não se abra vista à UNIÃO (INSS), é livre de dúvida, que não haverá preclusão para sua manifestação eventual, pois não lhe foi concedido o contraditório.

Ressalte-se que existe um valor fixado para eventual obrigatoriedade de manifestação da autarquia previdenciária sobre os valores executados.

Dois pronunciamentos sobre a conta – uma por conta do atual modelo imposto e outro nos embargos à execução

Note-se que, **agora**, com a **imposição de vista às partes**, poderemos ter **dois pronunciamentos** sobre a conta: **um** depois

de eventuais impugnações, quando tornada líquida a conta; **e outro** por ocasião dos embargos à execução, quando, caso tenham havido impugnações depois da sentença de liquidação proferida (quer tenham as partes sido notificadas da sentença de liquidação, quer tenham elas apresentadas por ocasião dos embargos em debate), será objeto de uma sentença de embargos à execução (art. 884, § 4º, da CLT), que abrangerá não só as matérias de cálculos impugnadas, mas, também, se for o caso, as posteriores à sentença de liquidação e em relação à penhora.

No modelo facultativo, tornada líquida a conta, muitos julgadores homologava o demonstrativo apresentado e **reservava o contraditório para os embargos à execução**, momento no qual resolveria todos os incidentes e impugnações ocorridos depois da sentença de conhecimento (execução definitiva ou provisória) até a penhora, *em homenagem à concentração dos atos e à irrecorribilidade imediata das interlocutórias*.¹⁰

Outros desdobramentos ainda podem ocorrer diante dos modelos e hipóteses apresentadas. Só apenas foram colocados os acima para demonstrar que a opção do legislador da Reforma trouxe um retardamento ao processo executivo, na medida em que a liquidação antecede os atos expropriatórios.

A quem interessará o retardamento da atividade satisfativa? Ao devedor, evidente. Esse, sem dúvida, será o beneficiado com a Reforma implementada. Assim também concluem Antônio Umberto e demais autores citados alhures.¹¹

Considerações finais

10 Idem justificativa nos mostra o colega Homero Batista. SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.71.

11 Op. cit., p.462.

Em resumo e no essencial, a retirada da discricionariedade judicial a respeito do procedimento a ser adotado (considerando as peculiaridades de cada unidade jurisdicional) diante das sentenças líquidas, em face da nova redação da Reforma, sem dúvida, em nossa modesta opinião, violará a duração razoável do processo, retardando a entrega da atividade jurisdicional satisfativa (art. 4º, do CPC).¹²

O legislador reformador introduziu uma conduta processual sem se aperceber em que isso afetaria a marcha processual executiva, deixando de verificar a conformidade dessa mudança com esse Sistema no qual foi inserida, ignorando os princípios que os norteia, em especial a irrecorribilidade das decisões interlocutórias e de concentração de atos.

A realidade atual das varas do trabalho dos diversos TRTs do país não contempla a possibilidade de prolação de sentenças líquidas, o que não poderia ter sido desprezado pelo legislador.

Observe-se que o procedimento anterior não excluía ou fulminava o contraditório, mas, apenas e tão somente, o concentrava nos embargos do devedor, ocasião em que seriam dirimidas e solucionadas todas as matérias depois do trânsito em julgado até a penhora ou antes de expedir o precatório (conforme o caso).

Preservavam-se, com a previsão normativa anterior, todos os valores e princípios constitucionais e atendia aos clamores sociais de efetividade do serviço jurisdicional e duração razoável do processo.

Todavia, como não somos de todo pessimistas, talvez essa alteração legislativa proporcione uma modificação no gerenciamento do processo de modo a provocar o Poder Judiciário e os órgãos envolvidos a elaborarem medidas visando à prolação de

12 Art. 4o As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

sentenças líquidas e, com isso, atenuar o impacto desse novo modelo do § 2º, do art. 879, da CLT, na ultimação do processo, com satisfação do credor.

Oxalá, tudo se desenvolva da melhor maneira para a sociedade.

Referências

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

SOUZA JUNIOR, Antônio Umberto et al. **Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017.

JUSTIÇA GRATUITA PARA PESSOA FÍSICA APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Rodrigo Arantes Cavalcante¹

Tramite da lei 13.467/2017

Conforme já tive a oportunidade de comentar em outra obra de minha autoria², a reforma trabalhista foi realizada em tempo muito exíguo não sendo dada a oportunidade da sociedade como um todo debater a referida legislação, não havendo a participação da classe trabalhadora, do empresariado, e demais interessados havendo nítida violação da Convenção 144 da OIT.

Passados estes esclarecimentos iniciais iremos analisar como era a gratuidade à pessoa física antes da lei 13.467/2017 para posteriormente analisar as alterações realizadas pela lei 13.467/2017 no que tange ao objeto do nosso estudo (gratuidade da justiça) e, posteriormente analisaremos as alterações com base na Constituição Federal, Código Civil e da jurisprudência.

-
- 1 Advogado. Professor. Autor de Obras Jurídicas. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Especialista em Direito Público. Membro efetivo da Comissão de Direito Material do Trabalho da OABSP 2016/2018. Membro efetivo da Comissão de Direito Especial à Adoção da OABSP 2016/2018. E-mail: rodrigo_arantescavalcante@yahoo.com.br
 - 2 Reforma Trabalhista Comentada Artigo por Artigo de acordo com Princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais. Ano 2017. Ed. LTR.

Gratuidade antes da lei 13.467/2017

Antes da Lei 13.467/2017 era comum observarmos nas petições de ações trabalhistas o pedido de justiça gratuita e a juntada da declaração de pobreza nos autos, sendo que a parte autora geralmente declarava ser pobre na acepção jurídica do termo, declarando não ter condições de pagar as custas e demais despesas do processo, realizando referida declaração nos termos da lei.

Geralmente o magistrado concedia a justiça gratuita de forma automática bastando o requerimento, até mesmo porque as maiorias dos reclamantes que postulam os direitos que entendem devidos junto à Justiça do Trabalho estão na maioria das vezes desempregados.

É óbvio que havia abusos de reclamantes que detinham poder econômico, como grandes jogadores de futebol³, em pleitearem justiça gratuita de forma indevida, mas resta deixar mencionado que isto era exceção, sendo que quando constatado pelo magistrado tal fato, os mesmos geralmente condenavam estes trabalhadores em litigância de má-fé.

Portanto, a regra era a concessão da justiça gratuita e a exceção era o seu indeferimento que ocorria desde que houvesse prova da condição econômica da parte autora demonstrada geralmente pela parte contrária como comentado.

Anteriormente a reforma trabalhista já tivemos algumas alterações quanto a regulamentação da justiça gratuita.

Vigorava inicialmente a lei 1.060/50 na qual bastava simples declaração para que se presumisse a necessidade de sua concessão, vide artigo 4º:

3 http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/jogador-do-santos-que-se-declarou-pobre-perde-acao-milionaria/pop_up?refererPlid=10730&_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print&_101_INSTANCE_89Dk_languageId=pt_BR.

Art. 4º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

§ 1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

§ 2º. A impugnação do direito à assistência judiciária não suspende o curso do processo e será feita em autos apartados.

Na CLT tínhamos a previsão no artigo 790 com redação dada pela lei 10.537/02 em que a justiça gratuita aos empregados também poderia ser deferida por simples declaração e concedida inclusive de ofício pelo magistrado.

Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002);

§ 1º Tratando-se de empregado que não tenha obtido o benefício da justiça gratuita, ou isenção de custas, o sindicato que houver intervindo no processo responderá solidariamente pelo pagamento das custas devidas. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002);

§ 2º No caso de não-pagamento das custas, far-se-á execução da respectiva importância, segundo o procedimento estabelecido no Capítulo V deste Título. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002);

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002).

Também tínhamos e continua vigente a lei 5.584/70 que versa sobre a assistência judiciária gratuita nas hipóteses de o trabalhador buscar a assistência jurídica junto ao sindicato de classe, e nesta hipótese todo aquele que recebe salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal tem o direito de ter deferida a concessão da justiça gratuita, bem como da assistência judiciária gratuita (instituto mais abrangente), sendo que referida legislação também aborda a questão de que a declaração de próprio punho pelo trabalhador possui a presunção de veracidade.

Assim pedimos licença para transcrever o art. 14, §1º da lei 5.584/70⁴.

Art 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez

4 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5584.htm. Acesso em: jan. 2018.

provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Com a vigência do novo CPC houve a revogação da lei 1.060 e a questão da justiça gratuita passou a ser disciplinada pela Seção IV do CPC, e nos termos do artigo 98 temos a justiça gratuita integral inclusive com a possibilidade de sua concessão as pessoas jurídicas, sendo que se passou a aplicar na justiça do trabalho a previsão do artigo 790 da CLT combinada com o CPC, salvo para os trabalhadores assistidos pelo sindicato em que vigora a lei 5.584. “Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.”

O instituto do CPC trouxe modificações ao instituto já que antes de sua vigência o advogado poderia realizar a declaração no processo judicial, sendo presumida a sua validade e teor. Já com o atual Código de Processo Civil (2015) houve a revogação da lei 1.060 e passou-se a aplicar o art. 105 do CPC exigindo que o advogado que quisesse realizar a declaração de hipossuficiência tivesse procuração com poderes específicos para tanto, havendo inclusive alteração da S. 463 do TST.

Assim pedimos licença para transcrevermos o art. 105 do CPC e S. 463 do TST:

Art. 105. A procuração geral para o foro, outorgada por instrumento público ou particular assinado pela parte, habilita o advogado a praticar todos os atos do processo, exceto receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, receber, dar quitação, firmar compromisso e assinar declaração de hipossuficiência econômica, que devem constar de cláusula específica.

§ 1º A procuração pode ser assinada digitalmente, na forma da lei.

§ 2º A procuração deverá conter o nome do advogado, seu número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e endereço completo.

§ 3º Se o outorgado integrar sociedade de advogados, a procuração também deverá conter o nome dessa, seu número de registro na Ordem dos Advogados do Brasil e endereço completo.

§ 4º Salvo disposição expressa em sentido contrário constante do próprio instrumento, a procuração outorgada na fase de conhecimento é eficaz para todas as fases do processo, inclusive para o cumprimento de sentença.

Súmula nº 463 do TST⁵. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017.

I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);

II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

5 Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 2018 jan. 2018

Após estas recentes alterações quanto ao instituto da justiça gratuita o legislador realizou nova mudança para diferenciar a área trabalhista dos demais processos do país.

Assim, ficou demonstrado que antes da lei 13.467/2017 a concessão da gratuidade da justiça era a regra e havia a presunção de veracidade da declaração de hipossuficiência não sendo necessária a comprovação da existência de qualquer requisito para sua concessão, salvo para a assistência judiciária gratuita junto ao sindicato.

Contudo, a reforma trabalhista trouxe grandes alterações à justiça gratuita como iremos verificar.

Alterações na gratuidade para a pessoa física com a publicação da lei 13.467/2017

A gratuidade da justiça gratuita está prevista no art. 790 da CLT, sendo certo que a lei 13.467/2017⁶ alterou o parágrafo 3º do referido dispositivo e acrescentou o §4º ao artigo em comento, vejamos:

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

6 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13467.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

Observem que, o legislador reformista em uma análise objetiva estabeleceu que, se a parte ganhar salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios da previdência social terá direito aos benefícios da justiça gratuita.

No entanto, se a parte, e o objeto do nosso estudo é a pessoa física, perceber valor ou salário superior a 40% do limite máximo do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social terá de provar que não possui condições de arcar com as custas e demais despesas do processo, havendo portanto um caráter subjetivo nesta hipótese.

Assim, a afirmativa de que a Justiça Gratuita é concedida de forma objetiva e que a declaração de pobreza possui presunção de veracidade não é mais uma afirmativa correta, ante a necessidade de comprovação para a sua concessão, bem como o critério subjetivo de sua análise.

Outro ponto da lei 13.467/2017 que prejudica a gratuidade da justiça ou a reduz vem a ser a alteração do art. 790-B da CLT, havendo inclusive a inserção de diversos parágrafos que pedimos licença para transcrevermos:

Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita.

§ 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho.

§ 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais.

§ 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.

§ 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no

caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

Tendo em vista que o objeto do nosso estudo é a gratuidade da justiça para a pessoa física não iremos comentar todos os dispositivos acima, um a um, mas sim fazer a abordagem no aspecto de nosso estudo.

Quanto ao §4º do art. 790-B da CLT observamos que mesmo o magistrado concedendo os benefícios da justiça gratuita caso a parte for sucumbente na perícia terá descontado do seu crédito do processo ou de outro para pagamento, sendo que a União apenas responderá por tal encargo quando a parte realmente não tiver condições de arcar com tais valores, nem mesmo possua processos com saldo para descontar.

Outro ponto da reforma trabalhista em que a parte beneficiária da justiça gratuita poderá ser afetada vem a ser na sucumbência, a legislação reformista deixa claro que o beneficiário da justiça gratuita terá de arcar com os honorários de sucumbência no §4º do art. 791-A da CLT⁷ que pedimos licença para transcrever.

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

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

7 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I – o grau de zelo do profissional;

II – o lugar de prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa;

IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguido-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

Portanto, mesmo a parte sendo considerada beneficiária da justiça gratuita terá de pagar honorários de sucumbência no que perder e, se tiver créditos no processo será deduzido dos créditos para este pagamento, podendo ainda ser deduzido de outro processo que a parte possua.

Após a verificação das alterações da lei 13.467/2017 no que tange a gratuidade da justiça gratuita passaremos a refletir e realizar as devidas críticas no tópico abaixo.

Críticas à lei 13.467/2017 No que tange a gratuidade da justiça gratuita

Ao estudarmos o Direito Constitucional aprendemos que, o direito é uno (único), sendo que a divisão por matérias ou disciplinas apenas se dá de forma didática e acadêmica.

No entanto, parece que o legislador não observou referidos estudos, já que o mesmo legislador que participou do processo de criação do atual CPC é o mesmo que realizou a “reforma trabalhista” e, enquanto o § 3º do art. 99 do CPC deixa claro que se presume verdadeira a alegação de insuficiência realizada por pessoa natural o legislador reformista na CLT não realiza a mesma análise prejudicando de forma clara o acesso do trabalhador na Justiça.

A razão de existir do Direito do Trabalho é o princípio da proteção conforme ensinamentos do Saudoso Jurista Américo Pla Rodriguez sendo que, o legislador ao prejudicar ou criar empecilhos para que o trabalhador tenha de fato a justiça gratuita é restringir o acesso do mesmo violando, por conseguinte o princípio da proteção.

A Constituição Federal de 1988 prestigia os direitos chamados de “terceira geração”, quais sejam, solidariedade e fraternidade e, ao estudarmos doutrinas de direito constitucional observamos que, o que os doutrinadores constitucionalistas chamam de “constitucionalismo do futuro” é justamente se fazer cumprir os direitos humanos de terceira geração ou terceira dimensão como preferem outros juristas.

Esta ideia está justamente aliada ao constitucionalismo fraternal e de solidariedade, o que com todo respeito não observamos na lei 13.467/2017 e, conforme já tive oportunidade de me manifestar em um artigo de minha autoria sobre outro

tema⁸, a Lei conhecida como “reforma trabalhista” não observa a constituição e não faz da sociedade nem livre, nem justa muito menos solidária e aumenta ainda mais as desigualdades sociais, violando assim o art. 3º, incisos I e III da Constituição Federal.

Portanto, no que tange a gratuidade da justiça não podemos interpretar o art. 790 da CLT de forma gramatical, sendo que, no meu sentir deve ser aplicado o art. 99, §3º do CPC, ou seja, presumindo verdadeira a declaração de pobreza realizada por pessoa natural.

Assim, aplicar o art. 99, §3º do CPC é a melhor interpretação possível, pois se, utilizarmos da CLT (art. 790) de forma apenas gramatical não estaríamos observando a dignidade da pessoa humana inserida no art. 1º, III da Constituição Federal.

Percebam, portanto, que a Lei 13.467/2017 não visa à melhoria da condição social do trabalhador, mas coloca empecilho para o acesso a Justiça havendo nítida violação ao art. 7º caput da Constituição Federal de 1988.

Independente desta discussão, estamos observando em alguns julgados que, muitas vezes o juiz indefere os benefícios da justiça gratuita de ofício ou após manifestação por parte da reclamada sem conceder prazo para o reclamante provar a sua hipossuficiência econômica, o que no nosso sentir viola o §2º do art. 99 do CPC⁹.

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

8 https://www.conjur.com.br/2017-dez-24/rodrigo-arantes-sucumbencia-reforma-trabalhista-ruim-advogados?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook.

9 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

Importante, mencionar que o requerimento para os benefícios da justiça gratuita pode ser realizado a qualquer momento no processo, inclusive reiterado.

No que tange o beneficiário da justiça gratuita ter de arcar com pagamento de honorários periciais e honorários de sucumbência quando for sucumbente na perícia e nos pedidos, figura que atualmente nos moldes legais possibilita inclusive dedução dos créditos tiver direito a receber naqueles autos ou em outros, resta com todo respeito realizarmos algumas críticas.

Nesta hipótese caso a parte tenha os benefícios da justiça gratuita concedidos nos autos, esta deve ser por inteiro, não se admitindo a concessão dos benefícios da justiça gratuita em parte, sendo no meu sentir referida legislação inconstitucional por afrontar o art. 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988. "LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."

Também existe violação ao princípio da inafastabilidade de jurisdição inserido no art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

Como visto a nova legislação deixa a desejar quanto a constitucionalidade do instituto. Mas porque o legislador foi tão rigoroso com os trabalhadores beneficiários da justiça gratuita?

Por qual razão no Código de Processo Civil o legislador diz que o beneficiário da justiça gratuita sucumbente na perícia a responsabilidade de tal encargo é da União e na lei trabalhista impõe tal responsabilidade ao trabalhador?

Segundo muitos a diferenciação entre a lei trabalhista e a processual civil reside no fato da necessidade de se punir os trabalhadores, pois segundo aqueles que viram a necessidade da reforma trabalhista como foi feita, os empregados reclamantes na Justiça do Trabalho pediam demasiadamente direitos que não possuíam, e nenhuma pena a eles era aplicada.

Contudo, penso que para os abusos sempre tivemos legislação punitiva anteriormente a reforma trabalhista como, por

exemplo, o Código de Processo Civil com a figura da litigância de má-fé, cabendo aos juízes em casos pontuais de abuso a sua aplicação.

No mais, a Justiça do Trabalho sempre cuidou de litígios baseados em fatos, o que por vezes pode levar a improcedência do pedido sem que haja de fato má-fé, pode haver ausência de provas, ou prova dividida aplicando neste último o caso o julgamento conforme o ônus da prova.

Logo, penso que a nova legislação trabalhista quanto à justiça gratuita a pessoa física, na maioria das vezes reclamantes, deixou a desejar no tocante a ausência de integralidade de sua cobertura, e o legislador utilizou de tal mecanismo de fato impedindo e/ou dificultando o acesso a justiça.

O melhor seria se a ausência de cobertura apenas ocorresse em casos pontuais quando a litigância de má-fé fosse reconhecida e aplicada no processo, mas não foi assim que o nosso legislador o quis.

Assim, entendemos que a melhor interpretação da referida legislação vem a ser a declaração de sua inconstitucionalidade e a aplicação o art. 95, §3º do CPC¹⁰.

§ 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:

I – custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado.

Isso porque a referida interpretação é a melhor e, em conformidade com a Constituição Federal já que não podemos

¹⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

descontar ou compensar com os créditos do trabalhador com os honorários periciais, por ser verbas distintas.

O art. 369 do Código Civil é claro que para haver compensação é que sejam coisas fungíveis, sendo este mais um argumento para não haver compensação.

Conforme já afirmamos em outra obra o legislador ao permitir que o trabalhador beneficiário da justiça gratuita deva arcar com o pagamento de honorários periciais estaria violando a Convenção 155 da OIT, devido a perícia de insalubridade, periculosidade e médica envolver questões de saúde e segurança do trabalho e, o legislador ao dificultar a constatação do mesmo ou criar empecilhos para a referida prova viola no nosso sentir referida norma internacional.

Portanto, o intérprete deve sempre observar e interpretar as normas de acordo com os Princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais sob pena de realizarmos grandes injustiças sendo que estamos tratando neste tema apenas da reforma trabalhista quanto a gratuidade para a pessoa física, sendo que a lei 13.467/2017 atende com todo respeito apenas aos interesses de uma parcela do grande empresariado e, se aplicarmos a letra fria da mesma não só haverá prejuízo ao trabalhador como também ao pequeno e médio empregador brasileiro conforme já tive oportunidade de comentar em um artigo publicado¹¹ em dezembro de 2017.

Portanto, o pensador e aplicador do direito tem nesse momento grande responsabilidade de aplicar e interpretar a lei com base na justiça social, Constituição Federal, Direitos Humanos, Tratados Internacionais e princípios, principalmente

11 https://www.conjur.com.br/2017-dez-24/rodrigo-arantes-sucumbencia-reforma-trabalhista-ruim-advogados?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook.

do Direito do Trabalho sob pena de contribuirmos ainda mais com as injustiças sociais em nosso país.

“Nosso dia vai chegar
Teremos nossa vez
Não é pedir demais
Quero justiça
Quero trabalhar em paz
Não é muito o que lhe peço
Eu quero um trabalho honesto
Em vez de escravidão (...)”
(Legião Urbana, Fábrica. Compositor Renato Russo. Banda¹²).

Referências

Artigo Conjur. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-dez-24/rodrigo-arantes-sucumbencia-reforma-trabalhista-ruim-advogados?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em: jan. 2018.

CAVALCANTE, Rodrigo Arantes; VAL. Renata Do. **Reforma Trabalhista comentada artigo por artigo, de acordo com Princípios, Constituição Federal e Tratados Internacionais**. São Paulo: LTr, 2017.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 2018 jan. 2018.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

12 Disponível em: <https://www.cifraclub.com.br/legiao-urbana/fabrica/> Acesso em: 2018 jan. 2018.

constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

Lei Justiça Gratuita. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5584.htm>. Acesso em: jan. 2018.

Lei Reforma Trabalhista. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21.ed. 2017. Ed. Saraiva.

