

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



Revista trabalhista : direito e processo. — Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002 —). —
Brasília : Anamatra ; Rio de Janeiro ; Forense. v. : 28 cm.

Trimestral.

Descrição baseada em: Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002).

Numeração sequencial reformulada em 2008 para: Ano 7, n. 28, não havendo interrupção.

A partir do Ano 7, n. 25 a edição está sob a responsabilidade da LTr Editora e Anamatra.

Inclui doutrina, pareceres, jurisprudência, legislação, estudos e comentários.

ISSN 1677-2784

1. Direito do trabalho — Brasil. 2. Jurisprudência trabalhista — Brasil.
3. Legislação trabalhista — Brasil. I. Associação Nacional dos Magistrados da
Justiça do Trabalho (Anamatra).

LTr/SP

CDU 34:331 (81) (05)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir desta Revista, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei n. 9.610, de 19.2.1998).

Versão impressa - LTr 5884.1
Versão digital - LTr 9311.8

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: **Peter Fritz Strotbek – The Best Page**

Capa: **Forma e Conteúdo Editora Criativa**

Finalização: **Fabio Giglio**

Impressão: **BOK2**

© Todos os direitos reservados

LTr

EDITORA LTDA.

Rua Jaguaribe, 571 – CEP 01224-003 – Fone (11) 2167-1101
São Paulo, SP – Brasil – www.ltr.com.br

Dezembro, 2017

PRESIDENTE ANAMATRA

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

CONSELHO EDITORIAL ANAMATRA

EDUARDO ROCKENBACH PIRES

Mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP (2014); Doutorando em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP; Juiz do trabalho do TRT da 2ª Região (desde 2008).

PROF. AVV. FABIO PETRUCCI

Professore a contratto presso la Libera Università degli studi di Roma LUISS per l'insegnamento del Diritto della Previdenza Complementare. Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata". Ha conseguito la specializzazione, triennale, presso la Scuola di Diritto del Lavoro dell'Università di Roma "La Sapienza". Dirigente responsabile dell'Ufficio Legale e Affari generali della Cassa Nazionale di Previdenza degli Ingegneri e Architetti italiani (Inarcassa). Avvocato. Componente di vari comitati scientifici di riviste giuridiche fra cui la "Revista de Direito Economico e Sociambiental".

FLÁVIA MOREIRA PESSOA

Juíza do Trabalho Titular da 4ª Vara do Trabalho de Aracaju. Presidente da Amatra 20. Professora do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes. Doutora em Direito Público. Mestre em Direito, Estado e Cidadania. Especialista em Direito Processual.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Livre-Docente e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

Juiz do Trabalho do TRT da 5ª Região/BA. Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia/UFBA. Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP. Professor de Direito e Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social na Universidade do Estado da Bahia/UNEB. Coordenador Executivo da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região/EMATRA 5 (biênio 2012-2014). Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (biênios 2005-2007, 2007-2009, 2009-2011, 2013-2015 e 2015-2017).

INÁCIO ANDRÉ DE OLIVEIRA

Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região/RN; Presidente da Amatra 21.

LUCIANA PAULA CONFORTI

Juíza do Trabalho do TRT da 6ª Região, especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Boa Viagem – FBV. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Boa Viagem – FBV/Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 6ª Região – ESMATRA6. Mestre em Estado, Constitucionalização e Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Doutoranda em Direito, Estado Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Integrante do grupo de pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPQ). Membro da Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Associação Nacional dos

Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA. Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho e Diretora de Cidadania e Direitos Humanos da Amatra 6 (Biênio 2016-2018).

MARCO AURÉLIO MARSIGLIA TREVISÓ

Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Uberlândia (MG). Mestre em Direito Público, com ênfase em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Universidade Federal de Uberlândia – FADIR/UFU (MG). Máster em Teoria Crítica dos Direitos Humanos: Desenvolvimento e Globalização, pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). Sócio-fundador do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e Ministério Público do Trabalho (IPEATRA). Diretor de Prerrogativas da Associação dos Magistrados do Trabalho da 3ª Região (AMATRA 3), no biênio 2016/2017. Diretor de Formação e Cultura da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), no biênio 2017/2018.

MARLENE TERESINHA FUVERKI

Desembargadora Federal do Trabalho e atual Vice-Presidente do TRT 9ª Região; mestre e doutora em Direito Econômico e Socioambiental, pela PUC-PR; Especialista em Direito Público pela UFPR e em Filosofia, com Ênfase em Ética pela PUC-PR; professora de Direito Material do Trabalho nos cursos de graduação e de pós-graduação no Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba e no curso de pós-graduação em Direito do Trabalho da PUC-PR; membro da Academia Paranaense de Direito do Trabalho.

NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e em Dogmática Jurídica. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor em Cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Professor Convidado-Permanente da Escola Superior da Advocacia da OAB/SC. Membro da Comissão Técnico-Científica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) (2006-2007). Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Tubarão – 12ª Região (SC).

RUBENS FERNANDO CLAMER DOS SANTOS JÚNIOR

Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região – Titular da 4ª Vara de Novo Hamburgo; Especialista em Direito e Processo do Trabalho; Mestre em Direito pela PUC-RS; Professor dos cursos de pós-graduação em nível de especialização da PUC-RS, UNISINOS, FEMARGS, UNIRITTER, FEEVALE, IMED e IDC; Ex-professor da Faculdade de Direito da PUC. Autor dos livros *A Eficácia dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores*; *Processo do Trabalho: uma interpretação constitucional contemporânea a partir da teoria dos direitos fundamentais*.

SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA

Desembargadora do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Doutora em Ciências Jurídicas e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional PUC-Rio. Professora Associada da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, vinculada ao Departamento de Direito Social e Econômico e ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, onde coordena o grupo Configurações Institucionais e Relações de Trabalho – CIRT cadastrado no diretório de grupos de pesquisas do CNPq.

VITOR SALINO DE MOURA EÇA

Pós-doutor em Direito Processual Comparado pela Universidad Castilla-La Mancha, na Espanha. Professor Adjunto IV da PUC-Minas (CAPES 6), lecionando nos cursos de mestrado e doutorado em Direito. Professor visitante em diversas universidades nacionais e estrangeiras. Professor conferencista na Escola Nacional de Magistratura do Trabalho – ENAMAT e na Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil. Pesquisador junto ao Centro Europeo y Latinoamericano para el Diálogo Social - España. Membro efetivo, dentre outras, das seguintes sociedades: Academia Brasileira de Direito do Trabalho – ADBT; Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – AIDTSS; Asociación de Laboralistas – AAL; Equipo Federal del Trabajo – EFT; Escuela Judicial de América Latina – EJAL; Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior- IBDSCJ; Instituto Latino-Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – ILTRAS; Instituto Paraguayo de Derecho del Trabajo y Seguridad; e da Societé Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale. Juiz do Trabalho no TRT/3.

Sumário

<i>Abreviaturas e siglas usadas</i>	9
<i>Mensagem sobre Periodicidade</i>	11
<i>Editorial</i>	13
<i>Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças</i>	15
Doutrina	
A imprecisa interpretação da Súmula n. 294 do TST <i>José Linhares Prado Neto</i>	19
A inconstitucionalidade da despedida coletiva imotivada <i>Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale</i>	36
O princípio da vedação do retrocesso e a judiciabilidade de medidas regressivas em matéria de direitos sociais <i>Laísa Lacerda</i>	64
Agoniza o social no estado que seria social de <i>direito</i> <i>Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima</i>	88
A proteção do <i>Whistleblower</i> <i>Roberto Wakahara</i>	102
A “reforma” trabalhista e a violação do direito fundamental de acesso à tutela jurídica justa do cidadão trabalhador <i>Juliane Caravieri Martins</i>	112
Reforma trabalhista e desenvolvimento humano: uma análise legislativa à luz do fenômeno “pejotização” <i>Vinícius Pinagé Alves de Lima e Jaílton Macena de Araújo</i>	134
Reforma trabalhista e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica <i>Luna Provázio Lara de Almeida</i>	155
Direito fundamental à limitação da jornada: a disciplina do teletrabalho à luz dos princípios constitucionais <i>Ricardo Lourenço Filho e Pedro Robério de Souza Filho</i>	164

Lei n. 13.429 de 2017 e a intermediação de trabalho no Brasil: perspectivas políticas e hermenêuticas <i>Rodrigo Trindade de Souza</i>	178
Vamos falar séria e honestamente sobre a Reforma Trabalhista? <i>Jorge Luiz Souto Maior</i>	193
A proposta de emenda à CONstituição n. 287/2016 e o risco de desproteção social <i>Carlos Alberto Pereira de Castro</i>	226
Jurisprudência	
— Acórdão de Tribunal Regional do Trabalho	
Tribunal Regional do Trabalho da 15 ^a Região	259
Índice Geral	269

Abreviaturas e Siglas Usadas

ABNT.....	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADCT/ano (ano com 4 dígitos)	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
CC.....	Código Civil
CCB.....	Código Civil Brasileiro
CDC.....	Código de Defesa do Consumidor
CF.....	Constituição Federal
CLT.....	Consolidação das Leis do Trabalho
CNC.....	Consolidação das Normas da Corregedoria
CP	Código Penal
CPC.....	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTB.....	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
DOE.....	Diário Oficial do Estado
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
ECA.....	Estatuto da Criança e do Adolescente
FGTS.....	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
INSS.....	Instituto Nacional do Seguro Social
MP	Medida Provisória
NBR	Norma Brasileira Regulamentada
OIT.....	Organização Internacional do Trabalho
STF.....	Supremo Tribunal Federal
STJ.....	Superior Tribunal de Justiça
TJ.....	Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST.....	Tribunal Superior do Trabalho

Mensagem sobre Periodicidade

Caros leitores e colaboradores,

A Anamatra e a Editora LTr informam que, a partir desta edição, a *Revista Trabalhista Direito e Processo* passará a ter periodicidade semestral, sendo o presente número relativo ao segundo semestre de 2016.

Entendemos que essa é uma maneira de possibilitar que cada vez mais estudiosos colaborem com a *Revista*, bem como que possamos oferecer uma publicação que contribua com o desenvolvimento do conhecimento e evolução doutrinária, ampliando o debate e a reflexão das questões atinentes à Justiça do Trabalho.

Informamos ainda que estão disponíveis no Espaço do Associado, área restrita do portal da Anamatra, as edições digitais a partir do n. 25.

As assinaturas continuam disponíveis para associados e para o público em geral no endereço (<www.ltreeditora.com.br>).

Finalmente, reiteramos o convite para o envio de artigos, sentenças e acórdãos para as próximas edições, conforme as disposições dos editais publicados periodicamente no portal da Anamatra (<www.anamatra.org.br>).