Música Fábrica. Disponível em: <<https://www.cifraclub.com.br/legiao-urbana/fabrica/>>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

Notícia TST. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/jogador-do-santos-que-se-declarou-pobre-perde-acaomilionaria/pop_up?refererPlid=10730&_101_INSTANCE_89Dk_viewMode=print&_101_INSTANCE_89Dk_languageld=pt_BR>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

Reforma trabalhista. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 2018 jan. 2018.

Súmulas do TST. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 2018 jan. **2018**.

PRINCÍPIO DA IGUALDADE: PESSOA JURÍDICA E JUSTIÇA GRATUITA NA LINHA DO TEMPO TRABALHISTA

Rosângela Tremel¹

“Legislar é fazer experiências com o destino humano”²

Introdução

Para que haja uma prestação jurisdicional célere e eficaz, o Direito deve ser dinâmico. A meta de alcançar tal dinamismo não é diferente no âmbito da Justiça do Trabalho.

A relutância manifestada pelos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT), bem como o Tribunal Superior do Trabalho (TST), para a concessão da gratuidade de justiça às pessoas jurídicas, aduzindo que apenas os reclamantes trabalhadores estariam autorizados a serem beneficiários do instituto da gratuidade no Judiciário, regido pela Lei nº 1.060/50, vem sendo objeto de reflexão há bastante tempo. Se observado pela égide do inciso IV do art. 1º da Constituição Federal, que prega, como princípio fundamental, o da livre iniciativa, esta nunca foi a

1 Advogada; Jornalista; Administradora de empresas; Criadora do projeto e Editora-Chefe da Revista Jurídica da Unisul “De fato e De Direito”; Coautora de obras jurídicas; Colunista especial do Instituto Diálogo (RJ); Professora de Direito Público em grau de Mestre para pós graduação; Colaboradora de periódicos especializados.

2 Jahrreiss (2002, p. 76).

melhor alternativa. A preocupação aumenta se considerado o incentivo ao empreendedorismo materializado no estímulo à criação de micro e pequenas empresas.

Tal posição teve significativa alteração com a entrada em vigor do Código de Processo Civil, bem como com a edição das Súmulas 463 (DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017) e 86 (incluído o item II em decorrência da Lei nº 13.467/2017), ambas do TST, ajustando-se à realidade do cenário brasileiro, que atravessa profunda crise econômica.

O mero indeferimento à gratuidade de justiça para as pessoas jurídicas de plano, sem uma acurada análise caso a caso, cedeu espaço para que se considerem exceções dentro da sistemática jurídica vigente. Tal posição demonstra que o direito ajusta-se à realidade nacional, de desemprego, falências e recuperações judiciais. É o que se pretende demonstrar ao longo desse artigo, em breve análise da linha do tempo deste instituto.

A gratuidade de justiça sob a ótica da lei nº 5.584/70

Não é de hoje que, para esta autora, a questão da justiça gratuita para empresas resulta em artigo derivado da atividade advocatícia. O primeiro desta ordem, foi produzido em coautoria³ e publicado com chamada de capa pelo JTb Consulex, em 2006. Nele batíamos forte nas seguidas negativas à gratuidade para pessoa jurídica, a ponto de perguntarmos se se tratava de privilégio do empregado. Partíamos do pressuposto de que a Carta Magna em vigor, ao pregar o princípio constitucional da igualdade de direitos e garantias, o fazia reconhecendo que a pessoa jurídica merecia (e de fato, hoje reconhecidamente ainda que em alguns casos passou a merecer) tanta proteção

3 TREMEL, Rosângela Tremel; BASTOS, Wilson Tavares Bastos. **JTb Jornal trabalhista Consulex**. Brasília, Ed. Semanal, ano 23, 31 de jul. 2006.

pelo Estado quanto a pessoa física, naquilo que não lhe fosse naturalmente incompatível como o objeto deste artigo, o direito à Justiça gratuita.

A percepção cotidiana do litigante é de que a busca incessante para conferir maior celeridade ao processo do trabalho se dava fosse buscando exaustivamente a conciliação, fosse reduzindo a possibilidade da interposição de recursos. A fim de limitar segunda hipótese, o art. 7º da Lei nº 5.584/70 impôs a necessidade de depósito recursal prévio, sob pena de deserção e o art. 14 dessa Lei limitou a concessão da gratuidade de justiça, *in verbis*:

Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

1º a assistência é devida, a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

2º a situação econômica do trabalhador será comprovada em atestado fornecido pela autoridade local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, mediante diligência sumária, que não poderá exceder de 48 (quarenta e oito) horas.

3º Não havendo no local a autoridade referida no parágrafo anterior, o atestado deverá ser expedido pelo Delegado de Polícia da circunscrição onde resida o empregado.

Pela simples leitura do já citado art. 14 da Lei nº 5.584/70, juntamente com os seus parágrafos, chega-se à ilação de que a assistência judiciária não ficou restrita ao reclamante – trabalhador, mas apenas dispõe que a assistência judiciária seria prestada pelo sindicato. Tratava-se de um dispositivo legal específico, porém, não taxativo, ou *numerus clausus*, já que tal legislação apenas se preocupava em disciplinar a assistência dos sindicatos nos dissídios entre empregados e empregadores. Não havia qualquer dispositivo expresso que restringisse a assistência judiciária gratuita apenas aos trabalhadores.

À guisa de mera ilustração de caráter eminentemente didático, vale quebrar a linha do tempo para registrar a diferença entre assistência judiciária e justiça gratuita, nos termos de Rogério de Vidal Cunha, já no contexto da vigência da atual reforma trabalhista:

A⁴ assistência judiciária gratuita é regulada pela Lei [5.584/70](#) que determina, ordinariamente, que esta seja prestada pelo sindicato da categoria profissional ([CLT](#), art. [511](#), § 2º) a que pertencer o trabalhador (Lei [5.584/70](#), Art. [14](#)), independentemente de sua filiação à entidade sindical, que deve prestar assistência não só aos seus filiados mas à qualquer trabalhador da categoria (Art. 18), o que, antes da reforma trabalhista (Lei [13.467/13](#)) era decorrência lógica do fato que todos os trabalhadores pagavam contribuição sindical obrigatória (contribuição especial de interesse de categoria profissional – [CRFB](#), art. [149](#)) equivalente a um dia de trabalho ao ano ([CLT](#), art. [580](#), I) para o custeio do sistema sindical).

4 CUNHA, Rogério de Vida. **A reforma trabalhista e o benefício da justiça gratuita**. O que muda com a Lei 13.467/17?. Disponível em: <<https://rogeriovcunha.jusbrasil.com.br/>>. Acesso: 20 jan. 2017.

Contudo, após as alterações da [CLT](#), especialmente a nova redação do art. [579](#), tal contribuição deixou de ser obrigatória, passando a facultativa. Mas como não houve qualquer alteração do art. [592, I, a](#) da [CLT](#), ainda assim, deverão as entidades sindicais, obrigatoriamente, aplicar essa contribuição, dentre outras, na prestação de assistência jurídica, inclusive àqueles trabalhadores não filiados à entidade. Já o instituto da justiça gratuita está delimitado pelo art. [790, § 3º](#) da [Consolidação das Leis do Trabalho- CLT](#), e como no processo civil garante aos seus beneficiários a isenção do pagamento das custas processuais, inclusive traslados e instrumentos. Contudo na justiça do trabalho, como regra, o benefício será outorgado àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, ou seja, para os trabalhadores que se enquadrarem nessa faixa de renda há presunção legal de necessidade, dispensando-se a comprovação de hipossuficiência. [...]. A inclusão do § 4º no art. [790](#) da [CLT](#) pela Lei 13.467/13 reforça o entendimento acerca da admissibilidade da concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, quando devidamente comprovada a sua dificuldade econômica.

Retornando ao início do século atual, na advocacia alegávamos que, caso prevalecesse raciocínio excludente da pessoa jurídica, chegar-se-ia ao absurdo de apenas conceder a gratuidade de justiça àqueles trabalhadores assistidos por sindicato.

Ora, o art. 14 da Lei nº 5.584/70 nem sequer deveria ser citado como sucedâneo para o indeferimento da gratuidade de Justiça, fosse para aqueles que não estavam litigando sob

a proteção do sindicato, fosse para as pessoas jurídicas. No entanto, não era esse o entendimento dos Tribunais Regionais do Trabalho como, por exemplo, o da 3ª Região, para o qual o direito à concessão à gratuidade de justiça “só alcançava a pessoa física, não restando preenchido o requisito elencado no § 3º do art. 790 da CLT, no que se refere à associação embargante, e muito menos aquele estabelecido no art. 14 da Lei nº 5.584/70.”⁵

Decisões semelhantes também foram tomadas no âmbito no Tribunal Superior do Trabalho, em 2003, pelos votos dos Ministros Rider Nogueira⁶ de Brito e Antônio José de Barros Levenhagem⁷, aqui citados como amostragem ilustrativa na linha do tempo da temática abordada⁸.

À época discutia-se que, ainda que fosse admitida a impossibilidade de concessão de gratuidade de justiça, por causa do dispositivo legal em comento, tal impedimento, certamente, não resistiria ao cotejo com preceitos de ordem constitucional, como o art. 5º, LXXIV da Constituição da República (CF) que, por estar inserido no capítulo de garantias e direitos fundamentais, não necessitaria de lei regulamentadora, vale dizer que trata-se de norma autoaplicável: art 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

5 Ementa: Embargos de Declaração. Presente o vício da omissão, conheço dos embargos e dou-lhe provimento para o fim de sanar a omissão apontada, sem a distribuição de efeito modificativo ao julgado. TRT3ªR.- E.Dcl, n º 00494-2005.055.03.00.7-Ed Belo Horizonte- 4ª Turma – Rel. Juiz Julio Bernardo do Carmo – J.22.03.06).

6 TST – AIRR nº 713 – 5ª T- REl Min. Rider Nogueira de Brito DJU 09.05.03.

7 TST-RR nº 771.197- 4º T- Rel Min. Antonio José de Barros Levenhagen.

8 TST – AIRR nº 713 – 5º T – Rel. Min. Rider Nogueira de Brito – DJU 09.05.03. TST- RR nº 771197 – 4º T- Rel. Min. Antonio José de Barros Levenhagen – DJU 14.02.03

inviolabilidade do direito á vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

[...] Omissis) LXXIV – O estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O que se depreende de uma simples análise do exposto, é que a Lei Maior não faz distinção entre as pessoas físicas e jurídicas, apenas mencionando um único requisito para a concessão da gratuidade: a insuficiência de recursos.

Assim sendo, e tendo em vista o caráter de norma autoaplicável do dispositivo constitucional em tela, não cabia à legislação infraconstitucional distinguir onde a Lei Maior Republicana não o fazia. Logo, o art. 14, 1º, da Lei nº 5.584/70 não se encontrava recepcionado pela Constituição da República.

O texto consolidado, se igualmente interpretado de forma restritiva, se tornava inconstitucional, vez que a distinção entre pessoa física e jurídica também estaria vedada pelo art. 5º, LXXIV da Lei Maior, além, é claro, de lei ordinária não poder restringir o alcance da norma constitucional.

O depósito recursal é percebido pelos litigantes como um criado para desestimular as grandes empresas a desembolsarem expressivas quantias e, assim, ver as suas razões de inconformismo reapreciadas pelo Tribunal. Porém, as condições de grande parcela das empresas não são as mesmas da época da edição da Lei nº 5.584/70.

Atualmente as micro e pequenas empresas tomam cada vez mais conta do cenário e pesquisas demonstram sua capacidade de gerar empregos em situação econômica na qual cada vaga aberta é garantia de dignidade humana, com inserção de trabalhador no mercado formal.

A insuficiência de recursos personifica-se no alto valor as despesas processuais com recursos na esfera da Justiça do

Trabalho e, por outro lado, na condição precária das micro e pequenas empresas, bem como de muitas fundações e associações sem fins lucrativos, muito embora estas não sejam alvo deste estudo.

Em cotejo com citado artigo 5º, inciso LXXIV sempre nos pareceu restar incontroverso que, demonstrada a insuficiência de recursos, a pessoa jurídica faria jus aos benefícios da gratuidade materializando o princípio da igualdade.

Em 2014, um avanço, eis que o próprio Tribunal Superior do Trabalho passou a decidir como no exemplo reproduzido, mantendo o pagamento do depósito recursal:

RECURSO DE REVISTA. JUSTIÇA GRATUITA. EMPREGADOR. PESSOA JURÍDICA. O regional asseverou que o **benefício da justiça gratuita** a empregador será concedido desde que seja **pessoa física**, empregador doméstico ou firma individual, diante da simples declaração de **insuficiência econômica**. Circunstâncias as quais não foram preenchidas. Embora este não seja o entendimento prevalecente no âmbito desta Corte Superior, de fato, não estão preenchidos os requisitos para a concessão do pleito. A Lei [1.060/50](#) estabelece normas aplicáveis à concessão de assistência jurídica aos necessitados, ou seja, regra geral, às pessoas naturais que não dispõem de meios econômicos para praticar os atos de defesa de seus interesses ou direitos pela via judicial. **Excepcionalmente, porém, a jurisprudência desta Corte vem admitindo a possibilidade de concessão dos benefícios citados na Lei 1.060/50 às pessoas jurídicas, sempre que houver prova inequívoca de dificuldade econômica**, quer dizer, de não poderem arcar com o custo do processo, tais como custas, honorários e depósitos recursais (este último incluído pela Lei Complementar [132/2009](#)). Não obstante a ampliação das hipóteses de

isenção abrangidas pela justiça gratuita, pelas alterações trazidas pela LC [132/2009](#), a qual inseriu o inciso [VII](#) no art. [3º](#) da Lei [1.060/50](#), o entendimento desta Corte é no sentido de a pessoa jurídica não se beneficiar da presunção de veracidade de hipossuficiência econômica, pois atribuída apenas à pessoa física. A pessoa jurídica, para ter direito ao benefício, tem de comprovar que não pode arcar com as despesas do processo, mesmo em se tratando de pessoa jurídica sem fins lucrativos. Por fim, destaque-se que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de a concessão e, ainda, de a concessão só abranger **apenas as custas e não o depósito recursal**. No caso concreto não há comprovação de hipossuficiência econômica. Requerimento indeferido. Assim, indevida a concessão dos benefícios da justiça gratuita à reclamada. Recurso de revista não conhecido. ADICIONAL NOTURNO. A decisão regional está em consonância com a OJ 388 da SDI-1 do TST, pois o que consta nos autos é que o reclamante laborava em escala 12x36, das 19 às 07 horas. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 1537003820085150045, Relator: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 10/12/2014, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/12/2014) (sem grifo no original).

A gratuidade da justiça trabalhista e o CPC/15

O caminho se faz ao andar. Ante o advento da regra do art. [15](#) do [CPC/15](#)⁹ (Lei nº 13.105/15) integrante do capítulo II, sob o título Da Aplicação das Normas Processuais, percebe-se a

9 Art 15 Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

determinação de que o código em vigor tem somente aplicação subsidiária na justiça laboral não havendo incompatibilidade entre a regra especial (CLT, art. 790, § 3º¹⁰) e a regra geral (CPC/15, art. 99¹¹) constante da Seção IV, denominada Da gratuidade da Justiça, bem como a inclusão do § 4º no art. 790 da CLT

10 **Art. 790.** Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002).

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

11 O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso. § 1º Se superveniente à primeira manifestação da parte na instância, o pedido poderá ser formulado por petição simples, nos autos do próprio processo, e não suspenderá seu curso.

§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

§ 5º Na hipótese do § 4º, o recurso que verse exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência fixados em favor do advogado de beneficiário estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade.

§ 6º O direito à gratuidade da justiça é pessoal, não se estendendo a litisconsorte ou a sucessor do beneficiário, salvo requerimento e deferimento expressos.

§ 7º Requerida a concessão de gratuidade da justiça em recurso, o recorrente estará dispensado de comprovar o recolhimento do preparo, incumbindo ao relator, neste caso, apreciar o requerimento e, se indeferi-lo, fixar prazo para realização do recolhimento.

pela Lei nº 13.467/13¹², tudo reforça o entendimento acerca da admissibilidade da concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, quando devidamente comprovada a sua dificuldade econômica.

A doutrina pacifica a questão como pontua Araujo¹³: “Em respeito ao princípio da unidade do ordenamento jurídico, o Código de Processo Civil constituiu fonte para a integração das demais normas processuais de nosso sistema jurídico civil. Sua aplicação pode assumir natureza supletiva ou subsidiária.”

Wanbier et al, define:

Aplicação subsidiária x aplicação supletiva. Não se trata somente de aplicar as normas processuais aos processos administrativos, trabalhistas e eleitorais quando não houver normas, nestes ramos do direito, que resolvam a situação. 1.1. Aplicação subsidiária ocorre também em situações nas quais não há omissão. Trata-se, como sugere a expressão “subsidiária”, de uma possibilidade de enriquecimento, de leitura de um dispositivo sob outro viés, de extrair-se da norma processual eleitoral, trabalhista ou administrativa um sentido diferente, iluminado pelos princípios fundamentais do processo civil. 1.2. Aplicação supletiva é que ocorre apenas quando há omissão. Aliás, o legislador, deixando de

12 **Art. 790.** Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho. (Redação dada pela Lei nº 10.537, de 27.8.2002).

§ 4o O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

13 ARAUJO, Fábio Caldas de. **Curso de Processo Civil:** Parte Geral, atual. com a lei 13.256/2016 Malheiros, 2016. Tomo 1, p.278-279.

lado a preocupação com a própria expressão, precisão de linguagem, serve-se de duas expressões. Não deve ter suposto que significam a mesma coisa, senão, não teria usado as duas, mas como empregou também a mais rica, mais abrangente, deve o intérprete entender que é disso que se trata.¹⁴

Com relação específica ao direito do trabalho, Araújo (2016, p. 279) preleciona:

Na CLT a aplicação do princípio da subsidiariedade nasce da previsão do art. 769: “Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária no direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”. A aplicação do Código de Processo Civil no direito processual do trabalho não poderá provocar situação de interferência nos princípios basilares daquele sistema, como o princípio **pro operário**. A aplicação subsidiária também é possível na fase de execução, nos termos do art. 899.

Em seu artigo que responde à pergunta sobre o que a lei nº 13.467 muda no que se refere à gratuidade da justiça, Rogério Cunha¹⁵ alerta para a irrelevância da representação por

14 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DE MELLO, Rogério Licastro Tores; RIBEIRO, Leonardo Ferees da Silva. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. Editora RT. (versão digital).

15 CUNHA, Rogério de V. **A reforma trabalhista**. O que muda com a Lei 13.467/17?. Disponível em: <<https://rogeriovcunha.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

advogado particular para fins de concessão (CPC/15, art. 99, § 4^o¹⁶) ou a suspensão do preparo do recurso quando pendente recurso onde se postula a concessão do benefício (CPC, art. 101, § 1^o¹⁷) são plenamente compatíveis com as normas processuais trabalhistas e devem ser aplicadas de forma supletiva, como é o caso do inciso VIII do § 1^o do artigo 98 do CPC¹⁸ de forma que

16 **Art. 99.** O pedido de gratuidade da justiça pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso [...].

§ 4o A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

17 **A Art. 101.**

Contra a decisão que indeferir a gratuidade ou a que acolher pedido de sua revogação caberá agravo de instrumento, exceto quando a questão for resolvida na sentença, contra a qual caberá apelação.

§ 1º O recorrente estará dispensado do recolhimento de custas até decisão do relator sobre a questão, preliminarmente ao julgamento do recurso.

18 A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

§ 8º Quando o agravo de instrumento tem a finalidade de destrancar recurso de revista que se insurge contra decisão que contraria a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada nas suassúmulas ou em orientação jurisprudencial, não haverá obrigatoriedade de se efetuar o depósito referido no § 7o deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.015, de 2014).

§ 9º O valor do depósito recursal será reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte (introduzido pela Lei nº 13.467/17).

§ 10. São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial (introduzido pela Lei nº 13.467/17).

§ 11. O depósito recursal poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial (introduzido pela Lei nº 13.467/17). Read more: <http://cltonline.blogspot.com/2010/02/art-899.html#ixzz55Ocg4vxM>.

mesmo o depósito recursal ([CLT](#), art. [899](#)¹⁹), ainda que tenha natureza de garantia da execução, encontra-se coberto pela concessão do benefício da justiça gratuita.

Com estes novos dispositivos, os julgados de 2003, proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, entram para registro histórico, em nítida visão de futuro:

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;

19 **Art. 899** - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora. (Redação dada pela Lei nº 5.442, de 24.5.1968) (Vide Lei nº 7.701, de 1988).

§ 1º Sendo a condenação de valor até 10 (dez) vezes o salário-mínimo regional, nos dissídios individuais, só será admitido o recurso inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva importância. Transitada em julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância de depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz. (Redação dada pela Lei nº 5.442, 24.5.1968)

§ 2º Tratando-se de condenação de valor indeterminado, o depósito corresponderá ao que fôr arbitrado, para efeito de custas, pela Junta ou Juízo de Direito, até o limite de 10 (dez) vezes o salário-mínimo da região. (Redação dada pela Lei nº 5.442, 24.5.1968).

§ 3º - Na hipótese de se discutir, no recurso, matéria já decidida através de prejudgado do Tribunal Superior do Trabalho, o depósito poderá levantar-se, de imediato, pelo vencedor. (Redação dada pela Lei nº 5.442, 24.5.1968) (Revogado pela Lei nº 7.033, de 5.10.1982).

§ 4º O depósito recursal será feito em conta vinculada ao juízo e corrigido com os mesmos índices da poupança.

§ 5º (Revogado).

§ 6º - Quando o valor da condenação, ou o arbitrado para fins de custas, exceder o limite de 10 (dez) vezes o salário-mínimo da região, o depósito para fins de recursos será limitado a este valor. (Incluído pela Lei nº 5.442, 24.5.1968).

§ 7º No ato de interposição do agravo de instrumento, o depósito recursal corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor do depósito do recurso ao qual se pretende destrancar. (Incluído pela Lei nº 12.275, de 2010).