Cordialmente,

Conselho Editorial

Editorial

A desconstrução dos Direitos Sociais é o eixo principal desta edição da Revista de Direito Material e Processual do Trabalho, organizado pela ANAMATRA em parceria com a LTr Editora.

E, a escolha deste tema decorre da sua inevitável e atual importância: reforma da previdência social e a reforma trabalhista apontam para este caminho de desconstrução em nosso País.

Neste contexto, o estudo de alguns assuntos temas, como a vedação ao princípio do retrocesso social, perspectivas hermenêuticas para as reformas que estão em curso (a trabalhista, neste momento, inclusive já aprovada), a ampla possibilidade da dispensa coletiva, a maior dificuldade para o acesso à justiça, e até mesmo o atual papel que se deve conferir ao Estado Social de Direito, tornam-se especiais, neste momento crítico em que os Direitos Sociais são fortemente atacados.

As reformas andam aos ventos, com poucos debates dentro da esfera do Poder Legislativo, inclusive, chegando o Senado Federal a efetivamente “abrir mão” de seu papel constitucional de casa revisora, nos projetos que visam desconstruir os direitos sociais.

Todos estes pontos são objeto de intenso combate pela ANAMATRA, por meio da apresentação de notas técnicas, divulgação de vídeos, campanhas informativas para o conhecimento da população trabalhadora brasileira.

Mas, a participação de todos os atores sociais que labutam na área jurídica é de fundamental importância. E, os textos publicados nesta Revista foram escolhidos tomando por base este específico viés.

Esta edição da Revista ensinará ao leitor a oportunidade de estudar estas questões. E, já adiantando, as próximas edições abordarão, de forma específica, as reformas aprovadas pelo Congresso Nacional, notadamente sob o viés da Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

Convidamos os leitores a participarem deste desafio. E que os artigos selecionados sirvam de reflexão para o futuro, com olhos no presente e no passado.

Boa leitura.

A Comissão Editorial

Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças

1. DA FINALIDADE

1.1. A Revista Trabalhista Direito e Processo tem por finalidade promover o debate e a reflexão crítica sobre os principais temas de competência da Justiça do Trabalho. Para tanto, se propõe a divulgar a produção científica de magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados, bem como de outros profissionais do Direito.

O n. 55 da Revista terá como tema “O direito do trabalho e o novo Código de Processo Civil”.

2. DA COMISSÃO EDITORIAL

2.1. Caberá ao Conselho Editorial da Revista analisar, aprovar e selecionar as sentenças, os acórdãos e os artigos científicos a serem publicados;

2.2. Da decisão da Comissão não caberá pedido de reconsideração ou recurso.

3. DO ENCAMINHAMENTO

3.1. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos deverão ser encaminhados virtualmente, em formato Microsoft Word, apenas para o endereço eletrônico que constará em cada edital que será publicado no sítio da Anamatra na internet, sob a forma de anexo à mensagem eletrônica;

3.2. O encaminhamento dos artigos científicos autoriza automaticamente a publicação. Caso opte pela posterior desautorização, o autor deverá proceder à comunicação pelo mesmo endereço eletrônico constante no subitem anterior, até o prazo de dez dias antes do encaminhamento do material pela comissão à editora;

3.3. Da mensagem eletrônica deverá constar o endereço completo (residencial ou profissional) do autor para posterior encaminhamento de um exemplar com o trabalho publicado.

4. DAS SENTENÇAS E DOS ACÓRDÃOS — REQUISITOS

4.1. As sentenças e os acórdãos encaminhados para publicação deverão guardar relação com o tema da Revista;

4.2. Os acórdãos estão limitados ao máximo de três por juiz, desembargador ou ministro;

4.3. As sentenças e os acórdãos deverão ser remetidos, obrigatoriamente, acompanhados da data de publicação no Diário Oficial ou com a indicação da audiência em que foram publicados, constando, inclusive, o número dos autos do processo em que foram proferidos;

4.4. Já tendo sido publicada a sentença ou o acórdão, o prolator/relator deverá, obrigatoriamente, indicar em que veículos houve a publicação.

5. DOS ARTIGOS CIENTÍFICOS — REQUISITOS

5.1. Os artigos científicos devem ser, preferencialmente, inéditos no Brasil;

5.2. Os artigos científicos deverão ser encaminhados devidamente corrigidos do ponto de vista ortográfico;

5.3. Para a manutenção da qualidade científica da Revista, os artigos científicos observarão, obrigatoriamente, os seguintes requisitos:

5.3.1. Conterão entre cinco e trinta páginas, **preparados em formato Microsoft Word**;

5.3.2. Os textos conterão, obrigatoriamente, a seguinte estrutura: a) título (e subtítulo, se houver); b) nome do autor; c) qualificação sucinta do autor (em nota de rodapé); d) resumo em português e inglês (ver subitem 7.6), com o máximo de duzentas palavras; e) mínimo de três e máximo de seis palavras-chaves que representem o conteúdo do texto; f) sumário; g) introdução; h) corpo do texto; i) considerações finais; j) referências bibliográficas; e k) data de elaboração, devendo ser, preferencialmente, recente;

5.3.3. A referência ao autor do artigo (subitem 5.3.2, alínea “b”) deverá conter os dados relativos à sua maior titulação acadêmica, além do cargo que ocupa na respectiva Região da Justiça do Trabalho, com indicação do Estado da Federação em caso de magistrado ou de membro do Ministério Público do Trabalho. Para fins de qualificação da revista no sistema QUALIS/CAPEs, o autor, se for o caso, deverá identificar-se como mestrando ou doutorando, assumindo a obrigação de lançar a publicação no seu currículo plataforma LATTES mantido no *site* do CNPQ (<www.cnpq.br>);

5.3.4. As citações deverão ser feitas em sistema de nota de rodapé, de acordo com as normas atualizadas da ABNT; não serão aceitos trabalhos com citação do tipo autor-data;

5.3.5. As referências bibliográficas deverão vir no final do texto;

5.3.6. As citações de textos de outros autores que ultrapassem três linhas devem ser feitas em parágrafo apartado, com recuo de 4 cm e sem aspas; as demais citações deverão vir no corpo do texto, entre aspas;

5.3.7. Com o encaminhamento dos artigos, os seus autores automaticamente autorizam a Anamatra e a LTr Editora a realizar pequenas correções gramaticais que não alterem o teor do trabalho;

5.3.8. O Conselho Editorial poderá convidar autores a publicar artigos na Revista, sendo um a cada número do periódico, caso em que, dada a relevância do tema ou a notoriedade do seu autor, será dispensada a observância aos requisitos de que trata o item “5.3.2”.

6. DA NÃO OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS FORMAIS

6.1 - Os trabalhos que não observarem as normas deste edital, especialmente as formais, serão devolvidos aos seus autores, para readequação em oito dias, sob pena de não publicação.

7. DISPOSIÇÕES GERAIS

7.1. O encaminhamento das sentenças, dos acórdãos e dos artigos científicos autoriza automaticamente a sua publicação (ver subitem 3.2);

7.2. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos recebidos para seleção não serão devolvidos e poderão ser publicados em números posteriores do periódico, a critério do Conselho Editorial, permanecendo no banco de dados da Revista, sendo desnecessária nova autorização do prolator/relator/autor;

7.3. Caso o remetente não concorde com a publicação nos números posteriores da Revista, deverá informar expressamente na mensagem de encaminhamento;

7.4. O conteúdo dos artigos científicos é de responsabilidade exclusiva de seus autores;

7.5. Não haverá nenhuma retribuição pecuniária pelos artigos enviados ou publicados, uma vez que a simples remessa para publicação importa a renúncia dos direitos autorais de natureza patrimonial;

7.6. Caso o artigo seja encaminhado sem resumo na língua inglesa, o autor automaticamente autoriza o Conselho Editorial a providenciar a tradução do resumo para o inglês.

Comissão Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo

Doutrina

A imprecisa interpretação da Súmula n. 294 do TST

José Linhares Prado Neto^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo analisa as atuais dificuldades do Tribunal Superior do Trabalho em fixar uma interpretação uniforme a respeito da prescrição quinquenal no curso do contrato de trabalho, disciplinada pela Súmula n. 294 do TST. O estudo revela um cenário de significativa instabilidade jurisprudencial, sintomático da premente necessidade de avaliação do real objetivo do enunciado sumular.

Palavras-chave:

- ▶ Prescrição — Contrato de trabalho — Súmula n. 294 do TST — Instabilidade jurisprudencial — Reavaliação.

Abstract:

- ▶ The article analyses the present difficulties of the Superior Court of Labor to fix a uniform interpretation about the quinquennial prescription in the course of employment contract, disciplined by Precedent 294 TST. The study reveals important instability in the Court, which indicates the urgent necessity for evaluation the real purpose of the Precedent.

Key-words:

- ▶ Prescription — Employment contract — Precedent 294 TST — Inconstants judgment — Revaluation.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Histórico da Súmula n. 294
- ▶ 3. A conflituosa jurisprudência relacionada à Súmula n. 294 do TST
 - ▶ 3.1. Conflito jurisprudencial quanto à prescrição quinquenal fundamentada na alteração do pactuado

(*) Advogado da Caixa Econômica Federal. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Pós-graduado em Direito

Processual Civil pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Fortium.

- ▶ 3.2. Conflito jurisprudencial quanto à prescrição quinquenal fundamentada em direito previsto em lei
- ▶ 3.3. Conflito jurisprudencial quanto à prescrição quinquenal parcial fundamentada na tese da nulidade da alteração contratual lesiva
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

A prescrição, em qualquer ramo do direito, é um instituto jurídico complexo e polêmico, sujeito a ponderáveis críticas positivas e negativas. Se por um lado, prepondera a tese positivada do interesse do Poder Público na estabilização das relações jurídicas, com punição do credor pela inércia. De outro, sempre será visto como instrumento de injustiça e impunidade, especialmente no âmbito das relações de trabalho, na qual o trabalhador é subordinado e dependente econômico do empregador, fato por si só suficiente para inibir qualquer reclamação trabalhista enquanto vivo o pacto laboral.

Regra geral, o prazo prescricional trabalhista é regido pelo art. 7º, inc. XXIX, Constituição Federal⁽¹⁾, que fixa o prazo prescricional em cinco anos, para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho. Portanto, no curso do contrato de trabalho, o empregado possui o prazo de cinco anos para o ajuizamento da ação para se insurgir contra violação a seus direitos.

O Tribunal Superior do Trabalho, diante da generalidade dos parâmetros da Carta Magna, por meio da edição de enunciados sumulares, tem exercido a relevante tarefa de fixar diretrizes específicas para a prescrição em variadas e específicas circunstâncias do cotidiano do

Direito do Trabalho, a exemplo das Súmulas ns. 114, 153, 268, 294, 326, 327 e 373 do TST.