Processo civil- Embargos de declaração – Omissão configurada – Concessão de efeitos modificados – Possibilidade – Justiça gratuita – Pessoa jurídica – Possibilidade- Entidade filantrópica – Requisitos presentes – pedido deferido – Embargos acolhidos. I – Configurada a apontada omissão, acolhem-se os embargos II – Se a correção do vício acarreta a alteração do resultado do julgamento, é possível a concessão de efeitos infringentes aos embargos de declaração III – Na linha da jurisprudência deste Tribunal, é **‘possível a concessão do benefício da assistência judiciária à pessoa jurídica que demonstre a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejudicar a própria manutenção’**. IV- No caso, a própria natureza filantrópica da recorrente já evidencia o prejuízo que, certamente, advirá para a manutenção da atividade assistencial prestada a significativa parcela da sociedade, caso tenha que arcar com o ônus decorrentes do processo”. (STJ – EDREsp nº 205.835 – SP- 4º T – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – **DJU 23.06.03** – p. 372) (sem grifo no original).

No mesmo sentido e bem específico com relação ao recorte do objeto deste artigo que não aborda entidades filantrópicas: “Justiça gratuita – Pessoa jurídica. **O prejuízo do sustento próprio, a que se refere o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 1.060/50, pode dizer também com a pessoa jurídica** (REsp nº 122.129 – RJ). Recurso conhecido e provido.” (STJ – REsp nº 135.181 – RJ – 3º T – Rel. Min. Costa Leite – DJU 29.03.99 – p. 162) (sem grifo no original)

2017 – A Súmula 463/TST

Em 2017, a Súmula 463 se adapta ao contexto criado pelo CPC, porém no caso da pessoa jurídica, não há avanços em direção ao tratamento igualitário constitucionalmente previsto.

Súmula 463/TST - 18/12/2017. Assistência judiciária gratuita. Pessoa natural. Comprovação. (Conversão da Orientação Jurisprudencial 304/TST-SDI-I, com alterações decorrentes do CPC de 2015). CPC/2015, art. 105:

I - A partir de 26/06/2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (CPC/2015, art. 105);

Res. 219, de 26/06/2017 - DJ 28, 29 e 30/06/2017 (acrescenta a súmula).

II - No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

Como o recorte deste artigo é a pessoa jurídica, objeto do inciso II, o julgado que segue, da lavra do Relator Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, demonstra, na prática, a utilização dos artigos aqui estudados, em trechos escolhidos para reprodução que demonstram o quanto distantes ainda estamos da plenitude do princípio constitucional da igualdade, que vem sendo reiteradamente citado neste artigo²⁰

20 TST - RO: 15796120165050000, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 19/09/2017, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/09/2017).

VOTO

I - CONHECIMENTO

BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA AO IMPETRANTE

No recurso ordinário, o impetrante renova o pleito de concessão dos benefícios da justiça gratuita. Declara que não possui condições financeiras para arcar com as custas processuais.

Nos termos do art. 790, § 3º, da CLT, "é facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família".

De outro lado, consoante o art. 98, "caput", do CPC, "a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça".

O art. 99, § 3º, do CPC completa: "presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural".

Assim, para a concessão dos benefícios da justiça gratuita, revela-se bastante a declaração de miserabilidade jurídica firmada pela parte, à qual a Lei reconhece presunção relativa de veracidade.

O recorrente apresenta, dentro do prazo alusivo ao recurso ordinário, declaração de pobreza, nos moldes legais, afirmando que não possui

condições econômicas de pagar as despesas processuais, sem prejuízo do sustento próprio e da família (fl. 152).

Cumprido destacar que, ao tempo da protocolização do recurso ordinário, em 2.6.2017 (fls. 150/151), era válida a declaração de miserabilidade jurídica firmada pelo advogado, ainda que não estivesse munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC).

Essa era a diretriz da O.J. 305 da SBDI-1/TST, cancelada pela Resolução nº 219/2017 do TST (DEJT de 12, 13 e 14.7.2017), em razão da sua aglutinação ao item I da Súmula 463 do TST, editada com modulação dos efeitos para atos processuais praticados a partir de 26.6.2017. Eis o seu teor:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017.

I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);

II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

O procedimento atende também à diretriz da O.J. 269, I, SBDI-1/TST, segundo a qual "o

benefício da justiça gratuita pode ser requerido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que, na fase recursal, seja o requerimento formulado no prazo alusivo ao recurso".

Registre-se que o litisconsorte passivo, em sede de contrarrazões ao recurso ordinário, não apresenta qualquer prova capaz de infirmar a declaração de miserabilidade firmada pelo advogado do impetrante.

Diante desse quadro, impõe-se o deferimento dos benefícios da justiça gratuita, na medida em que não há prova em contrário apta a desconstituir a presunção relativa que paira sobre a declaração firmada.

Ademais, quanto à impugnação do litisconsorte passivo sobre o não recolhimento das custas processuais no recurso ordinário, destaca-se que, nos termos da O.J. 269, II, da SBDI-1 do TST, "indeferido o requerimento de justiça gratuita formulado na fase recursal, cumpre ao relator fixar prazo para que o recorrente efetue o preparo (art. 99, § 7º, do CPC de 2015)", não sendo hipótese de não conhecimento imediato do recurso.

Assim, presentes os requisitos extrínsecos de admissibilidade, pois tempestivo o apelo (fl. 3), regular a representação (fl. 32) e dispensado o recolhimento de custas, em face dos benefícios da justiça gratuita ora concedidos, conheço do recurso ordinário.

.....

E segue o citado voto:

.....

Quanto ao empregador, embora, em princípio, esse benefício não lhe seja extensível, a jurisprudência, em alguns casos, tem mitigado a

regra legal, concedendo-o às pessoas jurídicas que não perseguem lucro e que comprovem a dificuldade financeira por que alegam passar.

Nesse sentido, inclusive, já existe pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em voto relatado pelo Ministro Marco Aurélio, ao julgar Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios da Reclamação (RCL 1905), ajuizada pela Pam Brasil Transportes Rodoviários Ltda. contra o 4º vice-presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, sustentando o Exmo. Ministro Relator que:

'Presume-se, relativamente às pessoas jurídicas em atividade que estão no comércio, a detenção de recursos capazes de viabilizar o ingresso em juízo sem a citada gratuidade.

Por isso, proclama-se que incumbe à empresa demonstrar insuficiência de recursos, ou seja, a circunstância de se encontrar à beira da insolvência' - Revista Consultor Jurídico, de 15.08.2002.

No caso concreto, o Acionante, além de não se tratar de uma entidade filantrópica, não faz prova da dificuldade financeira que alega passar e, como é cediço, meras alegações destituídas de comprovação, não possuem o condão de servirem de prova..(sem grifo no original).

A presunção mencionada no voto traduz a sensibilidade da justiça trabalhista frente ao cenário econômico e traz esperanças de novos passos rumo à preconizada igualdade constitucional.

2018 Recuperação judicial, falência, micro, pequenos empresários e justiça gratuita

Já sob a égide da nova lei, a questão da gratuidade da justiça, objeto Súmula 86/TST, ganha novo item e amplia o benefício, antes restrito às empresas falidas passando a vigorar com o seguinte texto:

Súmula 86/TST - Sugestão da nova redação: DESERÇÃO. MASSA FALIDA. EMPRESA EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL (incluído o item II em decorrência da Lei nº 13.467/2017). I - Não ocorre deserção de recurso da massa falida por falta de pagamento de custas ou de depósito do valor da condenação. Esse privilégio, todavia. Não se aplica à empresa em liquidação extrajudicial. II. Nos recursos interpostos de decisões publicadas a partir de 11 de novembro de 2017, início da vigência da Lei nº 13.467/2017, as empresas em recuperação judicial, os beneficiários da justiça gratuita e as entidades filantrópicas ficam isentas do recolhimento do depósito recursal. (sem grifo no original)

Espera-se que o voto proferido pelo Relator Eduardo Pugliesi, datado de 12 de dezembro de 2017, processo nº TRT 0010613-91.2013.5.06.0241 (AI/RO), cujos trechos, neste texto, são usados como exemplo, esteja dentre os últimos que adotam a seguinte redação:

Objetiva a empresa agravante que lhe seja concedido os benefícios da justiça gratuita, para que haja dispensa no pagamento das custas e depósitos recursais e, por consequência, seja determinado o processamento do recurso ordinário trancado na origem por deserção.

Em suas razões, alega que está em recuperação judicial, tendo interrompido suas atividades completamente quando foram demitidos quase todos os seus funcionários, tendo, hoje,

quase três mil reclamantes apresentando ações contra a empresa. Sustenta que para viabilizar a recuperação judicial é essencial que algumas exigências sejam flexibilizadas, durante o período em que perdurar a mesma, para que se permita a continuidade da unidade produtiva. Cita Súmula 86 do TST. Pede o provimento do agravo de instrumento para que seja reconhecido o não cabimento do pagamento do depósito recursal e custas por ferir a preferência do quadro geral de credores.

Nos termos do art. 790, § 3º, da CLT, ao Juízo de qualquer instância é facultado conceder, a requerimento ou de ofício, os benefícios da justiça gratuita aos declaradamente necessitados, podendo dita isenção ser requerida em qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive na fase recursal, quando o pedido deve ser apresentado no prazo legal fixado para a interposição do apelo (OJ n. 269 da SBDI-1, do C.TST).

Em sendo assim, necessário o exame do pedido de gratuidade da justiça antes da apreciação da admissibilidade do presente agravo de instrumento, que passo a fazer.

Pois bem.

A concessão da gratuidade da justiça no âmbito desta Justiça Especializada sempre esteve relacionada à condição de hipossuficiente do trabalhador, que, impossibilitado de arcar com as despesas do processo, acabava por ver restringido o seu direito de acesso à justiça. A jurisprudência pátria vem declarando a possibilidade de concessão desse benefício benesses tam-bém ao empregador, ainda que pessoa jurídica maneira excepcional e apenas se demonstrada a insuficiência econômica para o custeio do

processo. Nesse sentido, inclusive, o artigo 98, do CPC/15. No caso, a dita insuficiência não restou comprovada.

É que a documentação acostada aos autos pela reclamada, comprova que a empresa agravante se encontra em Recuperação Judicial, contudo, não possui o condão de demonstrar ausência de recursos para o preparo.

A recuperação judicial é a concessão legal que visa a preservação da empresa, através da execução do plano de recuperação aprovado em Juízo, elaborado na forma do artigo 53, da Lei nº 11.101/05. Para tanto, faz-se necessário que o devedor preencha os requisitos do artigo 48 da lei em epígrafe, dentre os quais se alinha a obrigatoriedade de "*não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes*" (inciso I).

A falência, por outro lado, é um instituto mercantil, que tem por objetivo resguardar os credores do comerciante insolvente, de modo que a característica da falência é a cessação de seus pagamentos (artigo 77, da Lei 11.101/05), os quais são atraídos pelo Juízo universal.

São, portanto, institutos distintos. A prerrogativa de não pagamento de custas e do depósito recursal, contida na Súmula n. 86, do C. TST, não se aplica à recuperação judicial, porquanto destinada à massa falida, não sendo essa a hipótese dos autos. A agravante se encontra em estado de recuperação judicial, e, embora prevista na mesma lei que disciplina a falência, com esta não se confunde.

Desnecessário será, com a vigência da nova redação, tecer considerações sobre dois dolorosos momentos na vida

empresarial: a recuperação judicial e a falência. O que se verificará será o volume de aporte necessário à alavancagem da empresa, analisando-se a possibilidade de arcar com custas recursais ou não. Mais um expressivo passo rumo à igualdade. Resta ainda analisar, para uma futura redação desta súmula, a questão dos micro e pequenos empresários que não se encaixam nas duas situações acima, mas que, frequentemente, também não dispõem de caixa para suportar o ônus recursal, ampliando o tratamento igualitário aos hipossuficientes.

Considerações finais

Ao início deste artigo, destacou-se o fato de que legislar significa fazer experiências com a vida das pessoas. Um passo à frente e não se está no mesmo lugar. No caso das pessoas jurídicas houve expressivo avanço e, para aqueles que atuam no cotidiano da advocacia, a súmula 86, com sua nova redação, trouxe alento, se é que pode haver algum alento no contexto da falência ou da recuperação judicial.

Na verdade, trata-se de mais um passo rumo à materialização daquilo que, durante anos, foi um exercício básico de interpretação teleológica, calcado no art. 5º, LXXIV da Constituição Federal e afasta a distinção feita entre pessoas físicas e jurídicas no que concerne à concessão da gratuidade de justiça, efetivando-se mais uma parcela do dispositivo constitucional de norma eficácia plena.

Uma experiência, para manter a linguagem inicial deste artigo, avissareira em contexto de tantas dificuldades, mas ainda restaram os pequenos e microempresários. Estes empreendedores e efetivadores do princípio da livre iniciativa podem até deter algum oxigênio para o funcionamento cotidiano, porém, em caso de lide, não dispõem de recursos para o pagamento do preparo junto à justiça. Estas pessoas jurídicas ainda não

encontram albergue no princípio da igualdade, elas seguem lutando em meio às incertezas e acreditando no inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal, ou seja, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, no longo caminho rumo à igualdade constitucionalmente preconizada.

Referências

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de Processo Civil:** Parte Geral, atual.com a lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016. Tomo 1.

BRASIL. Código de Processo Civil internet. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho internet. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>>. acesso em: 20 jan. 2018.

_____. Constituição da Republica Federativa do Brasil internet. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>>. acesso em: 20 jan. 2018.

CUNHA, Rogerio de V. **A reforma trabalhista** O que muda com a Lei 13.467/17? Disponível em: <<https://rogeriovcunha.jusbrasil.com.br/>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

JAHREISS, Hermann. Groesse und Not der Gesetzgebung. 1953. In: BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República.** 2. ed. rev. e atual. Brasília: Presidência da República, 2002, p.76.

TREMEL, Rosangela Tremel; BASTOS, Wilson Tavares Bastos. **JTBjornal trabalhista Consulex.** Brasília, Ed. Semanal, ano 23, 31 de jul. 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DE MELLO, Rogerio Licastro Tores; RIBEIRO, Leonardo Ferees da Silva. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. Editora RT. (versão digital).

SEGURANÇA JURÍDICA DO EMPREGADOR: A RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR MÚTUO ACORDO, O FIM DA HOMOLOGAÇÃO OBRIGATÓRIA, O PROCESSO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA PARA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL E O TERMO DE QUITAÇÃO ANUAL

Suely Ester Gitelman¹

Considerações iniciais

É com grande satisfação e agradecimento que recebemos o convite dos organizadores desta obra coletiva para debater ideias e deixar consignadas nossas impressões sobre a Lei nº 13.467/2017 que trouxe inovações a nossa septuagenária Consolidação das Leis do Trabalho.

Nas minhas aulas da graduação, digo que não existe meio termo: ou os operadores do direito odeiam as inovações ou as adoram. É incrível como as mudanças introduzidas na seara laboral não foram apenas estudadas no período da *vacatio legis* que durou 120 dias, como ocorreu, por exemplo, com as novas regras do Código de Processo Civil publicadas em 2015, para

1 Suely Ester Gitelman é Advogada trabalhista militante, Professora Doutora em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, nos cursos da Graduação em Direito e Administração e Pós-graduação *stricto sensu* em Direito, Professora palestrante no COGEAE/PUC, é Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela PUC/SP.

que todos as conhecessem e passassem a utilizá-las na vida prática.

No nosso caso, magistrados, professores, dirigentes de classe e sindicalistas se inflamaram, inclusive nas mídias, ou tecendo elogios rasgados às novas regras trabalhistas ou desferindo críticas veementes, trazendo insegurança jurídica à população, que assistiu a tudo perplexa e confusa.

Afinal, a reforma é boa ou não ?

Sim, é. Não podemos negar que leis atuais que revogaram legislação em que vigorava há mais de setenta anos é de suma importância para dar novos ares aos contratos de trabalho e ao processo do trabalho no Brasil, satisfazendo anseios há muito buscados pelos que vivem o dia a dia do Direito do Trabalho no Brasil.

A reforma trabalhista veio numa das épocas mais nefastas do desemprego e crise econômica no país, onde chegamos a contar com mais de doze milhões de desempregados e a sua justificativa, justamente, era de que algo precisava ser feito para fomentar postos de trabalho e novas formas de contratação lícitas.

Nas palavras de Ivan Alemão

A Reforma Trabalhista de 2017 não teve o intuito de atingir diretamente o *status* das relações de trabalho, nem a relação entre capital e trabalho, nem tampouco quebrar o *mito da CLT*. A Reforma veio principalmente no sentido de alterar certos artigos da CLT aproveitando o seu respaldo simbólico. Não foi criado um “novo código”, como ocorreu há pouco tempo com o Código de Processo Civil (CPC). Enquanto nesse caso as propostas saíram principalmente do campo acadêmico e conceitual, por meio de uma comissão de juristas, a Reforma Trabalhista possui um texto

que é fruto do amálgama de vários projetos (...).²

Desta forma, os empregadores sempre se sentiram inseguros com seus empregados, seja durante a vigência dos contratos de trabalho, mais ainda após sua rescisão, sujeitos a Reclamações Trabalhistas que na maioria das vezes condenava a pagar diferenças de verbas trabalhistas.

Os temas que nos coube tratar no presente texto abrange justamente as formas de pacificação das relações de emprego, notadamente após a extinção do contrato de trabalho, trazendo maior segurança jurídica, principalmente aos empregadores.

Rescisão do contrato de trabalho por mútuo acordo

O artigo 484-A da CLT trouxe uma nova modalidade de rescisão do contrato de trabalho: por comum acordo entre empregado e empregador.

Inseriu-se na legislação trabalhista uma forma até então corriqueira de extinção do contrato de trabalho: quando o empregado queria ser mandado embora, mas tinha intenção de sacar seus depósitos fundiários e receber as parcelas do Seguro-desemprego. Para isso, negociava “por debaixo dos panos” a devolução do aviso prévio indenizado e a multa de 40% sobre os depósitos fundiários que recebia ao empregador.

Segundo Homero Batista Mateus da Silva:

2. Para tentar equacionar esse cenário, até então vedado ou ignorado pelo legislador, a reforma de 2017 reconhece a prática do comum acordo para os fins rescisórios à luz do direito trabalhista brasileiro, e não apenas

2 A reforma trabalhista de 2017 e o TST. In: **Revista Ltr, Ano 81**, Setembro de 2017, vol. 9. São Paulo: LTr, p.1123.

à margem do sistema. Inspirado no desdobramento da culpa recíproca (art. 484 da CLT), foi concebido o pagamento pela metade do aviso-prévio indenizado e da multa de 40% do fundo de garantia.³

Deste modo, de maneira “salomônica” o empregado fará jus à metade do aviso prévio, se for indenizado, e da multa sobre os depósitos fundiários, que passa a ser de 20% (vinte por cento).

Outrossim, receberá integralmente seu saldo salarial, as férias proporcionais e vencidas acrescidas do terço constitucional e o 13º salário proporcional, podendo sacar 80% (oitenta por cento) de seus depósitos do FGTS, mas não tendo direito ao ingresso no Programa do Seguro-Desemprego, conforme o § 2º do art. 484, CLT.

A Lei nº 13.467/17 alterou, coerentemente o art. 20 da Lei nº 8.036/90 que passou a prever nova hipótese de saque dos depósitos do FGTS (inciso I – A).

O problema que vislumbramos é no tocante ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, nos termos da Lei nº 12.506/11, que contempla mais de trinta dias e o empregador exige que o empregado trabalhe neste período apenas, indenizando o lapso de tempo proporcional restante.

Nos termos do art. 484-A da CLT o pagamento da metade é devido somente se a totalidade do aviso prévio for indenizado e não no caso de repartição entre trabalhado e indenizado. Neste caso, deve ser pago na integralidade, na nossa opinião, não havendo possibilidade de pagar apenas a metade do período faltante que foi indenizado.

3 **Comentários à reforma trabalhista.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 96.

Outra vertente que nós, como advogados militantes sentimos é que: não será mais vantajoso ao empregado continuar a praticar de forma escusa o “acordo extrajudicial” para sacar a totalidade de seus depósitos fundiários ao invés de receber somente 80% deles, mas, em contrapartida, com a multa de 20%, quando, na outra forma, nada recebia sob tal título ?

Por fim, será o fim das “casadinhas” ? Os acordos casados entre patrões e empregados remontam os primórdios da Justiça do Trabalho no Brasil e quando descobertos pelo juiz, acarretam graves consequências, com penas de litigância de má-fé às partes e expedição de ofícios denunciadores à Comitê de Ética da Ordem dos Advogados para os causídicos que participaram de tal manobra jurídica.

Os acordos casados são aqueles que tentavam legalizar o acordo escuso, facilitando a vida do empregador que nem ao menos deveria fazer o depósito da multa de 50% sobre os depósitos do FGTS, negociando diretamente os valores na reclamação trabalhista proposta já com todos os termos combinados com seu ex-empregado.

E mais: neste tipo de “operação”, o empregado conseguia receber o Seguro-Desemprego, uma vez que o juiz não saberia que se tratava de modalidade de dispensa por mútuo acordo, sendo que pelo teor da nova lei, o empregado que optar pela rescisão por comum acordo, conforme já dito, não poderá se beneficiar de tal Programa.

São estas as considerações sobre o tema.

O fim da homologação obrigatória das rescisões dos contratos de trabalho

A reforma trabalhista revogou o § 1º do art. 477 da CLT : “ O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho, firmado por um empregado com mais

de 1 (um) ano de serviço, será valido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social.”

Da mesma forma, foi revogado o § 3º do mesmo artigo : “ Quando não existir na localidade nenhum dos órgãos previstos neste artigo, a assistência será prestada pelo representante do Ministério Público ou, onde houver, pelo Defensor Público e, na falta ou impedimento destes, pelo Juiz de Paz.”

Assim, a partir de 11/11/2017, as rescisões contratuais com duração de mais de um ano não precisam mais, obrigatoriamente, serem homologadas perante o sindicato de classe do empregado ou Ministério do Trabalho, desburocratizando esta etapa.

Segundo Thereza Nahas:

A alteração do conteúdo dessa regra resolve várias situações que antes eram discutidas principalmente em face das novas tecnologias. A documentação da rescisão contratual e a obrigação de informar aos órgãos competentes são medidas de caráter administrativo e destinam-se, inclusive, aos fins estatísticos. A revogação dos §§ 1º e 3º acaba a intenção do legislador da reforma de dar maior autonomia às partes e não subordiná-las à burocracia que antes existia de terem necessariamente que ser assistidas por sindicato que, muitas vezes, não tinha disponibilidade de agenda para atendimento às partes.⁴

Na prática, esta etapa obrigatória de homologação da rescisão contratual em nada beneficiava as partes envolvidas:

4 In: NAHAS, Thereza; PEREIRA, Leone; MIZIARA, Raphael. CLT Comparada Urgente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.323.

nem os sindicatos de classe, nem os órgãos do Ministério do Trabalho possuíam datas próximas da rescisão para operacionalizar esta exigência, culminando com o empregado, no caso de dispensa injusta, recebendo suas verbas rescisórias dentro do prazo legal, mas aguardando infundavelmente para homologar a rescisão, o que lhe possibilitaria sacar o FGTS com a multa de 40% e habilitar-se no Programa do Seguro-Desemprego.

Isto sem falar se não nos deparássemos com a greve dos funcionários do Ministério do Trabalho e Emprego, tão corrente para nós brasileiros. Daí, a data da homologação seria um suplício, acarretando o contato quase diário e ansioso do empregado com o Contador da empresa ou seu setor de Recursos Humanos, uma vez que necessitava sacar seus depósitos fundiários e passar a receber seu Seguro-Desemprego.

Por outro lado, esta exigência de homologação, que inicialmente se traduzia como uma forma de esclarecimentos dos cálculos das verbas rescisórias aos empregados, apontando eventuais diferenças e acarretando seu imediato pagamento, deveria extinguir, ou mesmo diminuir, os ingressos com Reclamações Trabalhistas na Justiça do Trabalho. Tanto é que o termo comum utilizado é “quitação” do contrato de trabalho, para este processo.

Mas não era o que ocorria na prática. Após todo o período por que passavam empregado e empregador, ainda havia o direito de ação garantido constitucionalmente, tornando esta etapa inócua.

Problemas que vislumbramos com a reforma da legislação : para as empresas, o pedido de demissão devidamente homologado é força probante nos casos de reclamações trabalhistas posteriores em que o ex-empregado alega coação e a nulidade do pedido de demissão.

Nos casos do(a) empregado(a) ser detentor(a) de estabilidade provisória no emprego, a importância da homologação perante o órgão sindical ou do Ministério do Trabalho é primordial.

Assim, o que a lei mudou foi a falta de obrigatoriedade, sendo facultativo às partes que continuem a utilizar-se da homologação da rescisão do contrato de trabalho. Os sindicatos também devem incentivar tal prática em suas Convenções Coletivas, uma vez que se trata de fonte de renda, pois muitos cobram por este serviço e atualmente, com o fim do imposto sindical obrigatório, todas as fontes de renda são bem-vindas.

Por fim, a homologação é forma de amparar o empregado que não tem o conhecimento jurídico calcular suas verbas rescisórias e saber exatamente o que está recebendo, sendo que tal etapa visa a elucidar as questões trabalhistas ao menos capacitados. Imaginemos no caso do analfabeto, então ? É da maior importância que existam mecanismos para apaziguar os anseios de quem está saindo do emprego e recebendo seus haveres rescisórios.

O processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial

Outra inovação que nos parece salutar nas relações trabalhistas é o Processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial, criado nos artigos 855-B a 855-C da CLT.

Isto porque antigamente não era possível as partes apresentarem acordo diretamente em juízo para homologação.

Segundo Marlos Augusto Melek: “Esta é mais uma novidade que afasta o conceito da lei anterior de incentivar conflitos e

gera mais uma forma de solução de conflitos, sem necessidade de litígio judicial.”⁵

As partes em conjunto, representadas por advogados distintos, apresentarão petição informando os termos do acordo extrajudicial e requerendo sua homologação. Nota-se que o princípio do *jus postulandi*, previsto no art. 791 da CLT é afastado neste caso, obrigando as partes a estarem representadas em Juízo por advogados.

Pode, num primeiro momento, se configurar no já mencionado “processo casado”, mas o Juiz terá quinze dias a contar da distribuição do feito para analisar o acordo, designando audiência se entender necessário e proferir sentença.

Assim, o Juiz irá aferir a veracidade de vontade das partes, tendo livre arbítrio para entender pela não homologação, preservando a independência do Magistrado que conduzirá o processo com liberdade a teor do disposto no art. 765 da CLT e do disposto na Súmula 418 do C. TST :

Súm. 418, TST. MANDADO DE SEGURANÇA VISANDO À HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO.

A homologação de acordo constitui faculdade do juiz, inexistindo direito líquido e certo tutelável pela via do mandado de segurança.

Deste modo, com o fim da homologação obrigatória da rescisão contratual, este novo procedimento visa a garantir segurança jurídica às partes, evitando Reclamações Trabalhistas futuras.

Neste caso, o prazo da prescrição das parcelas indicadas no distrato estará suspenso e só voltará a correr com o trânsito

5 In: **Trabalhista! O que mudou?** – Reforma Trabalhista 2017. Curitiba, Estudo Imediato Editora, 2017, p.161.

em julgado da decisão que negar a homologação, segundo o parágrafo único, do art. 855-E, da CLT.

Vólia Bomfim Cassar entende que :

Também podem ser homologadas autocomposições extrajudiciais que versem sobre outros temas que não a extinção do contrato e que pacificam avenças travadas a partir de divergências de interpretações ou de interesses ocorridos durante a vigência do contrato, como pagamento de horas extras, diferenças salariais decorrentes de equiparação, pagamentos de adicional de insalubridade, etc.⁶

Por fim, negando-se o juiz a homologar o referido acordo, em todo ou em parte, caberá a interposição de Recurso Ordinário ao Tribunal Regional do Trabalho para sua apreciação.

O termo de quitação anual

O art. 507-B da CLT institui o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, a ser celebrado, obrigatoriamente perante o sindicato dos empregados da categoria. Segue sua transcrição :

Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo

6 In Comentários à reforma trabalhista. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017, p. 113.

empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

Tal inovação parece ser a solução para todos os males dos empregadores, pois poderão, uma vez ao ano, chamar seus empregados e mediante chancela sindical, quitar parcelas trabalhistas do contrato de emprego.

Ainda, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas !

Entretanto, nos parece frágil tal procedimento, uma vez que facilmente os empregados se socorrerão do Judiciário alegando coação, uma vez que se não se submetessem anualmente ao referido termo de quitação de seus contratos de trabalho, temiam represálias do empregador, até a perda do emprego e as Reclamações Trabalhistas abarcariam todas as verbas do período imprescrito.

Foi o que aconteceu com as Comissões de Conciliação Prévia que sumiram e não tiveram o efeito desejado: o desafoamento do Judiciário, exatamente pelas fraudes que algumas perpetraram.

Sob outro ângulo, se trata de mais uma fonte de renda para os sindicatos, que podem cobrar por tais serviços, num momento em que necessitam de toda a forma de arrecadação, tendo em vista o fim da compulsoriedade do imposto sindical.

Mas os sindicatos estão aparelhados para tal trabalho ? Deverão verificar durante um ano inteiro se horas extras foram pagas, se férias foram concedidas, se houve entrega de Equipamentos de Proteção Individuais dentro dos prazos, se as comissões foram pagas devidamente, enfim, contabilidade e técnicos preparados para muito trabalho, uma vez que sua chancela sindical dará quitação total quanto às obrigações ali discriminadas.

Homero Batista Mateus da Silva suscita a inconstitucionalidade deste artigo, sob alegação de que a :

(...) jurisprudência reiterada do STF demonstra que, exceção feita à própria CF, a legislação não pode saltar a apreciação jurisdicional, nem mesmo a pretexto de que a matéria era simples ou o interlocutor era qualificado. A prestação de contas pode ser útil para a sociedade, mas nosso sistema não está estruturado para que ela, por si só, ganhe status de coisa julgada e iniba o acesso ao Judiciário.⁷

Entretanto, a nós parece que o intuito do legislador é pacificar as relações de trabalho e desafogar a Justiça do Trabalho, uma vez que desestimulará o ingresso com reclamações que sabem os empregados são infundadas, mormente já terem sido quitadas anualmente perante o sindicato de classe.

Considerações finais

As inovações trazidas com a reforma trabalhista por certo acarretarão maior segurança jurídica aos empregados e empregadores.

Os temas abordados no presente estudo deixam claro que mecanismos antes ilegais passaram para a legalidade, como é o caso da extinção do contrato de trabalho por comum acordo entre as partes, transferindo para a letra da lei o que era comumente realizado na prática.

Ainda, a falta de obrigatoriedade da homologação da rescisão dos contratos de trabalho perante entidade sindical profissional ou órgão do Ministério do Trabalho, entre outros, desburocratizou uma etapa que mais ocasionava transtornos às partes do que atingia o fim a que foi proposto.

⁷ In: **E agora, Tarsila?**: dilemas da reforma trabalhista e as contradições do mundo do trabalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.178.

O fato de ser facultativa deixa as partes à vontade para dela fazer uso.

Tanto o processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial quanto o termo de quitação anual são instrumentos inovadores que visam à pacificação das relações de trabalho, fomentando a negociação direta entre as partes e desafogando a Justiça do Trabalho com eventuais Reclamações Trabalhistas, o que é digno de nota, dada o notório montante de ações que tramitam no Brasil.

Referências

ALEMÃO, Ivan. A reforma trabalhista de 2017 e o TST. In: **Revista LTr, Ano 81, Setembro de 2017**, v. 9. São Paulo: LTr, p.1121/1130.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

MELEK, Marlos Augusto. **Trabalhista! O que mudou?** – Reforma Trabalhista 2017. Curitiba: Estudo Imediato Editora, 2017.

NAHAS, Thereza; PEREIRA, Leone; MIZIARA, Raphael. **CLT Comparada Urgente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

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

_____. **E agora Tarsila?**: dilemas da reforma trabalhista e as contradições do mundo do trabalho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

A PRIORIDADE APLICATIVA DO ACORDO COLETIVO DE EMPRESA NO DIREITO DO TRABALHO

Túlio de Oliveira Massoni¹
Douglas Alencar Rodrigues²

Modelos de regulação do trabalho, estado e atores sociais

Interpretar e conhecer o direito do trabalho, além de uma aproximação histórica, envolve também o estudo dos atores sociais e da dinâmica das relações que entre si estabelecem (de conflito e de consenso), da mediação estatal por meio de leis reguladoras do trabalho e das formas de solução dos conflitos coletivos. É desta trama social e política da qual decorre

-
- 1 Doutor em Direito do Trabalho pela USP. Especialista em Direito Sindical pela Universidade de Modena, Itália. Bacharel em Ciências Sociais pela USP. Advogado. Professor concursado da UNIFESP. Professor Convidado da Universidade Tor Vergata (Roma II), da FGV-RJ, da Especialização da PUC-SP, da Universidade Mackenzie e outras. Autor do Livro “Representatividade Sindical” (LTr, 2007) e de artigos em revistas especializadas.
 - 2 Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB). Professor dos cursos de graduação e pós-graduação do Centro de Ensino Superior de Brasília - IESB. Presidente da Academia Brasiliense de Direito do Trabalho - ABRADT. Vice-Presidente do Instituto Goiano de Direito do Trabalho. Autor do Livro “Direitos Fundamentais Sociais e Efetividade - As ações Cíveis Públicas na Justiça do Trabalho”. (LTr, 2017) e de artigos em revistas especializadas.

a pluralidade de fontes do direito do trabalho que se cuidará nesta breve introdução.

Tradicionalmente se denominou “relações industriais” o conjunto de normas (formais e informais, gerais ou específicas) que regulam o emprego dos trabalhadores (salário, jornada, etc.), assim como os diversos métodos (negociação coletiva, lei, etc.) através dos quais se estabelecem as mencionadas normas e podem ser interpretadas, aplicadas e modificadas; métodos eleitos e aceitos pelos atores (empregadores e suas organizações e as representações de trabalhadores, Estado) nos processos de cooperação e conflituosidade, de convergência ou antagonismo. Tais normas, métodos, atores e processos sofrem mudanças no transcurso do tempo, por meio do qual as relações industriais vão tendo perfis e características próprias na evolução temporal.

Todo sistema de relações industriais, como mostra Oscar Ermida Uriarte, envolve três grupos de atores sociais (ou interlocutores): 1) os trabalhadores e suas organizações; 2) os empregadores e suas organizações; e 3) os organismos estatais relacionados ao trabalho.³ E deste sistema emerge um complexo de normas para governar e reger a comunidade de trabalho, as quais podem assumir uma diversidade de formas nos diferentes sistemas: convênios, estatutos, ordens, decretos, regimentos, laudos, políticas, práticas e costumes. A forma da norma não altera seu caráter essencial: o de definir o *status* dos atores e governar a conduta de todos os atores no lugar e na comunidade de trabalho.

Um aspecto central do sistema tem a ver com as regras que regulam a relação conflitual ou negocial entre os atores sociais. E esta regulamentação do sistema pode ser de dois tipos. Assim

3 A própria composição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) reflete, no plano internacional, esta estrutura de relações entre os atores sociais.

como a relação entre as partes pode ser negociada ou conflitiva, a regulação dessas relações pode ser estatal (através da lei) ou pode ser autônoma, caso em que não é o Estado que regula, mas as próprias partes por meio da negociação coletiva e outros institutos. Aqui surgem variáveis importantes com vistas a definir e classificar certo sistema de relações industriais de trabalho, já que ele pode ser regulado autônomo ou heteronomamente. O que é melhor? Maior grau de intervenção legislativa na regulação do sistema ou menor grau de intervenção legislativa e maior grau de regulação entre as partes. Neste ponto coloca-se o debate intervencionismo X autonomia, regulação estatal X autorregulação das partes.⁴

Sendo o conflito, notadamente o conflito coletivo, o ponto de partida de todo o sistema, é sobre ele (e seus desdobramentos, mediações e técnicas), e em especial sobre a negociação coletiva de trabalho, que se arraiga todo o edifício laboral, dado que os problemas laborais são normais, e não patológicos, em uma sociedade industrializada, na qual o objeto das relações industriais como técnica é a solução do conflito.

O aspecto característico do contrato de trabalho é que o trabalhador encontra-se submetido ao poder do empregador, mas, ao mesmo tempo, o poder deste último é, por sua vez, coordenado com aquele do trabalho sindicalmente organizado. A regulação do trabalho, portanto, resulta da combinação desses processos de subordinação e de coordenação. O conflito entre capital e trabalho é naturalmente imanente em uma sociedade industrial e, por isso, também nas relações de trabalho. Como mostra Otto Khan-Freund, em já clássico estudo, os conflitos de interesses são inevitáveis em toda sociedade. Há regras para a sua composição, mas não podem ser regras para sua

4 ERMIDA URIARTE, Oscar. **Curso introductorio de Relaciones Laborales**. Vol. 1. FCU: Montevideo, 1995, p. 7; 26.

eliminação. Devem ser regras aptas a promover a negociação, a promover os acordos e a promover a observância dos mesmos; e devem ser regras destinadas a regular o uso da pressão social e que devam valer para as armas exercitáveis pelas partes em conflito.⁵

Há modelos autônomos e modelos heterônomos de relação de trabalho na conformidade do espaço maior ou menor que o Estado reserva para suas leis e para a autonomia coletiva dos particulares. Otto Khan-Freund concebe três grandes modelos de regulação do trabalho e que, também, indicam a consequente relação que se estabelece entre lei estatal e contratação coletiva de trabalho.

O primeiro, de tradição da “Common Law”, em que o papel da lei na formação das regras é muito menor, é por alguns denominado *absenteísmo estatal* ou, ainda, “*laissez-faire coletivo*”.

O segundo modelo corresponde ao da “*legislação reguladora*” (*regulatory legislation*), no qual a legislação estabelece as normas reguladoras do trabalho, atuando de maneira a restringir o poder do empregador e sendo indiferente ao fato de os trabalhadores serem ou não sindicalmente organizados ou em que medida o sejam. Adverte o autor que o desenvolvimento da contratação coletiva (determinando tanto a sua amplitude quanto a sua perspectiva) reduziu o sentido de tal legislação reguladora, inclusive em termos de eficácia desta última.⁶

5 KHAN-FREUND, Otto. **Il lavoro e la legge**. Trad. Guido Zangari. Milano: Giuffrè, 1974, p. 21.

6 Amauri Mascaro Nascimento pondera as vantagens e desvantagens deste modelo. Se de um lado pode propiciar um nível mínimo ético imperativo e irrenunciável de proteção legal ao trabalhador de modo igualitário como tentativa de evitar a exploração do trabalho pelo capital, por outro lado por impedir a liberdade e padronizar situações absolutamente diferentes e que exigiriam tratamento diversificado a ponto de obstar que o juiz, cercado que está por um universo de leis, possa fazer justiça no caso concreto

O terceiro modelo, em contraposição ao modelo regulador, é o modelo “auxiliar” de normatização, tendente a estabelecer as “regras do jogo”, em especial por delimitar uma moldura legal (“legal framework”) da contratação coletiva. A lei tem por tarefa definir o processo formativo das próprias regras oriundas das partes coletivas interessadas e de suas imposições (“enforcement”). É o modelo de maior aplicabilidade hoje nos países democráticos, nos quais a legislação e os poderes públicos incentivam e fomentam a negociação coletiva como forma privilegiada de superação de conflitos coletivos⁷. Este modelo “negociado”, explica Amauri Mascaro Nascimento, uma vez que é consentido, conta com maior probabilidade de ser cumprido superiormente ao que é imposto de modo heterônomo.⁸

Nos sistemas autônomos ou autorregulados das relações laborais, como no britânico, no norte-americano e no italiano, a negociação coletiva é uma norma basilar que regula todo o sistema. Existe pouca ou nenhuma lei regulando a estrutura sindical, a negociação coletiva, a greve, os direitos de empresários e de trabalhadores; tudo ou a maior parte disso se regula através da negociação coletiva. A negociação coletiva é, portanto, nos sistemas autônomos de relações industriais a norma que estrutura a totalidade do sistema, não sendo necessário dizer nada mais para destacar a sua essencialidade. Diferentemente, nos sistemas intervencionistas ou regulamentaristas e naqueles sistemas em que a regulação do todo do sistema não se confia tanto à autonomia coletiva, a não ser, em menor ou em maior medida, o papel proeminente é confiado ao Estado, que o

(NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Ordenamento jurídico trabalhista**. São Paulo: LTr, 2013, p.83).

7 KHAN-FREUND, Otto. **Il lavoro e la legge**. Trad. Guido Zangari. Milano: Giuffrè, 1974, p. 30.

8 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Ordenamento jurídico trabalhista**. São Paulo: LTr, 2013, p. 80.

exerce através da lei. Ainda assim, a negociação coletiva segue sendo um elemento essencial do sistema; não tão essencial como o caso anterior, mas de todo modo importante, porque segue sendo, por mais leis que existam, a forma básica, a forma principal, a forma essencial da relação obreiro-patronal. Em outras palavras, põe-se a negociação coletiva a alternativa ao conflito, o modo de solucionar o conflito, a forma principal de relação entre o sindicato e o empresário, seja o empresário individual, seja a associação sindical de empregadores.⁹

O predomínio do coletivo sobre o contrato individual teve sua gênese no continente Europeu no qual as forças conservadoras e socialistas deixaram pouca margem aos governos liberais e o protagonismo do Estado deu-se através de uma extensa legislação garantista do trabalhador individual. Talvez, por consequência da crise econômica, a legislação do Estado deixou de fixar mínimos, parece haver unanimidade em deixar aperfeiçoar, retocar o edifício. Aflora com toda evidência o maior peso das relações coletivas sobre as individuais, não somente pela sua centralidade nas Constituições, ou porque se acumularam as sentenças de cortes constitucionais nos diversos países, senão porque, ademais, as primeiras são a fonte das segundas: os sujeitos coletivos têm característica de fonte de produção e os acordos coletivos, o de fonte de conhecimento das normas que regulam as condições individuais de trabalho; o valor qualitativo sobrepõe-se, assim, à história, e todo o Direito Sindical chega a ser um “a priori”, um “prius”, da relação individual do trabalho.¹⁰

9 URIARTE, Oscar Ermida. **Curso introductorio de Relaciones Laborales**. Vol. 1. FCU: Montevideo, 1995, p. 9.

10 URIARTE, Oscar Ermida. **Curso introductorio de Relaciones Laborales**. Vol. 1. FCU: Montevideo, 1995, p. 49. Isto explica a prevalência do contrato coletivo de trabalho sobre o contrato individual, expresso, no Direito brasileiro, nos arts. 444 e 619 da CLT.

Direito do trabalho: pluralismo de fontes e autonomia privada coletiva

Uma das grandes marcas do Direito do Trabalho, ao lado do princípio protetor, é precisamente o pluralismo jurídico. O direito do trabalho não está adstrito às leis elaboradas pelo Estado. Há também, simultaneamente com a elaboração das leis, uma contínua produção de vínculos jurídicos que se origina diretamente da sociedade organizada em grupos.

A noção de autonomia coletiva edificou-se a partir da noção de ordenamento jurídico formulada por Santi Romano¹¹, ao rejeitar a tese reducionista que resume o fenômeno jurídico apenas ao Estado, passando a admitir o ordenamento jurídico sindical, independente do Estado e auto-suficiente de valoração normativa e com unidade intrínseca, mas em contínua correlação com a ordem estatal, atuando até mesmo como fator de renovação desta última.¹² Os trabalhadores, coletivamente agrupados, de forma livre e espontânea, criam uma ordem jurídica diferente do sistema jurídico estatal e que desempenha papel proeminente no cenário das relações trabalhistas, ainda que possa ser condicionado pelo limite normativo que lhes impõe o Estado. Daí porque se afirma que “a presença de um ordenamento distinto do estatal e que eventualmente até o contradiz não tem, nas sociedades modernas, uma área de manifestação mais clara do que esta, a das relações industriais”.¹³

11 ROMANO, Santi. **L'Ordinamento giuridico**. 2.ed. Firenze: Sansoni, 1946.

12 GIUGNI, Gino. **Introduzione allo studio della autonomia collettiva**. Milano: Giuffrè, 1977.

13 BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **O particularismo do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1996, p. 103.