Não obstante o intuito uniformizador e pacificador dos verbetes sumulares, com a proposição de uma solução pronta para uma questão jurídica controvertida, nos últimos anos, o TST vem convivendo com reiteradas e inconclusivas discussões em torno da melhor interpretação do enunciado da Súmula n. 294 do TST. Especialmente a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST (SBDI-1), órgão responsável pela uniformização da jurisprudência nacional envolvendo o direito individual do trabalho, está imersa numa grande zona de incertezas sobre o real alcance da Súmula n. 294 do TST.

A falta de consenso num tribunal superior sobre um tema já sumulado, resultado do compreensível inconformismo de parte dos ministros com a prescrição total no curso do contrato de trabalho, tem causado julgamentos contraditórios, insegurança jurídica, aumento do número de recursos, atrasos nos julgamentos, dentre outras consequências que torna inadivável uma reflexão pelo Tribunal Superior do Trabalho a respeito da Súmula n. 294 do TST, para avaliação da viabilidade jurídica de manutenção, revisão ou cancelamento do verbete.

2. Histórico da Súmula n. 294 do TST

A Súmula n. 294 do TST, formulada no julgamento Incidente de Uniformização de Jurisprudência – TST-IUJ-RR 6928/1986.3, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10 de abril de 1989, publicado no DJ de 19 de maio de 1989, sucedeu os regramentos das Súmulas ns. 168 e 198 do TST.

(1) O art. 11 da CLT também dispõe: O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve: I – em cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato; II – em dois anos, após a extinção do contrato de trabalho, para o trabalhador rural. (inciso II foi derogado pelo art. 7º, XXIX, da CF).

A Súmula n. 168 do TST, originária do Pre-julgado n. 48 do TST, pautada em princípios protetivos do trabalhador, previa a incidência da prescrição parcial quinquenal de quaisquer prestações periódicas, independentemente da natureza da verba. *In verbis*:

Súmula n. 168 do TST – PRESCRIÇÃO. PRESTAÇÕES PERIÓDICAS. CONTAGEM. Na lesão de direito que atinja prestações periódicas, de qualquer natureza, devidas ao empregado, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se origina (ex-Prejulgado n. 48).

Cancelada pela Súmula n. 294 – Res. n. 4/1989, DJ 14, 18 e 19.4.1989. Redação original – RA n. 102/1982, DJ 11.10.1982 e DJ 15.10.1982.

A aplicação no Direito do Trabalho dessa regra de prescritibilidade sempre parcial vigorou até 3 de abril de 1985, quando sobreveio a Súmula n. 198 do TST, com previsão de incidência da prescrição total para pretensão nascida de ato único do empregador, à época no prazo de dois anos. *In verbis*:

Súmula n. 198 do TST – PRESCRIÇÃO. A lesão de direito individual que atinja prestações periódicas devidas ao empregado, à exceção da que decorre de ato único do empregador, a prescrição é sempre parcial e se conta do vencimento de cada uma dessas prestações, e não da lesão do direito.

Histórico: Cancelada pela Súmula n. 294 – Res. n. 4/1989, DJ 14, 18 e 19.4.1989. Redação original – Res. n. 4/1985, DJ 1º, 2 e 3.4.1985.

A novel hipótese de prescrição total, com a contagem do prazo iniciada com a lesão decorrente de ato único do empregador, gerou intensa cizânia⁽²⁾, dada a falta de uma clara definição da expressão “ato único do empregador”, conforme registra Carvalho⁽³⁾:

- (2) Votaram contra a alteração da Súmula os Ministros: Alves de Almeida, João Wagner, Orlando Teixeira da Costa, Hélio Regato, Pajehü Macedo Silva e Coqueijo Costa. Os Ministros Fernando Franco, Ildélio Martins e Marco Aurélio insurgiram-se contra a redação do verbete.
- (3) CARVALHO, Augusto César Leite de. A prescrição trabalhista: a possível superação da prescrição total.

“A expressão ‘ato único do empregador’ mostrou-se, em verdade, extremamente dúbia, pois rendia ensejo a pelo menos três significados: a) o ato patronal de efeito instantâneo (v. g. um ato punitivo de advertência ou suspensão disciplinar, ou ainda um desconto salarial em mês específico); b) o ato patronal que, não consistindo em alteração do contrato, surtia efeitos que repercutiam na continuidade do vínculo (v. g., o enquadramento funcional); c) a alteração unilateral do contrato com efeitos igualmente sentidos no restante da relação laboral (v. g., a transferência abusiva para outra localidade, a redução do salário contratual, o aumento da jornada sem extrapolação do limite legal).”

As duas primeiras implicações, “a” e “b”, por representarem uma alteração menos gravosa ao contrato de trabalho, enfrentaram menores resistências. Porém, para os ministros vencidos, a terceira via interpretativa atingia direito adquirido, possibilitaria a consolidação pelo decurso do tempo de uma alteração nula, contrária aos elementares princípios da irrenunciabilidade e da inalterabilidade contratual lesiva, previsto expressamente no art. 468, *caput*⁽⁴⁾ da CLT.

Com a promulgação da Constituição Federal em outubro de 1988, por razões lógico-jurídicas e para tentar superar as críticas de desrespeito às garantias legais do trabalhador⁽⁵⁾, no julgamento do IUJ-RR 6928/1986.3, acórdão publicado no DJ de 19 de maio de 1989, o Pleno da Corte

Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 76, n. 3, p. 147-171, jul./set. 2010, p.160/161.