Na visão de Amauri Mascaro Nascimento¹⁴ a autonomia coletiva favorece o direito à livre negociação coletiva, a transferência de poder normativo do Estado para a ordem sindical – profissional, o poder dos grupos sociais de auto-elaboração da regra jurídica, a tutela sindical no lugar da estatal, distinguindo, entre os direitos, aqueles que devem ser protegidos pela lei e aqueles que podem ser negociados pelos sindicatos.

A aceitação do sentido mais amplo de autonomia coletiva dos particulares, na opinião da Walküre Lopes Ribeiro da Silva, “conduz as indagações sobre a relação entre o Estado e a autonomia privada a tocarem em uma questão essencial, qual seja, o grau de democracia e, conseqüentemente, de participação presente em um dado modelo político-jurídico”. Sob essa ótica, prossegue a autora, “a autonomia coletiva enseja tanto a negociação coletiva entre os atores sociais, como a negociação ou concertação social entre o Estado e os atores sociais. A autonomia coletiva pode propiciar, ainda, a participação dos atores sociais no próprio processo legislativo desenvolvido pelo Estado”.¹⁵

Nessa perspectiva, como expressão da autonomia privada dos particulares, a negociação coletiva representa uma fonte fundamental de produção normativa no direito do trabalho. De fato, como vantagem primordial, mostra-se mais compatível com os imperativos de uma modulação dinâmica das relações de trabalho, devido à vigência temporal limitada dos contratos coletivos de trabalho.

Nos sistemas democráticos modernos, a principal forma de composição dos conflitos coletivos de trabalho é a negociação

14 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 196.

15 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva e o direito do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, ano 26, n. 97, p. 35, jan./mar. 2000.

coletiva entre os entes sociais, da qual resultam as convenções coletivas, discriminando os direitos, as quais vigorarão por um determinado prazo e neste interregno tem-se a paz social. Tamanha é sua essencialidade no sistema de relações de trabalho, como instrumento de diálogo que permite às partes conciliar os interesses econômicos e sociais, é que a prática da negociação coletiva de trabalho tem sido estimulada desde a criação da Organização Internacional do Trabalho, em todo o mundo, como se vê pelas disposições contidas nas Convenções 98, 151 e 154¹⁶ da OIT, já ratificadas pelo Brasil.

Conhecidas são as vantagens da negociação coletiva em relação à lei, mas que devem ser sempre recordadas. Em primeiro lugar, como procedimento, a negociação coletiva é mais simplificada eis que menores seus trâmites e reduzidas as suas formalidades, sujeitas, muitas vezes, a simples regras criadas pelos próprios interlocutores sociais.

Em segundo lugar, com relação à amplitude, a negociação coletiva é dotada de maior plasticidade e capacidade de atender às peculiaridades de cada setor econômico e profissional (categoria, ramo, setor, e até empresa) para o qual é instituída, diversamente do que ocorre com a legislação, que é geral e uniforme para toda a sociedade. A lei traz consigo uma inerente “generalidade” e é então levada a expandir sua proteção para áreas, é claro, mais amplas do que o contrato coletivo. Este, diversamente, é limitado pela eficácia *inter partes* própria dos

16 Para os efeitos do artigo 2º da Convenção 154 da OIT o termo “negociação coletiva” compreende “todas as negociações que se realizam entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou mais organizações de empregadores, de um lado, e, de outro, uma ou mais organizações de trabalhadores, para: (a) definir condições de trabalho e termos de emprego; e/ou (b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; e/ou (c) regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma organização de trabalhadores ou organizações de trabalhadores”.

atos negociais. Por outro lado, a experiência mostra que a lei tem menor intensidade de penetração social em comparação com o contrato coletivo e, portanto, em alguns casos, ela registra uma menor efetividade¹⁷.

Em terceiro lugar, a negociação coletiva tem seu processo de elaboração centralizado nos próprios destinatários da norma. Na legislação, compete ao Estado e a seus órgãos; na convenção coletiva, nos interlocutores sociais interessados que, diretamente, desenvolvem um procedimento destinado à sua aprovação e de conformidade com seus próprios interesses. Este caráter democrático no processo de criação da norma coletiva, aponta-se, é o grande fator impulsionador de sua efetividade, eis que são regras criadas pelos próprios envolvidos, conforme suas aspirações e a partir de um diálogo de concessões recíprocas.

À luz do acima exposto, e da intrínseca relação entre autonomia privada coletiva, negociação coletiva de trabalho e grau de democracia em um país é que o tema se coloca, traduzido, no campo jurídico laboral, na análise da relação entre as fontes normativas.

Não por acaso vem ganhando destaque, na doutrina e na jurisprudência, um novo método jurídico, de verdadeiro “diálogo entre as fontes” do direito, com vistas a atender e a conciliar os interesses na atual sociedade complexa. De acordo com a teoria do diálogo das fontes, de Erik Jayme, os conflitos de leis e normas emerge agora de um diálogo entre as fontes as mais heterogêneas. Trata-se de um novo método, aplicável a todos os ramos do direito e que se apresenta como instrumento útil ao aplicador, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, velho conhecido do Direito do Trabalho e que hoje se debate

17 PERONE, Giancarlo. **Lineamenti di Diritto del lavoro**. Evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti. Giappichelli:Torino, 1999, p.261.

em outros campos do direito. De acordo com Cláudia Lima Marques, a teoria de Erik Jayme do diálogo das fontes insere-se na grande tradição da visão sistemática e funcional da ordem jurídica, atualizada por uma visão internacional e cultural do direito e uma perspectiva mais humanista. Transcende o debate sobre as teorias positivistas, pois sua proposta é justamente a busca da coerência do direito posto. E abrange, além do diálogo entre as leis postas, normas narrativas de inspiração, *soft law*, costumes, princípios gerais. Em arremate, “aplicar a lei, com olhos de afastar uma e priorizar outra, é uma visão reducionista das possibilidades de aplicação das leis hoje”.¹⁸

Em outras palavras, propõe-se um novo paradigma de coordenação e coerência, superador dos antigos critérios de resolução de conflitos de leis, de tradição escolástica (anterioridade, especialidade e hierarquia). Sem se tratar de exclusões recíprocas, busca-se a influência recíproca: há a aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes pela fonte prevalente ou mesmo a opção por uma solução flexível e aberta, de interpenetração.¹⁹

18 MARQUES, Cláudia Lima. O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. Claudia Lima Marques, coordenação. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.19. Assim, os direitos humanos, os direitos fundamentais e constitucionais, os tratados, as leis e códigos, estas fontes não mais se excluem, ou não mais se revogam mutuamente; ao contrário, elas ‘falam’ umas às outras e os juízes são levados a coordenar estas fontes ‘escutando’ o que as fontes ‘dizem’.

19 MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit. p. 26-27. A autora faz o seguinte convite à reflexão: “(...) di-a-logos, duas ‘lógicas’, duas ‘leis’ a seguir e a coordenar um só encontro no ‘a’, uma ‘coerência’ necessariamente “a restaurar” os valores deste sistema, desta “nov-a” ordem de fontes, em que uma não mais “re-vo-ga” a outra (o que seria um mono-logo, pois só uma lei “fala”), e, sim, dialogam ambas as fontes, em uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e, hoje, em especial, pela luz dos

Tais considerações metodológicas são relevantes não apenas para cotejar a amplitude da negociação coletiva diante da lei mas, também, entre os diversos níveis de negociação coletiva de trabalho, em uma coordenação dinâmica das fontes estatais e autônomas, e das próprias fontes autônomas entre si (coletivas e individuais), todas componentes do ordenamento jurídico trabalhista, cuja pedra de toque é, sem dúvida, a pluralidade de fontes.

Como ensina Giancarlo Perone, a história do direito do trabalho, na sua essência, identifica-se com a evolução de suas fontes: fontes de cognição, é claro, mas também com as de produção. Estas são oriundas - e esta é uma característica essencial deste ramo do direito tão devedor das determinações das forças sociais - não apenas da soberania do legislador mas, também, da vontade dos sujeitos da autonomia coletiva. O enredo e o desenvolvimento de um conjunto tão diversificado de fontes marca a progressiva fisionomia da disciplina.²⁰

A flexibilização autônoma, negociada coletivamente, permite a transição da tutela estatal para o garantismo coletivo, e torna “disponíveis” as tradicionais normas legais estatais. Nesse tipo de flexibilidade, denominado “garantismo coletivo”, seria possível deslocar a norma heterônoma mesmo quando não fosse mais favorável.²¹

direitos humanos”. Na seara trabalhista, convém recordar vários direitos consagrados em leis, antes mesmo de serem positivados, tiveram sua gênese em convenções coletivas de trabalho, o que basta para demonstrar a função dialógica da negociação coletiva até mesmo como fator renovador da própria ordem jurídica estatal.

20 PERONE, G. **Lineamenti di Diritto del lavoro**. Evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti. Giappichelli: Torino, 1999, p. 227.

21 ERMIDA URIARTE, Oscar. A flexibilidade. Trad. Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 2002. 35. Recordamos que, considerando a experiência francesa dos anos 80 e seguintes, Javillier concebeu três graus de flexibilidade do Direito do Trabalho: 1) a flexibilidade de proteção, que corresponderia à etapa

A posição de Amauri Mascaro Nascimento é a de de que o ideal é dosar a dimensão da lei, que não deve nem descer a detalhes muito menos ampliar-se ocupando uma esfera que os próprios sindicatos podem ocupar, de modo que uma legislação sindical moderna deve, para este autor, ter duas metas fundamentais para que possa situar-se num patamar de razoabilidade: primeira, o seu sentido promocional de apoio ao sindicato por meio de princípios que o valorizem diante da sua importância num Estado democrático de Direito; segunda, algumas limitações indispensáveis, para evitar abusos.²² Em obra mais recente, o jurista já sublinhava que de nada adiantaria o ordenamento jurídico repleto de leis elaboradas pelo Estado e vazio de conteúdo efetivo com elevados índices de descumprimentos das leis, provocando um volume de processos judiciais que, pela sua quantidade, não podem ser solucionados com brevidade, só muito tempo depois da ocorrência do conflito.²³

O desafio, logo se percebe, é a passagem, com segurança, de um modelo no qual a base é composta por normas de ordem pública e apenas supletivamente é completado por normas negociadas para um modelo no qual apenas os direitos fundamentais do trabalhador seguem garantidos pelas normas inderrogáveis, sendo que todas as demais normas de proteção

inicial da legislação, que admite uma variante na concepção tradicional da ordem pública (ordem pública social), para dar lugar às normas de hierarquia inferior mais favoráveis ao trabalhador; 2) flexibilidade de adaptação, que admite, por meio de convenções e acordos, sejam introduzidas derrogações “in pejus”, e não só “in mellius”; 3) flexibilidade de desregulamentação, em que o próprio legislador derroga dispositivos considerados demasiadamente rígidos (JAVILLIER, J.C. *Manuel de Droit du Travail*. LGDF, 2.ed., 1988, p. 66 e ss).

22 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 215.

23 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ordenamento jurídico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013, p.80-81.

são fruto da negociação coletiva, ou seja, a proteção decorre da tutela sindical, prestigiando-se a pluralidade das fontes do Direito do Trabalho.

Nas precisas lições de Walküre Lopes Ribeiro da Silva, os anseios de modernização da legislação trabalhista têm conduzido a uma crescente valorização da autonomia privada coletiva, preconizando-se uma mudança da relação entre as fontes do Direito do Trabalho. Se de um lado é importante o incentivo à autonomia privada coletiva, a verdade é que, no campo das relações de trabalho, o legislador assegura aos trabalhadores um patamar de direitos, tendo à vista a dignidade e o valor do trabalho humano. Assim, a primeira função da ordem pública é promover a regulação social, impedindo retrocessos na sociedade. E arremata a autora: “a flexibilização do direito do trabalho deve implicar a reestruturação da sociedade em sentido positivo. Ao invés de retroagir aos ideais iluministas, voltando a defender a auto-regulamentação do mercado, deve-se combinar a ação do Estado e a atuação dos particulares: ao contrabalançar o intervencionismo estatal com a autonomia coletiva, corrigem-se as distorções do mercado”.²⁴

Convém, neste ponto, alertar também para os riscos de se delegar um grande poder dispositivo aos sindicatos em momentos de enfraquecimento do poder destes a fim de que as normas coletivas negociadas não caminhem em uma tendência de desproteção social gradativa. Afinal, negociação, por definição, envolve concessões reciprocadas; do contrário seria mera renúncia de direitos e precarização.²⁵ Eis o alerta

24 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In. **Curso de Direito do Trabalho**. Vol. 3. Direito coletivo do trabalho/ organizador Jorge Luiz Souto Maior, Marcus Orione Gonçalves Correia. São Paulo: LTr, 2008 – (Coleção Pedro Vidal Neto).

25 Neste ponto é que nota a diferença fundamental entre dois sentidos possíveis da palavra “flexibilização”: como “re-regulamentação”, que é saudável; ou

claro do saudoso Amauri Mascaro Nascimento: “a sacralização do dogma da autonomia da vontade com suas seqüelas, isto é, a faculdade das partes de fixar, por si próprias, o conteúdo das relações individuais de trabalho com abstenção do Estado, mesmo onde possa haver situações de desequilíbrio de forças, que, sendo soltas para a livre composição, segundo as exigências do mercado, não resolverão as questões trabalhistas de forma justa e equitativa, em prejuízo da proteção ao trabalhador”.²⁶

No diagnóstico de Alain Supiot, ao estudar diversos ordenamentos europeus, a negociação coletiva de trabalho apresenta-se como uma alternativa à aplicação da lei nas seguintes situações: na autorização legal para a celebração de acordos coletivos de trabalho que derroguem as suas disposições (acordos derogatórios); nas leis supletivas, que só se aplicam quando não existe um acordo coletivo; e nas leis dispositivas, que não fixam uma regra que não possa ser derogada, mas abre uma faculdade cuja utilização requer um acordo coletivo de trabalho. As relações entre a lei e a negociação coletiva de trabalho tornam-se, na atualidade, mais complexas e heterogêneas e tanto podem ser pautadas pela igualdade (sistema de organização eminentemente convencional) quanto por uma hierarquia que garanta o primado da lei sobre a convenção coletiva de trabalho (sistemas legais, de intervenção estatal). A tendência geral é a lei se esvaziar de disposições substanciais e estipular, em seu lugar, regras procedimentais destinadas a garantir o direito à negociação

como “desregulamentação”, que pode constituir a criticada precarização.

26 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Ordenamento jurídico trabalhista**. São Paulo: LTr, 2013, p. 81.

coletiva de trabalho, cujo resultado pode substituir, prolongar, desenvolver ou aplicar disposições legislativas.²⁷

Se, constantemente, a regulação das relações de trabalho deriva de fontes normativas diferentes - por um lado, o contrato coletivo, por outro lado, a lei - varia, no entanto, a distribuição do peso destes instrumentos nos diferentes ordenamentos, e varia, também, na evolução histórica do mesmo ordenamento. Dependendo da distribuição de funções e de competências entre regulamentações autônomas e regulamentações heterônomas, mede-se a adesão de um dado ordenamento, ou de um determinado período histórico dele, a três grandes modelos juslaborais: o modelo voluntário, o modelo estatal e o misto -auxiliar, como já exposto anteriormente.

O movimento de descentralização negocial no direito comparado.

Para a adequada compreensão do tema, mostra-se indispensável saber que não apenas o peso da negociação coletiva diante da lei é variável ao longo do tempo como, também, a

27 SUPLOT, Alain. **Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa**. Coimbra: Ed. Coimbra. 2003. p. 153. Registre-se a opinião, por exemplo, de Giampiero Proia, para quem os limites da norma inderrogável trabalhista e de seus destinatários não são apenas móveis, mas o seu deslocamento no tempo não é necessariamente unidirecional. Tais limites variam também no espaço, conforme demonstra o peso bem diverso que a norma inderrogável assumiu nos distintos ordenamentos jurídicos. Dessa forma, para averiguar se a norma inderrogável aumentará o seu raio de ação, ou o reduzirá, ou se, simplesmente, dará lugar a novas formas de aplicação, deve-se considerar vários fatores, tais como quais são os tipos de tutela disponíveis, como elas interagem e afetam o sistema produtivo e as suas eventuais conseqüências em termos de crescimento da ocupação ou de um crescimento equilibrado das oportunidades de trabalho (PROIA, Giampiero. A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie. *Argomenti di diritto del lavoro*. Padova, n.6, p. 1206, 2007).

relação entre os níveis de negociação coletiva sofrem mutações dinâmicas.

Amauri Mascaro Nascimento apresenta modelos de negociação coletiva e expõe que, *quanto aos níveis de negociação*, há diversos: a empresa, a categoria, diversas categorias ou, até mesmo, os trabalhadores como um todo. E essas instâncias podem agir com absoluta autonomia, independentemente uma das outras ou de modo integrado, relacionado-se segundo uma divisão de competências. Quanto à relação entre os níveis, mostra que podem ser “articulados” e não articulados”. Nos primeiros, os diversos níveis de contratação coletiva entrelaçam-se. Não se unificam. Cada um conserva a sua individualidade. Mas compõem um todo num sentido. As contratações de nível superior (quase sempre intercategoriais) estabelecem regras em razão da matéria ou dos procedimentos, que as demais instâncias inferiores seguem, erguendo-se uma pirâmide sindical-negocial, repartidas as competências e que redundam, muitas vezes, na prática, em uma forma de controle das entidades sindicais de cúpula sobre as de nível menor. Assim, a contratação articulada traduz-se num conjunto de convênios coletivos escalonados, em diferentes níveis, relacionados entre si, a partir de um acordo maior, o acordo-marco, entre organizações sindicais de segundo grau. Diferentemente ocorre nos modelos independentes, em que os diversos níveis de negociação coletiva, inclusive na mesma categoria, são totalmente autônomos, não existindo reserva de competência para determinadas instâncias ou tipos de entidades sindicais ou restrições sobre o conteúdo a ser negociado em cada esfera do mesmo setor sindical, o que permite maior liberdade para as bases. Por fim, quanto à concentração, os modelos de negociação coletiva podem ser classificados em concentrados ou descentralizados. Os primeiros são unificantes e a negociação é centralizada em um nível

mais alto; os segundos são difusos, distribuindo-se pelas diversas esferas de representação sindical.²⁸

Os fatores jurídicos são importantes, mas não os únicos que explica a configuração e a evolução da estrutura da negociação coletiva, eis que esta responde a uma pluralidade de fatores adicionais, do tipo econômico, de estrutura empresarial, de insensidade de opções de descentralização produtivo, de distribuição geográfica de mercado de trabalho, de evolução dos setores produtivos, de conformação das organizações de representações dos interesses coletivos. Por vezes, a resistência a mudanças liga-se até mesmo com a própria configuração das organizações sindicais (patronais e profissionais) eis que, em grande parte dos casos, a estrutura da negociação reflete a estrutura destas organizações, de modo que o caráter centralizado ou descentralizado permite intuir a natureza mais ou menos hierarquizada das mesmas.²⁹

A OIT, por meio de seu Comitê de Liberdade Sindical, editou verbetes sobre o tema dos níveis de negociação coletiva de trabalho. E a diretriz fixada é no sentido de permitir que sejam todos os possíveis níveis de negociação (desde os mais amplos até os mais específicos) se assim desejarem os atores sociais envolvidos. Afinal cuida-se de um espaço de liberdade que é (ou não) exercido conforme os interesses em jogo, matérias a regular e política negocial mais adequada a um dado contexto. Registrem-se os verbetes abaixo:

988. Com base no princípio da negociação coletiva livre e voluntária, estabelecido no

28 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 419-420.

29 CRUZ VILLALÓN, Jesús. Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo. **XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva**. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid. Ponencia de 10.12.2014.

artigo 4º da Convenção n. 98, a determinação do nível de negociação coletiva deveria depender essencialmente da vontade das partes e, como consequência, o mencionado nível não deveria ser imposto em virtude da legislação, de uma decisão da autoridade administrativa ou de uma jurisprudência da autoridade administrativa do trabalho”.

“989. A determinação do nível da negociação deveria depender da vontade das partes. Por isso, a negativa dos empregadores de negociar em um nível determinado não constituiria uma violação da liberdade sindical”.

“990. A legislação não deveria criar obstáculo para a negociação coletiva no nível da indústria”.

“991. Para proteger a independência das partes interessadas, seria mais apropriado permitir-lhes que decidam de comum acordo em qual nível deve ser realizada a negociação. Não obstante, em muitos países, esta questão corresponde a um organismo independente das partes. O Comitê estimou que nesses casos o organismo mencionado deve ser realmente independente.³⁰

Ordenamento jurídico italiano: os acordos de proximidade a partir de 2011

A pedra de toque do modelo de negociação coletiva na Itália é bastante flexível, pois não houve lei estatal engessando o sistema de contratação coletiva após a queda do corporativismo

30 OIT. **Libertad sindical**: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006, p.209.

estatal fascista, tendo as regras sido remetidas à autonomia privada coletiva. Ao longo da história, a partir da Constituição democrática de 1948, verificaram-se oscilações entre centralização e descentralização da fonte contratual que se pretende privilegiar em cada fase. Em verdade, desde a década de 80, quando se manifestou o denominado “diritto del lavoro dell'emergenza”, temas como o papel do sindicato na dinâmica contratual de tutela e o poder dispositivo sindical na transação coletiva frente à lei passaram a ser um constante debate.

A contratação centralizada, nacionalmente unificada, havia cumprido um papel histórico naquele momento de transição e, com a consolidação democrática, infinitas possibilidades foram entreabertas, conforme o modelo organizativo e as necessidades da classe trabalhadora em um dado contexto, podendo variar desde âmbitos nacionais, setoriais até o nível de empresa, já que as vantagens de um modelo de contratação podem significar as desvantagens de outro, e vice-versa.