- (4) 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.
- (5) Art. 444 da CLT – As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Trabalhista editou a Súmula n. 294 do TST, que possibilita a prescrição total apenas quando a alteração contratual atingir direito não garantido por lei. *In verbis*:

Súmula n. 294 do TST – PRESCRIÇÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. TRABALHADOR URBANO. Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.

Precedente: IUJ-RR 6928/1986, Ac. TP 556/1989 – Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, DJ 19.5.1989 - Decisão por maioria. Histórico: Redação original (cancelamento das Súmulas ns. 168 e 198) – Res. n. 4/1989, DJ 14, 18 e 19.4.1989.(cancelamento das Súmulas ns. 168 e 198) – Res. n. 4/1989, DJ 14, 18 e 19.4.1989.

A nova súmula passou admitir duas categorias de direito: os de indisponibilidade absoluta, assegurados por lei, suscetíveis de prescrição parcial; e os de indisponibilidade relativa, sem previsão legal, sujeitos à prescrição total, tais como as parcelas decorrentes de norma regulamentar, contrato, acordo coletivo, convenção coletiva, sentença normativa.

De acordo o voto vencedor do ministro Marco Aurélio, relator do IUJ-RR 6928/1986, a justificava para a incidência de prescrição total reside na incerteza do direito à prestação não assegurada por lei, posto que a discussão sobre a licitude da alteração contratual, que extinguiu a fonte das prestações sucessivas postuladas, já se encontra fulminada pela prescrição total, conforme o seguinte excerto:

“O legislador trabalhista pátrio, atento ao caráter informativo dos princípios de Direito, teve presente o da irrenunciabilidade, apontando como elemento definidor da licitude da alteração contratual a ausência de prejuízo para o empregado, ficando relegada a plano secundário a manifestação de vontade deste. A pedra de toque do sistema é, portanto, o art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Ora, se o empregador, contando, ou não, com

a manifestação de vontade do empregado, causa-lhe prejuízo ao alterar o que fora contratado além da garantia mínima prevista em lei, dúvidas não pairam sobre o cometimento de um ilícito trabalhista, a teor do disposto no art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, no que assegura não o direito em si a qualquer parcela, mas à intangibilidade do contrato de trabalho. Verificado o ato, surge no patrimônio do prestador dos serviços um direito atual — o de ver mantidas as condições primitivas — e exigível: neste instante nasce o direito de ação. A partir do surgimento da ação exercitável, tem início a contagem do prazo prescricional. O empregado conta com dois anos para pleitear a declaração e a reparação do direito, no interesse de preservar o *status quo ante*, com o pagamento das diferenças das parcelas satisfeitas de forma imprópria, ou seja, com base nas condições que resultaram da alteração do contrato. *Decorridos mais de dois anos da prática do ato violador do direito via alteração do contrato de trabalho, forçoso é concluir pela prescrição total. As diferenças não têm vida própria. A condenação em satisfazê-las pressupõe o julgamento da controvérsia em torno da modificação contratual introduzida, ou seja, o exame do ato do empregador frente ao disposto no art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Se quanto a esta pretensão a demanda já se encontra fulminada pelo biênio, quanto à outra descabe falar em prescrição parcial. As diferenças pleiteadas consubstanciam direito acessório, jungidas ao principal, no caso, aquele pertinente à preservação das condições contratuais, como se infere da relação entre o principal e o acessório instituída pelo art. 58 do Código Civil.”* (Grifos não originais)

No fundo, o voto do ministro relator replicou a compreensão preexistente do Excelso Supremo Tribunal Federal, segundo a qual só há prescrição parcial quando as prestações pleiteadas decorrem de um direito reconhecido, originário de uma fonte imexível pelo empregador, conforme referências do voto condutor do IUJ-RR 6928/1986:

“Quando é um direito reconhecido, sobre o qual não se questiona, aí, são as prestações que vão prescrevendo, mas se o direito às

prestações decorre do direito à anulação do ato, é claro que, prescrita a ação em relação a este, não é possível julgar prescritas apenas as prestações, porque prescreveu a ação para reconhecimento do direito do qual decorreria o direito às prestações. Do contrário seria admitir efeito sem causa” (Ac. 1ª T.-STF, DJU de 11.9.81, p. 8.794, RE-94.679-9-SP, rel. Min. Soares Munõz). Da mesma forma decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE-STF-94.136-3, rel. Min. Rafael Mayer, 1ª T., DJU 19.09.81, p. 91.591).

3. A conflituosa jurisprudência relacionada à Súmula n. 294 do TST

A análise da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho nos últimos anos demonstra uma notória incerteza quanto aos rumos dos julgamentos envolvendo casos de prescrição quinquenal, proveniente de uma leitura da Súmula n. 294 do TST muito próxima dos comandos das já canceladas Súmulas ns. 168 e 198 do TST.

A SBDI-1 tem realizado uma questionável interpretação dos requisitos para aplicação da Súmula n. 294 do TST. Fato antes reconhecido pela reiterada jurisprudência como “alteração do pactuado” passou a ser visto como “mero descumprimento reiterado do direito”; o termo “lei” do verbete ganhou conotação mais ampla e genérica, para ampliar os direitos imunes à prescrição total; e, por fim, é cada vez mais comum a arguição da tese da proibição da alteração contratual lesiva e preservação do direito adquirido para justificar a prescrição parcial.

A mudança de entendimento não é propriamente o mais preocupante, pois, como os verbetes sumulares do TST ainda não possuem caráter vinculante, a SBDI-1 é livre para se inclinar contrariamente ao disposto em Súmula, Orientação Jurisprudencial ou Precedente Normativo da Corte, não havendo óbice formal a uma possível revisão da Súmula n. 294 do TST, conforme dispõe o regimento interno do TST⁽⁶⁾.

(6) Art. 158 do Regimento Interno do TST. A revisão ou cancelamento da jurisprudência uniformizada

O inquietante é constatar um crescente número de decisões discrepantes sobre o tema e uma paralela ausência de uma reflexão mais profunda e definitiva sobre os rumos da prescrição no curso do contrato de trabalho e da própria Súmula n. 294 do TST. O adiamento da providência tem resultado em reiterados debates, quase semanais, acompanhados por variações de posicionamento, ora num sentido ora noutro, causando incontroversa insegurança jurídica.

3.1. Conflito jurisprudencial quanto à prescrição quinquenal fundamentada na alteração do pactuado

A expressão “alteração do pactuado” da Súmula n. 294 do TST objetivou encerrar as dúvidas que existiam em torno da expressão “ato único do empregador” da Súmula n. 198 do TST. Com o advento da nova súmula, qualquer modificação do contrato de trabalho passou a considerada “*actio nata*” da contagem do prazo prescricional para reclamação de prestações não asseguradas por lei.

Em consonância com essa nova diretriz, a jurisprudência da Corte Trabalhista, no período de 2008 a 2012⁽⁷⁾, por exemplo, decretava a prescrição total do pedido de diferenças salariais causadas pela redução da base de

do Tribunal, objeto de Súmula, de Orientação Jurisprudencial e de Precedente Normativo, será suscitada pela Seção Especializada, ao constatar que a decisão se inclina contrariamente a Súmula, a Orientação Jurisprudencial ou a Precedente Normativo, ou por proposta firmada por pelo menos dez Ministros da Corte, ou por projeto formulado pela Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos.

(7) Conferir: TST. 7ª Turma, RR 3926/2006-037-12-00.1, rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, j. 29.10.2008, DEJT 7.11.2008; TST. 6ª Turma, RR-2975/2006-001-12-85.0, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, j. 26.8.2009, DEJT 4.9.2009; TST. SbDI-1, E-ED-RR-703700-70.2006.5.12.0034, rel. Min. João Batista Brito Pereira, j. 15.4.2010, DEJT 23.4.2010; TST. SbDI-1, E-ED-RR-513300-25.2008.5.12.0036, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, j. 24.11.2011, DEJT 2.12.2011; TST. SbDI-1, E-RR-515000-15.2007.5.12.0022, rel. Min.: Aloysio Corrêa da Veiga, j. 29.3.2012, DEJT 13.4.2012.

cálculo das denominadas “vantagens pessoais”, parcelas previstas exclusivamente na norma interna da empresa, que sofreu alteração na forma de cálculo com a implementação de um novo plano de cargos e salários. *In verbis*:

PRESCRIÇÃO. CTVA. VANTAGENS PESSOAIS. CONTRIBUIÇÃO À PREVIDÊNCIA PRIVADA. ALTERAÇÃO DO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. Não há como afastar a incidência da Súmula n. 294 desta Corte na hipótese, porquanto o reclamante pleiteia o recebimento de diferenças salariais decorrentes da implantação do novo plano de cargos e salários que criou a parcela CTVA e substituiu a função comissionada pelo cargo em comissão. Trata-se de alteração contratual decorrente de ato único do empregador, não estando o direito às parcelas assegurado por lei. Dessa forma, a Turma, em vez de contrariar a Súmula n. 294 desta Corte, atendeu aos seus ditames. Recurso de Embargos de que não se conhece. (TST. SBDI-1, RR 423500-62.2006.5.12.0001, rel. Min. João Batista Brito Pereira, j. 3.12.2009, DEJT 11.12.2009)

No ano de 2013, em notório descompasso com a firme jurisprudência e reiterados julgados das Turmas, então recentes, que acolhiam a prescrição total⁽⁸⁾, a SBDI-1, em composição plena, ao julgar o recurso de embargos no processo E-RR-7800-14.2009.5.06.0021, por maioria, decidiu reformular o entendimento, para aplicar a prescrição parcial, mesmo reconhecendo estar diante de uma alteração de um direito previsto em norma empresarial.

RECURSO DE EMBARGOS. PRESCRIÇÃO AFASTADA. DIFERENÇAS SALARIAIS. NÃO CÔMPUTO DAS VERBAS CTVA E

CARGO COMISSIONADO NA BASE DE CÁLCULO DE PARCELA. VANTAGENS PESSOAIS. RECURSO DE REVISTA CONHECIDO E DESPROVIDO. O pedido de diferenças salariais decorrentes da alteração da base de cálculo das vantagens pessoais, não obstante estar previsto em normas empresariais internas, está sujeito à prescrição parcial, visto não se tratar de alteração contratual decorrente de ato único do empregador, mas de descumprimento do pactuado, lesão que se renova mês a mês. A prescrição aplicável, portanto, é a parcial e quinquenal. Embargos conhecidos e desprovidos. (TST. SBDI-1, E-RR 7800-14.2009.5.06.0021, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. 26.9.2013, DEJT 4.10.2013)

A reforma do entendimento quanto à prescrição incidente para o pedido de “vantagens pessoais”, que se mantém prevalecente⁽⁹⁾, com apoio na premissa de que a alteração contratual não foi promovida por “ato único do empregador”, indevidamente ressuscita a polêmica condição da já cancelada Súmula n. 198 do TST, questão superada com a edição da Súmula n. 294, que apenas exige a constatação de “alteração do pactuado” que afete direito não assegurado por lei.