Nesse sentido, no que se refere aos níveis de contratação coletiva e a relação entre estes, a Itália já presenciou os seguintes níveis de negociação coletiva: o nível do contrato coletivo nacional de categoria, com posição central no sistema, como verdadeiros “códigos setoriais do trabalho”, desempenhando a função de um autêntico eixo negocial contemplando política salarial geral, direito de informação e até mesmo as matérias e regras de procedimento negocial a serem observadas pelos níveis inferiores. Na sequência, figuram os contratos coletivos regionais ou provinciais da categoria, que são os contratos locais; e atualmente, um papel proeminente aos acordos de empresa os quais, até então, assumiam uma função meramente especificadora das condições já pré-fixadas em instrumentos coletivos de nível superior e, ainda assim, desde que esta “delegação” estivesse autorizada.

Em 1962 inaugurou-se a chamada “contratação articulada” (em cascata), resultado das organizações sindicais que almejavam a descentralização da negociação coletiva: é o que se estabeleceu em um acordo celebrado entre as federações de metalúrgicos e as entidades patronais buscando maior adaptabilidade das normas gerais dos setores às peculiaridades de cada setor ou empresa. O contrato coletivo nacional da categoria regulava vários temas e remetia outros a contratos de âmbito territorial de grau inferior. A despeito do maior dinamismo propiciado pelo modelo da negociação articulada, não havia ampla liberdade das entidades sindicais de grau inferior em termos de poder negocial. No início dos anos 80 houve um retorno à centralização da contratação coletiva, que culminou com um acordo tripartite de 1983, denominado *Accordo Scotti*, o qual moldou a estrutura hierárquica rígida e piramidal impondo limites tanto à contratação coletiva de categoria nacional, quanto à negociação em nível de empresa, tendo essa última um mero papel de complementar dos níveis superiores interconfederais ou da categoria nacional.³¹

Nesta época, a doutrina já alertava acerca do problema da relação entre os níveis contratuais inferiores. E ao fazer uma análise das experiências da “contratação articulada” (anos 60 e início dos 70) e do retorno à centralização contratual (início dos anos 80), aduz que uma subdivisão rígida e hierarquicamente ordenada dos âmbitos de competência era completamente privada de utilidade, já que a situação econômica ou produtiva exigia, ao contrário, uma elevada flexibilidade dos instrumentos negociais em cada nível e, especialmente, no plano da empresa. A rigor, o problema não é tanto escolher, “in abstracto”, um

31 SILVA, Otávio Pinto e. **A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p.76-78.

nível em detrimento de outro, mas de individualizar a unidade contratual eficiente com relação a um determinado problema.³²

Ao longo dos anos 90, por sua vez, a negociação coletiva desempenhou um papel supletivo da atividade legislativa que delegava espaços de normatização das relações de trabalho aos atores sociais em momentos de crise, ao introduzir doses de flexibilização nas relações de trabalho tendo em vista o enfrentamento de pontuais condições do mercado de trabalho, atenuando a rigidez da norma estatal geral por meio da técnica que, na doutrina é definida como flexibilização “sindicalmente controlada”.

Em 2011 houve uma grande guinada no sistema de contratação coletiva, com a Lei n. 148 de 2011, o qual foi precedido pela assinatura, pelas três maiores confederações sindicais italianas, do Acordo Interconfederal de 28 de Junho 2011, que consagra a união de ação das confederações profissionais CGIL, CISL e UIL e da Confindustria, pelo lado patronal³³. Este Acordo interconfederal de 2011 já previra, antes mesmo da aprovação da referida lei, a possibilidade para o acordo coletivo de empresa derogar o contrato coletivo nacional de categoria nas matérias indicadas por este último e desde que houvesse autorização³⁴. Portanto, até 2011 a tradicional relação hierár-

32 MARIUCCI, Luigi. **La contrattazione collettiva**. Bologna: Il Mulino. 1985, p.223-224.

33 Vale ressaltar que, atualmente, o conteúdo do AI de 2011, com relação à delega para negociação coletiva ao nível de empresa, foi recepcionado no Texto Único sobre Representação de 10 de Janeiro 2014, na parte terceira dedicada à “titularidade e eficácia da contratação coletiva nacional de categoria e de empresa”.

34 Acordo Interconfederal de 28 de junho de 2011, ponto n. 3: “A negociação coletiva de empresa se desenvolve nas matérias delegadas, totalmente ou parcialmente, pelo contrato coletivo nacional de trabalho da categoria o pela lei”, e ponto n. 7: “os acordos coletivos de empresa podem ativar instrumentos de articulação contratual dirigidos a assegurar a capacidade de aderir às

quica dos instrumentos negociais permaneceu parcialmente inalterada: centralidade da negociação coletiva nacional e específica “autorização” aos níveis inferiores para derrogação de disposição superior se e na medida previamente estabelecida. Porém, é justamente a partir deste pacto intersindical que se enxergam os primeiros sinais em direção a uma inversão no sistema de fontes que passam a ser privilegiadas em termos de prioridade aplicativa.

Após décadas de abstenção legislativa italiana em matéria sindical, o novo texto (art. 8º do decreto lei 138/2011, convertido em Lei n. 148/2011) introduz o inédito princípio da *derogabilidade* de normas de lei e introduz os denominados contratos de proximidade (de empresa ou setoriais). Aponta-se ter havido uma espécie de “mutação genética” do direito do trabalho. Criticada por muitos, a inovação legislativa atinge a amplitude da supremacia da lei e sua indisponibilidade pela autonomia privada, em especial a autonomia coletiva.³⁵ A

exigências dos específicos contextos produtivos. Os acordos coletivos de empresa podem portanto definir, mesmo se por via experimental e temporânea, específicos entendimentos para modificação das regulamentações contidas nos contratos coletivos nacionais de trabalho nos limites e no respeito dos procedimentos indicados nos mesmo contratos coletivos nacionais de trabalho. Quando não previstas e no aguardo das renovações que definem a matéria do contrato coletivo nacional de trabalho aplicado na empresa, os acordos coletivos de empresa assinados com as representações sindicais da empresa em acordo com as organizações territoriais signatárias do presente acordo interconfederal, com a finalidade de gerir a crise ou em presença de investimentos significativos para favorecer o desenvolvimento econômico e ocupacional da empresa, podem definir entendimentos que modifiquem institutos do contrato coletivo nacional que disciplinam a prestação laboral, os horários de trabalho e a organização do trabalho. Tais entendimentos modificativos têm eficácia geral”.

35 DE LUCA TAMAJO, Raffaele. Prime valutazioni e questione di legittimità costituzionale dell’art. 8 della legge n. 148 del 2011. In: **ADL – Argomenti di diritto del lavoro**, n. 1/2012, Cedam, p. 19-30.

doutrina reconhece tratar-se de uma virada histórica, diante do aplíssimo poder dos sindicatos, nesses ditos “acordos de proximidade” de derrogar tutelas da lei estatal e do contrato coletivo nacional da categoria.

O art. 8º permite à negociação coletiva de trabalho no nível de empresa derrogar o contrato nacional de categoria e, o que é mais complexo, até mesmo a lei, em diversas matérias, desde que observados certos limites objetivos e subjetivos, quais sejam: presença de específicas circunstâncias e com finalidades objetivas, bem como a observância de critérios de representatividade sindical.

Ambos, o Acordo Interconfederal e a lei escolhem como fonte derogatória a autonomia coletiva de nível de empresa (a lei indica também o nível territorial), delegando assim à responsabilidade sindical a proporcionalização da proteção para contextos específicos visando favorecer o desenvolvimento e a ocupação. De acordo com Antonio Vallebona, a conveniência ou não de uma maior descentralização regulativa da contratação coletiva constitui uma típica questão das dimensões dos interesses que se quer privilegiar: aqueles que consideram prioritária, por evidentes razões ideológicas e políticas, a conservação de um interesse comum dos trabalhadores mais amplo possível para uma correspondente solidariedade e capacidade de mobilização, é favorável à conservação da centralização regulativa no contrato coletivo nacional. Aqueles, por sua vez, advertidos dos sacrifícios, não mais sustentáveis em uma economia de competição global, de uma sufocante uniformidade de disciplina também para situações diversificadas, são favoráveis à descentralização regulativa, seja mediante a autonomia coletiva, seja mediante a autonomia individual adequadamente assistida.³⁶

36 VALLEBONA, Antonio. Dimensione degli interessi e decentramento regolativo. In: **Lavoro e Spirito**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 153-

Giancarlo Perone, por seu turno, já no ano de 2012, refletia sobre as vantagens e os riscos das mudanças efetuadas, inclusive questionando se esta intervenção legislativa constituiria uma ruptura contingente e pontual ou uma tendência histórica sem retorno ao passado. Em sua análise, o abrandamento da relevância da categoria profissional, concebida como um modo de ser de classe, com vocação à uniformidade de tratamento estáveis negociados a nível nacional não parece ser almejada ou mesmo refletir uma solidariedade aprioristicamente fixada e desejada com a maior amplitude possível. O poder do sindicato local não parece que será tão rígido como era em mãos das entidades sindicais confederais. Houve uma redistribuição de novos equilíbrios entre competências locais e periférica. No entanto, mesmo com os riscos da perda da centralidade da categoria, reconhece o autor não ser possível afirmar que hoje estamos adequados ao modelo de negociação interconfederal e centralizada, com o que não se mostraria razoável a concepção

155. Inclina-se Vallebona para a descentralização da negociação coletiva, por considerar equivocada a idéia segunda a qual a retribuição deva ser fixada a nível nacional e não a nível territorial ou empresarial, inclusive para sopesar os diversos custos de vida e as diversas possibilidades de satisfações não mensuráveis em âmbitos muito amplos; e sobre este valoração também pode incidir o interesse de geração de empregos, conservação da empresa em determinadas situações, havendo amplo espaço para o sindicato, na qualidade de garante, caso a caso, negociar de forma equânime variações de funções, transferências, dispensas, salários e as condições de trabalho em geral, tudo na busca de um interesse comum entre as partes, fora de um clima de luta de classes ou de obsessivo controle judicial, enfim, uma mediação entre as exigências da coletividade e dos indivíduos, sem uma rígida predeterminação rígida de inderrogabilidade. A única condição, alerta Vallebona, é que os sujeitos coletivos chamados a tal delicada valoração sejam efetivamente representativos, a fim de afastar o perigo dos chamados ‘contratos piratas’.

da realidade com o propósito de restaurar canais de representação falhos e sem concretude e sem aderência social.³⁷

Ordenamento jurídico espanhol: os convênios de empresa nas reformas de 2011 e 2012

Diferentemente da Itália, em que o regramento da negociação coletiva (matérias, níveis, procedimento, eficácia e relação entre níveis) fora totalmente deixado à autonomia privada coletiva, a Espanha – talvez em razão de quase quarenta anos de regime franquista autoritário e de sindicalismo vertical - optou por regular algumas linhas mestras da estruturação dos convênios coletivos por via da legislação. Daí a tendência em direção aos “acordos marco”, bem como à centralização da negociação coletiva estruturada pela via do Estatuto dos Trabalhadores em 1980.³⁸

Não foram poucas as dificuldades enfrentadas pela sociedade espanhola no período de transição. Alguns analistas referem-se a uma falta de “vertebração social” e a uma debilidade das estruturas sociais e de hábitos associativos após tantos anos de regime autoritário no plano civil e sindical, uma espécie de “herança histórica” de inibição da capacidade de iniciativa

37 PERONE, Giancarlo. Diritto sindacale tra essere e dover essere. In: ADL – **Argomenti di diritto del lavoro, n. 1/2012**, Cedam

38 A promulgação da Constituição de 1978 gerou prontamente o desejo de atuação do legislador infraconstitucional em conteúdos sócio-laborais já que a erradicação das persistentes estruturas autoritárias do franquismo o exigia. Ademais, o tradicional perfil intervencionista do ordenamento espanhol demandava essa atuação com toda naturalidade. A política de concertação social, dos macro-acordos e da negociação coletiva centralizada constituíram-se então, nesse sentido, um marco referencial no qual os sindicatos foram os grandes protagonistas e ascenderam a um lugar de grande legitimação perante a sociedade civil.

e responsabilidade individuais, de auto-organização coletiva na sociedade civil.³⁹

O desenho institucional que se iniciou com o Decreto-lei de relações de trabalho, de março de 1977, os Pactos de Moncloa de outubro do mesmo ano e a Constituição de 1978, acarretou uma mudança completa nas regras do jogo dos mecanismos de controle estatal sobre a negociação coletiva. Os anos que se seguiram à aprovação da Constituição espanhola marcaram a passagem das organizações sindicais – em especial das centrais sindicais – do modesto rol de espectadoras para o de interlocutoras privilegiadas dos poderes públicos com vistas à superação de crises. Ampliou-se assim a sua ação “do mercado de trabalho ao mercado político”, intercâmbio que se expressa nos processos de concertação social.⁴⁰

Entre 1979 e 1983, houve grandes avanços que contribuíram para o marco institucional de negociação coletiva daquele momento. Exercendo a autonomia privada coletiva, as organizações sindicais celebraram quatro negociações nacionais interprofissionais. Fixaram-se as diretrizes para a futura legislação e estimulou-se uma prática de negociação centralizada. Os analistas destacam que, sobretudo entre 1980 e 1981, tais negociações coletivas centralizadas foram um fator essencial para estabilizar as relações de trabalho, ao fixar, *a priori*, as bases dentro das quais se deveriam negociar os reajustes salariais. E

39 PEREZ DIAS, Victor. Políticas económicas y pautas sociales en la España de la transición: la doble cara del necorporatismo. In: **ESPAÑA: un presente para el futuro**. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1984. v. 1, p. 31-33. Juristas, sociólogos e cientistas políticos referem-se a uma tradição cultural, adquirida ao longo de quase quarenta anos de franquismo, de sobrevalorização do Estado e de debilidade da sociedade civil.

40 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Sindicatos y libertad sindical en España: dos décadas de vigencia constitucional. In: GARCÍA LASO, Agustín; RAYMOND, Wilfredo Sanguinetti (Eds.). **Sindicatos y cambios económicos y sociales**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002.p. 27-28.

salientam que “pode-se dizer que os ‘acordos-marco’ de 1979 e 1980 foram, no terreno sócio-laboral, o que os Pactos de Moncloa tinham sido no campo político”.⁴¹

Em 1980 foi aprovado o Estatuto dos Trabalhadores (Lei n. 8, de 10 de março de 1980), que muito absorveu do amplo debate ocorrido nas duas primeiras negociações coletivas nacionais (de 1979 e de 1980). A disposição final oitava do Estatuto dos Trabalhadores (ET) previu a criação de uma Comissão Consultiva com o objetivo de assessorar as partes das negociações coletivas na “fixação e determinação dos âmbitos funcionais das convenções coletivas”.⁴² Visou-se, com esta comissão, criar uma funcionalidade consultiva ao sistema negocial, seja estabelecendo adequadamente o âmbito funcional da convenção coletiva que se pretenda negociar, seja interpretando uma convenção coletiva vigente para determinar seu âmbito funcional de aplicação (art. 2º, 1). A Comissão, seguindo a tradição das modernas democracias pluralistas, tinha composição tripartite, dela participando associações empresariais e organizações sindicais de trabalhadores; e, por meio dela, o Estado assume a promover e a incentivar a autonomia contratual, inclusive para

41 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. OIT. Informe de una misión de la Oficina Internacional del Trabajo. **Situación sindical y relaciones laborales en España**. Ginebra: OIT, 1985. p. 66. Em janeiro de 1980 seguiu-se o Acordo Marco Interconfederal para Negociação Coletiva entre UGT e CEOE - AMI, inspirado no sistema de “contratação articulada” italiana, e que assumiu o valor de “convenio de convenios” (ou “convênios para convenir”, na medida em que determinava as matérias que seriam negociadas nos níveis inferiores bem como fixava de forma autônoma regras para as negociações coletivas, expressão de autonomia privada coletiva.

42 A referida comissão foi apenas regulamentada quatro anos após, com o Real Decreto 2976/1983, de 9 de novembro, que regula a Comissão Nacional Consultiva” em questão, cujos objetivos eram de extrema importância no sentido de se criar um mecanismo estável coadjuvante para solucionar conflitos entre convenções coletivas e as respectivas unidades de negociação (art. 83 do ET), sempre que provocados pelas partes negociadoras.

a escolha das partes de negociações coletivas de eficácia mais geral (art. 87, 2 do ET) feitas pelas organizações mais representativas, nos termos da lei.⁴³

Esta lei contém disposições relativas à temática sindical, cabendo destacar a vedação de discriminação por motivos sindicais e a regulamentação da representação eletiva na empresa. Embora nesse diploma legal não tenha recebido tal denominação, a representatividade foi nele regulada de maneira genérica, com vistas à legitimação para negociar convenções coletivas com eficácia geral (art. 87.2 e 88.1)⁴⁴ e para a representação institucional perante a Administração Pública (disposições adicionais n. 6), essa última hipótese relativa às organizações de empregadores. Como parâmetro para a escolha elegeu-se os resultados das eleições de comitê de empresa e delegados de pessoal.

43 VALDÉS DAL-RE, Fernando. La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. **Civitas**: revista española de derecho del trabajo, Madrid, n. 17, p. 5-28, ene./mar.1984.

44 O art. 87.2 do Estatuto dos Trabalhadores, na redação da época, declara que nos convênios coletivos de âmbito superior ao nível de empresa são legitimados: “a) os sindicatos que tenham a consideração de mais representativos em nível estatal, assim como em seus respectivos âmbitos, os entes sindicais afiliados, federados ou confederados aos mesmos; b) os sindicatos que tenham a consideração de mais representativos em nível de Comunidade Autónoma relativamente aos convênios que não transcendam o dito âmbito territorial, assim como, em seus respectivos âmbitos, os entes sindicais afiliados, federados ou confederados aos mesmos; c) os sindicatos que contem com um mínimo de 10% dos membros dos comitês de empresa ou delegados de pessoal no âmbito geográfico e funcional a que se refira o convênio”. Por sua vez, o art. 88.1, alude à Comissão negociadora, a qual deverá ser composta por representantes dos trabalhadores segundo o disposto no mencionado art. 87.1. Observe-se que a expressão “comunidade” utilizada no artigo 87.2 mencionado, refere-se à província ou região da Espanha. (ALONSO OLEA, Manuel; BARREIRO GERMÁN, González. **El Estatuto de los Trabajadores**. Texto, comentarios, jurisprudencia. Madrid: Civitas, 1995. p. 396-397).

Elias González-Posada Martínez, ao analisar a estrutura de negociação coletiva desenhada pelo ET, adverte que cada sindicato tem a possibilidade de contar com unidades descentralizadas de sua organização nos distintos centros de trabalho por meio da seção sindical de empresa, a qual é integrada pelos filiados do respectivo sindicato no centro de trabalho. Salienta que o intuito do legislador foi estabelecer uma “conexão estrutural entre a representação e a contratação coletiva de eficácia geral”.⁴⁵O autor explica que a combinação de distintas esferas espaciais, produtivas ou profissionais pode gerar alguns conflitos convencionais no que diz respeito às suas incidências em determinada relação jurídica. O art. 84 do Estatuto fixa o critério temporal, dispondo ser inaplicável a convenção coletiva celebrada posteriormente, salvo previsão contrária em acordos-marco celebrados por entidades mais representativas. Quanto a um possível concurso de convenções coletivas de trabalho, com a possibilidade de aplicação simultânea de ambas, o autor explica que se estabelece uma coordenação funcional na qual se fixa uma distribuição de competências entre os distintos níveis, o que pode ser feito por diferentes critérios: a) *de complementaridade*, em que se admite a coexistência das normas convencionais; b) *de suplementaridade*, em que as normas convencionais geram uma espécie de efeito cascata, traçando mínimos que podem ser melhorados por convenções que tenham um âmbito de aplicação coexistente, mas menor; c) *de supletoriedade*, quando houver uma comunicação entre duas normas convencionais aplicáveis de modo que a matéria que não estiver regulada em uma delas é objeto de cobertura pela outra de outro âmbito, resolvendo-se a situação de anomia;

45 GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elias. La estructura de la contratación colectiva: factores de determinación y consecuencias desencadenantes. **Revista Española de Derecho del Trabajo**, Madrid, n. 103, p. 23, ene./feb. 2001.

d) *de exclusão*, quando há a proibição para regular e tratar de determinadas matérias em níveis convencionais de mais reduzido âmbito de aplicação.

Antonio Baylos assinala que ao declarar o art. 83.1 do Estatuto “as convenções coletivas de trabalho terão o âmbito de aplicação que as partes acordarem”, esse se funda no princípio de liberdade de determinação da unidade de negociação pelos próprios interlocutores sociais. Para a racionalização do sistema negocial, especial papel desempenham as organizações sindicais mais representativas por meio dos ‘Acordos-Marco Interconfederais’, amplamente utilizados desde a década de 80, para alguns nem sempre de forma satisfatória.⁴⁶

Ao assinalar que os convênios coletivos terão o âmbito de aplicação que as partes acordarem, o art. 83 do Estatuto dos Trabalhadores funda-se no princípio de liberdade de determinação da unidade de negociação pelos próprios interlocutores sociais. Na opinião de Fernando Valdés Dal-Re, a identificação dos espaços em que se manifesta a negociação coletiva expressa, de maneira gráfica, os centros de distribuição dos poderes contratuais, bem como o lugar no qual os negociadores exercem suas faculdades jurídicas⁴⁷De acordo com Maria Emilia Casas Baamonde, conforme os âmbitos dos convênios o legislador reparte matérias, especificando as funções que se devem exercer em cada um deles. Para isso, e para ordenar as relações entre níveis e regulações convencionais, recorre a princípios estruturais ou técnicos de articulação inter-normativa, de

46 BAYLOS GRAU, Antonio. Unidades de negociación de convenios (En torno a los artículos 83 y 84). **Revista española de derecho del trabajo**, Madrid, n. 100, p. 1462-1464, mar./ago. 2000.

47 VALDÉS DAL-RE, Fernando. **Estructura de la negociación colectiva**. Madrid: MTAS, 1996. p. 9.

que se valem todos os sistemas que reconhecem a existência, em seu seio, de ordenamentos autônomos.⁴⁸

Em 1994, com as Leis Orgânicas 10 e 11 de 1994, houve uma primeira abertura para a unidade de negociação em nível de empresa, contudo privada de eficácia “erga omnes”. Além disso, tal reforma visou resolver o problema de baixa atividade dos convênios coletivos provinciais. O objetivo maior desta reforma de 1994 foi consagrar uma maior capacidade de flexibilização da lei estatal de modo a adaptar a lei aos reclamos de cada categoria, ramo ou setor. Tornou-se possível, ainda, desde que previsto nas unidades de contratação de níveis superiores, a delegação de unidades de negociação nas empresas. A nova lei criou então o acordo de empresa e exigiu, para sua legitimação, que fosse subscrito pela maioria dos representantes unitários ou das representações sindicais.⁴⁹

Seguiu-se em 1997 outra Reforma, originada da celebração de três grandes acordos interconfederais.⁵⁰ Outro debate constante de tais acordos interconfederais foi estabelecer uma divisão de competências e matérias a serem tratadas nos âmbitos nacional, setorial (superiores) e territorial e empresa (inferiores). No ano de 2002, novamente se debateu a questão de concor-

48 CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de convenios. **Relaciones Laborales**, Madrid, n. 17/18, p. 297, 1994.

49 É o que se depreende da Exposição de Motivos da Lei 11/1997, ao se referir à negociação coletiva como um instrumento fundamental para a desejável adaptabilidade, por sua capacidade de aproximação às diversas e mutáveis situações dos setores de atividade e das empresas, de modo que os espaços até aquele momento reservados à regulação estatal passariam para a negociação coletiva de trabalho, com vistas a desenvolver o próprio mercado de trabalho.

50 Em verdade, cuidou-se de uma iniciativa dos próprios atores sociais para buscar a racionalidade no sistema de negociação coletiva. Uma das preocupações era lidar com a cobertura de convênios para dotá-los de eficácia “erga omnes”, eis que fundados numa teoria civilista como base jurídica.

rência entre convênios coletivos, a articulação entre níveis e a necessidade de privilegiar-se a empresa. E a Lei 35/2010, relativa a “reformas urgentes do mercado laboral” introduziu propostas efetivas, deu os primeiros passos rumo à descentralização da negociação coletiva até os convênios de empresa.

A despeito da trajetória de longos debates e críticas ao sistema de negociação coletiva, ao longo dos anos, foi a partir de 2010 e 2012 que a empresa passou a contar com prioridade negocial, vale dizer, como centro relevante de negociação coletiva, até mesmo como instrumento de tentar solucionar a grave crise iniciada anos antes. De fato, os anos de 2011 e 2012 foram o momento em que a negociação coletiva de empresa passou a desfrutar de centralidade no ordenamento jurídico espanhol. Como pontuou Federico Navarro Nieto, desde a década anterior o debate dos agentes sociais e o ambiente doutrinário laboral parecia haver consenso sobre a necessidade de racionalização do sistema negocial espanhol, isto é, de uma negociação coordenada e caracterizada pela simplificação da estrutura negocial, sua melhor articulação e a reserva de um espaço próprio para os mecanismos de negociação descentralizada.⁵¹

Naquele momento de excessiva crise econômica, de elevadas taxas de desemprego, baixos índices de qualificação profissional, excesso de contratação temporária no mercado e quadro financeiro inseguro, a preocupação era adotar medidas reais e efetivas.⁵² Os anos de 2011 e 2012 marcam o

51 NAVARRO NIETO, F. La reforma del marco normativo de la negociación colectiva. **AEDTSS, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. San Sebastián, 17-18 mayo 2012, p. 18. disponível em: <http://www.aedtss.com/images/stories/301_Ponencia_Federico_Navarro.pdf>.

52 MERCADER UGUINA, Jesús R. La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación: la reforma de la ley 3/2012. In: **Lex nova laboral, lex nova**, Valladolid p. 419. A Exposição de Motivos reconhecia as

grande ponto de inflexão na política de negociação coletiva na Espanha: a busca da “flexibilidade interna” e exigências adaptáveis de gestão nas empresas foi instrumentalizada pela privilegiada posição do acordo de empresa na estrutura dos convênios coletivos.

Em 2011 sobreveio o Real Decreto Lei 7/2011 com a preocupação de favorecer a flexibilidade interna das empresas (mobilidade funcional e de salários, transferências, alterações de horários de trabalho e outras medidas correlatas) com vistas a evitar perda de empregabilidade e garantir competitividade das empresas, sendo que tais matérias poderiam ser previstas nos acordos de empresa. Em janeiro de 2012, na tradição de concertação social e de participação dos atores sociais para os desafios do mundo do trabalho, celebrou-se o “II Acordo para Emprego e Negociação Coletiva de 2012, 2013 e 2014”, com fundamento no art. 82.3 e 90 do Estatuto dos Trabalhadores. Cuidou-se de um acordo marco interprofissional para fixar cláusulas sobre a estrutura da negociação coletiva, criando regras de solução em caso de concorrência e conflito entre convênios coletivos de distintos âmbitos. A aposta, nesta ocasião, foi a de uma descentralização mais articulada entre os níveis setorial (âmbito estatal), passando por Comunidade Autônoma, criando-se regras de descentralização, para propiciar o alcance e a capilarização até o nível de empresa.⁵³

disfunções da negociação coletiva e a necessidade de reformas no sistema de contratação coletiva a partir de diagnósticos feitos pelos próprios atores sociais e juristas e pelos Poderes públicos.

53 “(...) Os convênios coletivos de âmbito estatal ou, na sua falta, de comunidade autônoma, devem desenvolver as regras de articulação e vertebração que devem reger a estrutura da negociação coletiva, apostando de forma decisiva a favor da descentralização da mesma. Isto deve traduzir-se nos seguintes critérios: os convênios setoriais deverão propiciar a negociação ao nível de empresa, a iniciativa das partes afetadas, de jornada, funções e salários por ser o âmbito mais adequado para reger tais matérias(...) O

Finalmente, sobreveio a Reforma de 2012 (Lei 3/2012), cujo preâmbulo parte da premissa de que a negociação coletiva deve ser um instrumento, e não um obstáculo, para adaptar as condições laborais às concretas circunstâncias da empresa. Nesse sentido, esta lei passou a contemplar a modificação e a inaplicabilidade de convênios coletivos (redação atual dos art. 41.6, 82.3 y 85.3 do Estatuto dos Trabalhadores) e a prioridade aplicativa do convênio de empresa concorrente frente ao convênio setorial vigente (redação atual do art. 84.1 do Estatuto dos Trabalhadores), dentre outras medidas com vistas a permitir a adaptação dos salários e outras condições de trabalho à produtividade e à competitividade empresarial; estabeleceu-se,

âmbito superior da negociação deve respeitar o equilíbrio contratual das partes a nível de empresa até o término da vigência deste convenio coletivo. É necessário preservar o âmbito provincial de negociação e favorecer que tais convênios, por sua proximidade à empresa, potencializem a flexibilidade que a mesma necessita para adaptar-e ao mercado dinâmico e competitivo, além de não descuidar que se trata de um âmbito de negociação que maior cobertura permite às empresas e aos trabalhadores". Digno de nota, ainda, é o Capítulo IV do II Acordo, ao dispor sobre a figura do "descuelgue", que significa a "inaplicabilidade negociada na empresa de certas condições de trabalho pactuadas em convenios coletivos setoriais". Transcreve-se: "A atual conjuntura econômica e o altíssimo nível de desemprego, assim como as perspectivas de sua evolução mais imediata, torna necessária a adoção de medidas de caráter excepcional e com proteção temporária limitada a atual conjuntura, destinadas a evitar uma evolução negativa da empresa que afete a manutenção do emprego. Nesse contexto, e com o objetivo de assegurar a manutenção do emprego como instrumento de flexibilidade interna que evita os expedientes de regulação de emprego tanto temporários como extintivos, sem prejuízo do estabelecido no art. 41.6 e 82.3 do ET, submetese à consideração dos legitimados para subscrever convênios coletivos setoriais, a conveniencia de incluir cláusulas de inaplicabilidade temporal negociada de determinadas condições de trabalho - nas quais não se incluem o regime salarial pois o "descuelgue" do mesmo se regula no artigo 82.3 do ET, anteriormente citados e pactuados nos mesmos (...)."

ainda, uma duração máxima para a ultratividade das cláusulas negociadas.⁵⁴

O tema da descentralização da negociação coletiva foi levado ao Tribunal Constitucional sob o fundamento de que o “descuelgue” (inaplicabilidade de convênios coletivos) e a prioridade do acordo coletivo de trabalho de empresa estariam a violar regras constitucionais de negociação coletiva de trabalho. Contudo, a sentença n. 119/2014⁵⁵ já se manifestou pela constitucionalidade de tais dispositivos, bem como sublinhou a legalidade da Lei 3/2012, esclarecendo que “constituindo a descentralização da negociação coletiva um objetivo que o legislador pode legitimamente almejar, atendendo a considerações de política social e econômica que estime relevantes, a modificação introduzida, tanto quanto à possibilidade de negociação de convênios de empresas dotados de prioridade aplicativa em qualquer momento da vigência de um convênio setorial de âmbito superior (...) não vulnera o direito à negociação coletiva e nem a força vinculante dos convênios (art. 37.1 da Constituição), nem tampouco a liberdade sindical (art. 28.1 da Constituição) (...) a regulação impugnada, que estabelece uma aplicação prioritária dos convênios de empresa sobre os convênios de âmbito superior em uma série de matérias responde a uma finalidade constitucionalmente legítima, pois os objetivos pretendidos são a defesa da produtividade, a viabili-

54 CASAS BAAMONDE, María Emilia. Reforma de la Negociación Colectiva en España y sistema de relaciones laborales. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, Madrid, v. 32, n. 2, p. 275-309, 2014. O chamado “descuelgue” (“descolamento”) é a ideia da inaplicabilidade de convênios coletivos em um singular contexto através de uma técnica jurídica que possibilita substituir o regime convencional de determinadas condições de trabalho previstas em uma convenção coletiva por outra, mais adaptada ou próxima da realidade e das necessidades da empresa.

55 Sentença n. 119/2014, de 16 de julio de 2014. Recurso de inconstitucionalidad; BOE núm. 198, de 15 de agosto de 2014.

dade da empresa e, em última instância, do emprego, objetivos ambos que convergem com direitos e princípios constitucionais, como o direito ao trabalho (art. 35.1 da Constituição), a liberdade da empresa, a defesa da produtividade (art. 38 da Constituição) e o fomento do emprego (art. 40 da Constituição).

Houve também um segundo pronunciamento do Tribunal Constitucional por meio da Sentença n. 8/2015, a qual também decidiu pela constitucionalidade da Lei 3/2012, concluindo, com base no princípio da proporcionalidade, que as medidas de descentralização da negociação coletiva, por meio da prevalência do acordo de empresa, não violam a Constituição Espanhola ou a força vinculante dos convênios coletivos.⁵⁶

Federico Navarro Nieto opina favoravelmente a Reforma contida no Real Decreto Lei 3/2012, que modificou o art. 84.2 do Estatuto dos Trabalhadores, considerando-a acertada “porque imuniza as empresas frente aos riscos de petrificação ou uniformização de níveis negociais setoriais (especialmente provinciais) porque ele tem que ter lugar através do instrumento negocial e porque se circunscreve a concretos aspectos onde tem sentido a preferência reguladora da negociação de empresa”.⁵⁷

56 Sentença n. 8/2015, BOE-A-2015-1896, núm. 47, de 24 de fevereiro de 2015, p. 98 a 163. Reiterou-se a fundamentação da sentença anterior para reiterar que a limitação do direito de negociação coletiva mediante a atribuição de faculdades de modificar condições de trabalho pactuadas extra-estatutariamente se justifica pelos fins consagrados na Constituição e que são almejados pela Reforma, como destacou sua Exposição de Motivos. Há, assim, no entender da Corte Constitucional Espanhola, uma adequação entre meios e fins, de modo que os meios fixados pela reforma são adequados, idôneos e constitucionalmente legítimos para evitar a destruição de postos de trabalho em razão da adaptação às concretas circunstâncias pelas quais passa uma empresa.

57 NAVARRO NIETO, F. La reforma del marco normativo de la negociación colectiva. **AEDTSS, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la**

A aposta da Reforma de 2012 na negociação coletiva em nível de empresa se traduziu em uma profunda alteração no que diz respeito à estrutura da negociação coletiva: transforma o caráter supletório da regra de prioridade aplicativa do convenio de empresa, introduzida pela reforma de 2011, em norma de ordem pública, infensa à autonomia coletiva. Ou seja, a prioridade do acordo de empresa, que era supletiva, tornou-se prioritária e inderrogável por convênios de nível superior.⁵⁸

Sem dúvida, o que se verifica nas reformas empreendidas pelo ordenamento espanhol, notadamente dos anos 2010 e seguintes, foi um recurso a novas técnicas jurídicas em favor de imperativos empresariais e da necessidade de adaptação das condições de trabalho (flexibilidade interna). Assim, a negociação coletiva de empresa passa a ter prioridade aplicativa e a prevalecer sobre condições pactuadas ou fixadas em convênios coletivos de nível superior (setoriais, estatais e de comunidade autônoma).

Seguridad Social. San Sebastián, 17-18 mayo 2012, p. 23-24. disponível em: <http://www.aedtss.com/images/stories/301_Ponencia_Federico_Navarro.pdf>. E as matérias são aquelas ali enumeradas: salário produtividade relacionado a resultados da empresa, abono de compensação de horas extras e retribuição adicional de trabalho em turnos, gestão de horário e distribuição de tempo do trabalho, escala de turnos e planejamento anual das férias, adaptação no âmbito da empresa do sistema de classificação profissional, adaptações acerca das modalidades de contratação, medidas adicionais que favoreçam a conciliação entre vida laboral, familiar e pessoal e outros temas de condições específicas de trabalho.

58 CRUZ VILLALÓN, Jesús. Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo. **XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva.** Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid. Ponencia de 10.12.2014. p. 17.

A negociação coletiva de trabalho na reforma trabalhista de 2017 no Brasil

O espírito da reforma e os precedentes do STF no tema da negociação coletiva de trabalho

No plano das relações coletivas de trabalho das medidas introduzidas pela Reforma Trabalhista no Brasil (Lei 13.467/2017), podem-se identificar três grandes eixos: uma maior amplitude conferida ao “negociado”, que passa a prevalecer sobre o “legislado” em vários temas⁵⁹; uma regra de intervenção mínima do Judiciário no conteúdo dos ajustes coletivos de trabalho⁶⁰; e por fim, que é objeto do presente estudo, a prioridade do acordo coletivo de empresa sobre a convenção coletiva, mesmo quando menos favorável a esta última⁶¹.

O “espírito” da Reforma Trabalhista pode ser colhido, em linhas gerais, no Parecer da Comissão Especial designada para esse fim, quando do exame do Projeto de Lei n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo. Nele enfatiza-se a necessidade de segurança jurídica para o conteúdo negociado em acordos e convenções coletivas, a necessidade de democratizar as relações de trabalho e fortalecer o sistema de representação por meio da extinção da contribuição sindical compulsória.⁶²

59 Cf arts. 611- A e 611-B da CLT.

60 Cf. Art. 8º, § 3º da CLT: No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade.

61 Cf. art. 620 da CLT: Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.

62 “Segundo a sua justificação, o projeto em análise tem por objetivo “aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação

coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país, regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores, e atualizar a Lei n.º 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário. (...) Sustentamos o entendimento de que a CLT tem importância destacada na sua função de estabilizar as relações de trabalho, mas que, evidentemente, sofreu desgastes com o passar dos anos, mostrando-se desatualizada em vários aspectos, o que não é de se estranhar. (...) Não resta dúvida de que, hoje, a legislação tem um viés de proteção das pessoas que estão empregadas, mas a rigidez da CLT acaba por deixar à margem da cobertura legal uma parcela imensa de trabalhadores, em especial, os desempregados e o trabalhadores submetidos ao trabalho informal. (...) (...) O que precisamos, na verdade, é fortalecer a estrutura sindical como um todo, fazendo com que as categorias se sintam efetivamente representadas. Nesse sentido, é acertada a ideia contida na proposta do Governo. Ao se abrir espaço para que as partes negociem diretamente condições de trabalho mais adequadas, sem revogar as garantias estabelecidas em lei, o projeto possibilita maior autonomia às entidades sindicais, ao mesmo tempo em que busca conferir maior segurança jurídica às decisões que vierem a ser negociadas. A insegurança jurídica da representação patronal, que não tem certeza se o que for negociado será preservado pela Justiça do Trabalho, é um grande empecilho à celebração de novas condições de trabalho mais benéficas aos trabalhadores e, em última instância, um entrave à contratação de mão de obra (...) o que se está propondo não é a sua revogação, mas, sim, permitir que as entidades possam negociar a melhor solução para as suas necessidades. Repita-se, não se busca com esse dispositivo reduzir direitos dos trabalhadores, mas apenas permitir que regras rígidas da CLT possam ser disciplinadas de forma mais razoável pelas partes, sem que haja o risco de serem invalidadas pelo Judiciário, contribuindo para uma maior segurança jurídica nas relações de trabalho. Em suma, modernizar a legislação sem comprometer a segurança de empregados e empregadores. (...) A proposta de se estimular o resultado das negociações coletivas, contudo, tem que estar diretamente relacionada com uma estrutura sindical em que as entidades sejam mais representativas e mais democráticas. Embora reconheçamos a existência de inúmeros sindicatos altamente representativos, não podemos fechar os olhos para a outra realidade do nosso sistema sindical, em que proliferam sindicatos de fachada. E, nesse ponto, temos a convicção de que a sugestão de retirar a natureza de imposto da contribuição sindical, tornando-a optativa, será de fundamental importância no processo de fortalecimento da estrutura sindical brasileira.”

Os debates foram impulsionados, em nosso país, ainda, pela linha de pensamento que vem sendo adotada recentemente pelo STF, ao interpretar o disposto no inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal, pelo qual se reconhece a autonomia da vontade coletiva e a validade dos acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho. Cuidam-se de dois importantes precedentes da Corte Constitucional.

O primeiro deles, de lavra do Min. Barroso (RE-590.415/SC, DJ-e de 29/5/2015) ressaltou que “no âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual (...) Não se pode tratar como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, CF). As normas paternalistas, que podem ter seu valor no âmbito do direito individual, são as mesmas que atrofiam a capacidade participativa do trabalhador no âmbito coletivo e que amesquinham a sua contribuição para a solução dos problemas que o afligem. É através do respeito aos acordos negociados coletivamente que os trabalhadores poderão compreender e aperfeiçoar a sua capacidade de mobilização e de conquista, inclusive de forma a defender a plena liberdade sindical. Para isso é preciso, antes de tudo, respeitar a sua voz”.

Em um segundo precedente, prestigiou-se a negociação coletiva como forma de autocomposição de conflitos coletivos de trabalho e admitiu-se, mediante concessões recíprocas, a possibilidade dos instrumentos negociados para a redução de direitos trabalhistas.⁶³

63 “TRABALHISTA.AGRAVOSREGIMENTAISNO RECURSOEXTRAORDINÁRIO. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. TRANSAÇÃO DO CÔMPUTO DAS

Algumas advertências se mostram convenientes. É compreensível o temor de retrocessos quando se aposta na negociação coletiva como fonte ampliada de regulação do trabalho, dada a tradição brasileira⁶⁴ estatizante e heterônoma

HORAS “IN ITINERE” NA JORNADA DIÁRIA DE TRABALHO. CONCESSÃO DE VANTAGENS DE NATUREZA PECUNIÁRIA E DE OUTRAS UTILIDADES. VALIDADE. 1. Conforme assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 590.415 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 29/5/2015, Tema 152), a Constituição Federal “reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas”, tornando explícita inclusive “a possibilidade desses instrumentos para a redução de direitos trabalhistas”. Ainda segundo esse precedente, as normas coletivas de trabalho podem prevalecer sobre “o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade absoluta”. 2. É válida norma coletiva por meio da qual categoria de trabalhadores transaciona o direito ao cômputo das horas in itinere na jornada diária de trabalho em troca da concessão de vantagens de natureza pecuniária e de outras utilidades. 3. Agravos regimentais desprovidos. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, pois não houve prévia fixação de honorários advocatícios na causa. (STF - RE 895759 AgR-segundo, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2016, DJe-107 DIVULG 22-05-2017 PUBLIC 23-05-2017).

- 64 Mesmo no estudo da nossa disciplina jurídica, culturalmente, negligenciamos o papel da negociação coletiva e do direito sindical como um todo. Como mostra Amauri Mascaro Nascimento, a ordem cronológica da exposição das matérias do direito do trabalho não é uniforme, mas, no Brasil, inicia-se pelo direito individual do trabalho, porque é da nossa tradição legislativa dar realce às relações individuais de trabalho como manifestação do seu intervencionismo estatal que interferiu na autonomia individual para proteger o trabalhador, assumindo o Estado o papel de elaborador de um padrão mínimo, automaticamente inserido como conteúdo mínimo dos contratos. Desse modo, os cursos tratam, inicialmente, do contrato individual de trabalho, sujeitos a jornada de trabalho, repouso semanal remunerado, férias, salário, regulamentações especiais e, de modo mais resumido, dos sindicatos, negociação coletiva e greve, sequência que, de certo modo, se reflete, também, em nossos livros didáticos. Na Europa, dá-se preferência para o direito coletivo do trabalho, de modo que os cursos e os livros, começam expondo a liberdade sindical, a negociação coletiva, os conflitos coletivos,

neste campo e, também, porque ainda está por ser realizada a indispensável Reforma Sindical com vistas ao fortalecimento das entidades sindicais e a busca de maior representatividade dos agentes negociadores, em especial por meio da consagração da ampla liberdade sindical nos moldes democráticos consagrados pela Convenção n. 87 da OIT.

a representação dos trabalhadores na empresa, a gestão da empresa, os sindicatos e o Estado, e depois as relações individuais de trabalho (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 69).

A articulação entre os níveis de negociação coletiva no Brasil: rumo à descentralização negocial

A nova redação do artigo 620 da CLT despertou muitas reações. Tradicionalmente, não se admitia que um acordo coletivo de empresa pudesse dispor de maneira menos favorável que a convenção coletiva de trabalho.

Convém recordar que a figura do acordo coletivo de trabalho, negociado entre empregador e o sindicato profissional, foi introduzida em nosso país na década de 1960. Até então, apenas existia a negociação coletiva categorial, da qual resultava a figura do então denominado contrato coletivo de trabalho.⁶⁵

A Reforma de 2017 (Lei 13.467/2017) veio a prestigiar – como sucedeu no caso da Itália e da Espanha – o acordo coletivo de empresa como epicentro do sistema normativo juslaboral, o qual passará a ter prioridade aplicativa sobre as demais fontes, no caso, a convenção coletiva de trabalho, sujeitando-se, por óvio, aos mesmos limites que esta frente à lei. É o que se denomina de modelo descentralizado de negociação coletiva.

Não se ignora que, além desta novidade introduzida em 2017, entre os níveis de negociação coletiva, o Brasil, na década de 90 pretendeu criar mais um nível de negociação, ao prever a figura do “contrato coletivo” intercategorial, inspirado no modelo de contratação coletiva articulada italiano, iniciativa contudo que, entre nós, não foi regulamentada. Constituiria um novo nível de negociação coletiva, eis que o Brasil nasceu com o nível da categoria e, na década de 60, passou a prever a empresa (o acordo coletivo). Previsto em alguns diplomas legislativos esparsos, mas sem precisão conceitual, o contrato

65 A expressão “contrato coletivo” remanesceu, por exemplo, nos artigos 444 e 462 da CLT.

coletivo de trabalho foi denominado como “um corpo sem rosto”, para depois tornar-se uma proposta abandonada.

Jose Francisco Siqueira Neto, nos anos 90, pontuou que a articulação de institutos de um sistema não deve ser feita de forma isolada sem considerarem-se outros institutos e, no caso de uma negociação coletiva “global”, de amplo espectro intercategoriaal e até nacional (como era a proposta do contrato coletivo), esta seria inoperante sem que fosse precedida de uma reforma na estrutura sindical. Sublinhou que o nível, o conteúdo e as formas de negociação dependem de cada realidade e da estrutura. Ou seja, os vários institutos que compõem o processo de negociação é que vão determinar sua abrangência e função numa dada sociedade. A negociação coletiva pode ser estruturada numa perspectiva mais restrita, voltada a problemas salariais ou a determinados assuntos permitidos pela lei, como também pode estruturar-se de forma a possibilitar negociações em todos os âmbitos: intercategoriais, por ramos de atividade, até na própria empresa. Tudo, porém, depende da forma pela qual a negociação é concebida e regulada em um dado sistema de relações de trabalho. Para este autor, um novo sistema brasileiro de relações de trabalho deve valorizar a negociação coletiva de trabalho como fonte de criação do direito do trabalho, sem, contudo, desprezar as fontes heterônomas, que deverão atuar em sintonia com os interesses dos agentes do mundo do trabalho. E este novo sistema deverá valorizar a negociação coletiva de trabalho na perspectiva democrática, redefinindo o papel do Estado nas relações de trabalho e norteando toda sua atuação pela participação dos agentes do mundo do trabalho.⁶⁶

66 SIQUEIRA NETO, José Francisco. Contrato coletivo de trabalho: requisitos e condicionantes para sua implantação no Brasil. In: **O mundo do trabalho: crise e mudança no final do século**. Campinas: CESIT/Scritta, 1994.p. 245-259.

Considerações finais: o artigo 620 da CLT e suas alterações

Declarava o revogado art. 620 da CLT: “As condições estabelecidas em convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo”.

À luz da antiga redação, pôs-se o debate acerca da definição do que seria a norma mais favorável quando existentes dois instrumentos coletivos: se a comparação deveria levar em conta cada dispositivo isolado (teoria da acumulação), se todo o instrumento coletivo (teoria do conglobamento)⁶⁷ ou se os dispositivos relacionados a determinada matéria (teoria do conglobamento por institutos), sendo esta a predominante na doutrina estrangeira e nacional.

O art. 620 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, como já decidido pelo TST.⁶⁸ E a jurisprudência dominante consolidada, acolheu a tese de que a norma mais favorável é verificada por meio da teoria do conglobamento, ou seja, analisa-se todo o conteúdo de ambos os instrumentos normativos para se decidir pela aplicação de um desses no

67 Uma apresentação aprofundada de tais teorias pode ser consultada na obra LONGHI, Dânia Fiorin. *Teoria do conglobamento: conflito de normas no contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

68 “Recurso de revista. Conflito entre convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho. norma mais favorável. Consoante a jurisprudência desta Corte, o art. 620 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por não haver incompatibilidade entre o referido dispositivo de lei e os fundamentos e regras estabelecidos na Constituição Federal. Assim, à luz do art. 620 da CLT, as condições estabelecidas em convenção coletiva, quando mais favoráveis, prevalecem sobre as estipuladas em acordo coletivo de trabalho. Há precedentes. Recurso de revista não provido”. (RR — 12000-56.2008.5.01.0080, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, Data de julgamento: 14.5.2013, 6a Turma, Data de Publicação: 17.5.2013).

caso concreto. Há, ainda, decisões do TST sustentam que a CCT deverá prevalecer quando mais favorável.⁶⁹

Amauri Mascaro Nascimento defendia há anos que a teoria que deveria prevalecer, para solucionar o conflito de normas coletivas era a *teoria da especificidade*, sem se perder de vista que os diversos níveis de contratação coletiva evocam a necessidade de uma interpretação que considere a função de cada

69 “Agravo de instrumento. Recurso de revista. Acordo coletivo e convenção coletiva. Prevalência. Inteligência do art. 7o caput da CF e do art. 620 da CLT. Princípio da norma mais favorável. Decisão denegatória. Manutenção. No quadro de conflito de regras entre os preceitos normativos de convenção e acordo coletivos, a ordem justabalhista tem regra explícita a respeito, estipulando que as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo coletivo de trabalho (art.620 da CLT), em inteira harmonia com o caput do art. 7o da Constituição, que incorpora o princípio da norma mais favorável. Está claro, portanto, que a Consolidação determina a preponderância da convenção coletiva sobre o acordo coletivo como fórmula para se cumprir o princípio da norma mais favorável, afastando-se o critério oriundo do Direito Civil relativo à especificidade. Porém, se o acordo coletivo for mais favorável, ele há de prevalecer, evidentemente. A lógica normativa justabalhista explica-se: é que interessa ao Direito Coletivo valorizar os diplomas negociais mais amplos (como as convenções coletivas), pelo suposto de que contêm maiores garantias aos trabalhadores. Isso ocorre porque a negociação coletiva no plano estritamente empresarial (como permite o ACT, embora com o reforço participatório do sindicato) inevitavelmente reduz a força coletiva dos obreiros: aqui eles não agem, de fato, como categoria, porém como mera comunidade específica de empregados. A propósito, não é por outra razão que o sindicalismo de empresa é considerado uma via de submissão sindical à força do polo empregador. De todo modo, não se pode olvidar que a Constituição fixa império da norma mais favorável, em seu art. 7o, caput, preceito magno que mais ainda reforça o disposto no art. 620 da CLT. Assim sendo, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR — 264-12.2010.5.09.0965 , Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 28.11.2012, 3a Turma, data de publicação: 30.11.2012).

um. Segundo esse autor, há acordos nacionais que podem fixar mínimos inderrogáveis, obrigatórios para as instâncias negociais menores; e acordo de empresa, para evitar dispensas coletivas, e que podem suspender, temporariamente, os contratos individuais de trabalho como forma de defesa do emprego; existem regras gerais de interesse de uma profissão fixadas pelos contratos coletivos de sindicatos de categorias diferenciadas; numa região do país, os sindicatos podem ser suficientemente fortes para atuar perante o poder econômico, em outras, a situação não é igual.

Mesmo antes da Reforma Trabalhista de 2017 já existia uma corrente doutrinária e jurisprudencial que optava pela aplicação do acordo coletivo de trabalho em razão do critério de especialidade (norma específica) mas também pelo fato de que cuidava-se de uma norma coletiva assinada pelo mesmo sindicato profissional que subscrevera a convenção coletiva de trabalho, por necessidades mais concretas e específicas, de modo que não haveria razão para ignorar o pacto validamente firmado entre os sujeitos estipulantes envolvidos.

Nesse sentido, desde os anos 2000, parte da doutrina já apostava na negociação no local de trabalho, descentralizada, ou por empresa, sob a aspiração de que nesse tipo de negociação descentralizada as peculiaridades de cada estabelecimento ou empresa seriam melhor atendidas.

Os Tribunais brasileiros também foram sensíveis à aplicação da teoria da especialidade, prestigiando a negociação direta realizada entre as partes interessadas. Segundo tais decisões, os acordos coletivos representariam avenças mais específicas firmadas entre as empresas e os sindicatos representativos de seus empregados e, por essa razão, deveriam prevalecer em relação às convenções coletivas de trabalho que espelham situações mais globais, não ocorrendo violação ao princípio da norma mais benéfica.

No entanto não era esse o pensamento dominante, com o que havia grande insegurança jurídica de empresas que haviam celebrado acordos coletivos de trabalho, com cláusulas diversas, terem o risco de, perante o Judiciário, terem tais cláusulas inaplicadas e serem condenadas ao pagamento das cláusulas previstas na convenção coletiva de trabalho, sem qualquer possibilidade de reaver as vantagens que concedera ao longo do contrato de trabalho oriundas do acordo coletivo de trabalho que até então observava.

Ronaldo Lima dos Santos confirmava, já em 2009, a tendência de aplicação do princípio da especialização que faz prevalecer a norma especial sobre a geral na hipótese de conflito entre elas, mas ressaltava que a prevalência da norma mais favorável é realmente o princípio fundamental para a resolução de conflitos entre contratos coletivos. No entanto, segundo esse autor, “um acordo coletivo que, em princípio, apresenta-se menos favorável para os trabalhadores de determinada empresa em comparação com a convenção coletiva da categoria, pode apresentar-se mais idôneo para reger as peculiaridades da realidade da coletividade de trabalhadores para a qual foi elaborado. Um acordo nesse sentido pode tornar-se imediata e efetivamente mais favorável para a coletividade de trabalhadores, obstando os prejuízos que poderiam advir de uma convenção coletiva que se apresentaria imediata e nominalmente mais vantajosa. Por esse critério, aplica-se a norma mais favorável, salvo se a norma mais específica reger uma situação peculiar de determinada coletividade de trabalhadores, que viriam a ser prejudicados pela aplicação de uma norma geral”.⁷⁰

70 SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 293. É deste autor a teoria da necessidade de motivação do instrumento, tomado como negócio jurídico causal, bem como a incidência do princípio da primazia da realidade para a análise do instrumento coletivo negociado.

Não se ignora, por óbvio, que a negociação por empresa desperta importante papel no atual cenário econômico e social, sobretudo se considerarmos pequenas e médias empresas que nem sempre têm condições de observar as convenções coletivas da categoria. Octávio Bueno Magano, porém, alertava que a adoção da posição poderia ser perigosa na medida em que colocaria em risco os direitos alcançados pela categoria por meio da convenção coletiva de trabalho.⁷¹

Assim, a Reforma de 2017 veio a trazer nova redação ao art. 620, o qual consagrou a tese da prioridade aplicativa do acordo coletivo de trabalho (celebrado em nível de empresa) sobre a convenção coletiva de trabalho (celebrada em nível de categoria). E estabeleceu que o acordo coletivo sempre prevalecerá sobre a convenção coletiva: “Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”.

Estabeleceu-se, com uma maior segurança jurídica conferida pelo legislador, um campo de abertura e prioridade aplicativa do acordo coletivo de empresa sobre a convenção coletiva categorial, caso ele seja negociado, ainda que menos favorável. As partes subscritoras do pacto não terão, de acordo com a Reforma, risco de o Judiciário desconsiderar o ajuste de empresa sob o pretexto e uma interpretação (ainda que com base na teoria do conglobamento) de que as cláusulas da convenção coletiva de trabalho, como um todo, constituiriam um diploma mais favorável.

Percebe-se que o tema da prioridade aplicativa do acordo de empresa constitui um desdobramento de uma ênfase ao modelo negociado; é uma dimensão deste. Como mostrava Amauri Mascaro Nascimento, no modelo considerado

71 MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. Direito coletivo do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1990, p. 138.

“negociado”, como há uma descentralização dos instrumentos coletivos negociados em função de cada empresa, sendo as normas jurídicas descentralizadas, são adequadas a cada realidade subjacente, como é possível quanto as condições de trabalho são fixadas por meio de acordos coletivos locais. Esses acordos não excluem nem prejudicam a elaboração de acordos mais amplos, municipais, regionais ou mesmo nacionais, mas quem decidirá sobre o seu alcance não é o Estado, e sim os próprios sujeitos da negociação e em cada situação concreta.⁷²

O debate que se instituiu em nosso país - e que em nosso sentir está mal enunciado - quanto à prioridade aplicativa do acordo de empresa, basicamente passa por algumas questões a serem equacionadas. Não nos parece que se trata de interpretar a relação entre os níveis de negociação coletiva de trabalho com base no princípio da norma mais favorável, até porque parece haver relativo consenso no direito estrangeiro no sentido de que este princípio não incide sobre as relações coletivas de trabalho, e tampouco no modo como se articulam dois níveis de negociação coletiva de trabalho.⁷³ A questão jurídica cinge-se a saber como equacionar dois (ou mais) níveis diferentes de negociação coletiva de trabalho. Trata-se muito mais de discutir a articulação entre níveis de contratação coletiva do que propriamente o princípio do tratamento mais favorável.

Acreditamos, também, que não parece haver vícios de inconstitucionalidade na reforma no ponto em que o legislador

72 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Ordenamento jurídico trabalhista**. São Paulo: LTr, 2013, p.80-81.

73 Ademais, fosse este um princípio incidente, haveria necessariamente de ser afastado um acordo coletivo de trabalho menos favorável que prevísse redução temporária de salário, para resolver uma situação de crise econômica aguda de uma empresa e se aplicaria a convenção coletiva de trabalho, mais favorável, a qual poderia, no limite, até mesmo contemplar distribuição de lucros (PLR), o que não é razoável.

infraconstitucional estabeleceu esta prioridade aplicativa do acordo coletivo de trabalho de empresa em detrimento da convenção coletiva de trabalho da categoria. E os fundamentos jurídicos são dois: o primeiro é o art. 7º, VI, da CF/88, que admite a negociação coletiva “in pejus”, o que também confirma a tese de que o princípio da norma mais favorável não é aplicável no âmbito das relações coletivas de trabalho; o segundo é o art. 7º, XXVI, que reconhece a validade dos acordos e convenções coletivas de trabalho não estabelece, “a priori”, nenhuma hierarquia entre estas normas autonomamente negociadas. Em reforço a este entendimento, insta recordar que, regra geral, o mesmo sindicato profissional que celebrou a convenção coletiva celebrou o acordo coletivo, tendo realizado dois juízos de ponderação e optado, no caso concreto, por realizar tratativas específicas em nível de empresa quando poderia, se quisesse, deixar de fazê-lo e até mesmo exigir o cumprimento, pela empresa, das condições já fixadas em nível categorial na convenção coletiva por meio de ação de cumprimento.

A doutrina brasileira, e mesmo alguns julgados anteriores à Reforma, já acenavam para uma inclinação à regra da especialidade para justificar a prevalência do acordo coletivo de trabalho sobre a convenção coletiva de trabalho.⁷⁴ Os instrumentos coletivos negociados são negócios jurídicos causais de modo que, demonstrada uma motivação suficiente e justificada, nenhuma razão há para que se deixe de aplicar o acordo coletivo validamente negociado em nível de empresa.

74 Sublinhava-se que, muitos acordos coletivos que, nominalmente, aparentavam ser “in pejus”, mostravam-se mais favoráveis substancialmente e em conjunto. Além disso, admitia-se, conquanto de maneira contingente, a prevalência do acordo coletivo sobre a convenção com base nas circunstâncias do caso concreto, valendo-se, para essa conclusão, de fundamentos de teoria geral do direito segundo os quais regra específica (o acordo coletivo de empresa) prevalece sobre regra geral (a convenção coletiva da categoria).

A análise de sistemas de relações de trabalho quanto ao peso da negociação coletiva, seu conteúdo, abrangência, níveis, procedimento e articulação entre os níveis de contratação demonstra que todas estas variáveis não são estáticas, mas dinâmicas, podendo sofrer mutações ao longo dos anos de modo que as vantagens de um dado modelo são as desvantagens de outro, e vice-versa. E especificamente quanto aos níveis de negociação coletiva existentes (e a estrutura e articulação entre os mesmos), também se nota que variam, podendo assumir formas mais centralizadas ou mais descentralizadas, apresentando-se esta última forma como tendência geral dos ordenamentos jurídicos. A rigor, o problema não é tanto escolher, “in abstracto”, um nível em detrimento de outro, mas de individualizar a unidade contratual eficiente com relação a um determinado problema.

O cotejo de experiências estrangeiras demonstra uma tendência de incentivo da negociação coletiva em dois sentidos: o primeiro em direção à lei, para consagrar uma maior amplitude de temas a serem regulados pela via negocial; o segundo, em relação à articulação dos níveis de negociação coletiva, para tornar a empresa como “locus” privilegiado de negociação, sendo que o resultado desta tratativa, entre nós denominado acordo coletivo de trabalho, assume uma prioridade aplicativa em detrimento da convenção coletiva da categoria.

Referências

ALONSO OLEA, Manuel; BARREIRO GERMÁN, González. **El Estatuto de los Trabajadores**. Texto, comentarios, jurisprudencia. Madrid: Civitas, 1995.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **O particularismo do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

BAYLOS GRAU, Antonio. Unidades de negociación de convenios (En torno a los artículos 83 y 84). **Revista española de derecho del trabajo**, Madrid, n. 100, mar./ago. 2000.

CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de convenios. **Relaciones Laborales**, Madrid, n. 17/18, 1994.

CASAS BAAMONDE, María Emilia. Reforma de la Negociación Colectiva en España y sistema de relaciones laborales. **Cuadernos de Relaciones Laborales**, Madrid, v. 32, n. 2, 2014.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo. **XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva**. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid. Ponencia de 10.12.2014.

DE LUCA TAMAJO, Raffaele. Prime valutazioni e questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011. In: **ADL – Argomenti di diritto del lavoro**, n. 1/2012, Padova: Cedam.

ERMIDA URIARTE, Oscar. **A flexibilidade**. Trad. Edílson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 2002.

ERMIDA URIARTE, Oscar. **Curso introductorio de Relaciones Laborales**. Vol. 1. FCU: Montevideo, 1995.

GIUGNI, Gino. **Introduzione allo studio della autonomia collettiva**. Milano: Giuffrè, 1977.

GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elias. La estructura de la contratación colectiva: factores de determinación y

consecuencias desencadenantes. **Revista Española de Derecho del Trabajo**, Madrid, n. 103, p. 23, ene./feb. 2001.

JAVILLIER, J.C. **Manuel de Droit du Travail**. 2. ed. LGDF, 1988.

KHAN-FREUND, Otto. **Il lavoro e la legge**. Trad. Guido Zangari. Milano: Giuffrè, 1974.

LONGHI, Dânia Fiorin. **Teoria do conglobamento**: conflito de normas no contrato de trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. Direito coletivo do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1990.

MARIUCCI, Luigi. **La contrattazione collettiva**. Bologna: Il Mulino. 1985.

MARQUES, Cláudia Lima. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. Claudia Lima Marques, coordenação. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MERCADER UGUINA, Jesús R. La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación: la reforma de la ley 3/2012. In: **Lex nova laboral, lex nova**. Valladolid [s/d].

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Ordenamento jurídico trabalhista**. São Paulo: LTr, 2013.

NAVARRO NIETO, F. La reforma del marco normativo de la negociación colectiva. **AEDTSS, XXII Congreso Nacional de Derecho**

del Trabajo y de la Seguridad Social, San Sebastián, 17-18 mayo 2012, p. 18. disponible em: <http://www.aedtss.com/images/stories/301_Ponencia_Federico_Navarro.pdf>.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. OIT. Informe de una misión de la Oficina Internacional del Trabajo. **Situación sindical y relaciones laborales en España**. Ginebra: OIT, 1985.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. OIT. **Libertad sindical**: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2006

PEREZ DIAS, Victor. Políticas económicas y pautas sociales en la España de la transición: la doble cara del neorporatismo. In: **ESPAÑA: un presente para el futuro**. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1984. v.1.

PERONE, Giancarlo. **Lineamenti di Diritto del lavoro**. Evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti. Giappichelli, Torino, 1999.

PERONE, Giancarlo. Diritto sindacale tra essere e dover essere. In: **ADL – Argomenti di diritto del lavoro**, n. 1/2012, Padova: Cedam.

PROIA, Giampiero. A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie. **Argomenti di diritto del lavoro**. Padova, n.6, 2007. Cedam.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Sindicatos y libertad sindical en España: dos décadas de vigencia constitucional. In: GARCÍA LASO, Agustín; RAYMOND, Wilfredo Sanguinetti (Eds.). **Sindicatos y cambios económicos y sociales**. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002.

- ROMANO, Santi. **L'Ordinamento giuridico**. 2. ed. Firenze: Sansoni, 1946.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das normas coletivas**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- SILVA, Otávio Pinto e. **A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.
- SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva e o direito do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, ano 26, n. 97, jan./mar. 2000.
- SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: **Curso de Direito do Trabalho**. Vol. 3. Direito coletivo do trabalho/ organizador Jorge Luiz Souto Maior, Marcus Orione Gonçalves Correia. São Paulo: LTr, 2008 – (Coleção Pedro Vidal Neto).
- SIQUEIRA NETO, José Francisco. Contrato coletivo de trabalho: requisitos e condicionantes para sua implantação no Brasil. In: **O mundo do trabalho: crise e mudança no final do século**. Campinas: CESIT/Scritta, 1994.
- SUPIOT, Alain. **Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa**. Coimbra: Ed. Coimbra. 2003.
- VALDÉS DAL-RE, Fernando. La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. **Civitas**: revista española de derecho del trabajo, Madrid, n. 17, p. 5-28, ene./mar.1984.
- VALDÉS DAL-RE, Fernando. **Estructura de la negociación colectiva**. Madrid: MTAS, 1996.
- VALLEBONA, Antonio. Dimensione degli interessi e decentramento regolativo. In: **Lavoro e Spirito**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.