De toda sorte, mesmo que assim não fosse, emerge óbvio que a alteração da base de cálculo daquela parcela salarial se deu em momento único, com a implantação de um novo plano de cargos comissionados, conforme até então vinha reconhecendo reiterados acórdãos da Corte Superior Trabalhista.

A modificação da jurisprudência quanto ao tema, contudo, não impediu da SBDI-1 de manter o decreto de prescrição total para o pedido de diferenças de pagamento da gratificação de balanço, verba igualmente assegurada apenas por plano de cargos e salários, e que

(8) Até setembro 2013, as 1ª, 4ª, 5ª, 7ª e 8ª Turmas do TST ainda aplicavam a prescrição total ao caso. Conferir: TST. 1ª Turma, AIRR 172800-84.2009.5.07.0006, rel. Min. Lélío Bentes Corrêa, j. 10.4.2013, DEJT 12.4.2013; TST. 4ª Turma, RR 2079-14.2010.5.20.0003, rel.ª Min.ª Maria de Assis Calsing, j. 17.4.2013, DEJT 19.4.2013; TST. 5ª Turma, RR 196-25.2011.5.19.0003, rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, j. 10.4.2013, DEJT 19.4.2013; TST. 7ª Turma, RR 179900-69.2009.5.08.0004, rel. Min. Pedro Paulo Manus, j. 20.2.2013, DEJT 5.4.2013; TST. 8ª Turma, AIRR 5300-92.2009.5.15.0095, rel.ª Min.ª Dora Maria da Costa, j. 27.2.2013, DEJT 1ª.3.2013.

(9) Conferir: TST. SBDI-1, E-ED-RR 599600-66.2006.5.12.0001, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, j. 5.5.2016, DEJT 13.5.2016; TST. SBDI-1, E-RR - 151700-72.2009.5.06.0371, rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, j. 6.10.2016, DEJT 14.10.2016.

posteriormente também foi reduzida por ilícita alteração contratual, como se infere do acórdão unânime, prolatado no processo ED-ED-RR-138-04.2011.5.05.0038, publicado logo no ano seguinte, DJET 19.12.2014, *in verbis*:

BANEB. GRATIFICAÇÃO DE BALANÇO. REDUÇÃO DE 20% PARA 1%. DESCUMPRIMENTO CONTINUADO DE OBRIGAÇÃO. PRESCRIÇÃO TOTAL. A suposta lesão ocorreu em 1999, quando da privatização do Baneb, ocasião em que a gratificação de balanço foi reduzida de 20% para 1%. Conclui-se, assim, que houve típica alteração do pactuado. Acrescente-se que o empregado foi admitido em 27.10.1980 (antes da alteração contratual) e que o contrato de trabalho ainda estava em vigor na ocasião em que a ação foi ajuizada. O art. 7º, XXIX da Constituição Federal dispõe que a prescrição bienal extintiva somente é aplicada nas hipóteses de rescisão do contrato de trabalho. Considerando que o contrato de trabalho do autor permanecia em vigor quando a ação foi ajuizada, que a alteração do percentual de 20% para 1% ocorreu em 1999, e que a presente Reclamação trabalhista somente foi proposta em 2012, quando já ultrapassado o prazo prescricional total quinquenal, é de se concluir que a decisão da Turma que declarou a prescrição do direito de ação deve ser mantida. Recurso de embargos conhecido por divergência jurisprudencial e não provido. [...]

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos por divergência jurisprudencial tão somente quanto ao tema “Gratificação de balanço. Prescrição”, e no mérito, negar-lhe provimento.

(E-ED-ED-RR -138-04.2011.5.05.0038, rel. Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 4.12.2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 19.12.2014)

Para fins de análise da prescrição, não há qualquer diferença substancial entre o pedido

de diferenças salariais decorrentes da alteração da base de cálculo das vantagens pessoais e o de diferenças salariais decorrentes da alteração do percentual da gratificação de balanço. A *quaestio iures* é a mesma. Ambos direitos vindicados estavam assegurados apenas por norma interna do empregador (plano de cargos e salários), que foram parcialmente suprimidos por uma alteração regulamentar posterior, cujos efeitos igualmente são sentidos no restante da relação laboral, não havendo, portanto, razão para a incidência da prescrição parcial para o primeiro, acórdão publicado no DEJT 4.10.2013, e total para o segundo, acórdão publicado DEJT 19.12.2014.

A interpretação claudicante da prescrição no curso do contrato de trabalho igualmente pode ser percebida no acórdão no Processo AgR-E-ED-RR-420-72.2010.5.02.0034, publicado no DEJT 15.5.2015, em que a SBDI-1 também aplicou a prescrição total da pretensão de restabelecimento das condições originais do plano de saúde, apesar de a alteração prejudicial, à maneira do ocorrido em relação à base de cálculo das vantagens pessoais, gerar repercussão igualmente sentida no restante da relação laboral. *In verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. PLANO DE SAÚDE. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. PRESCRIÇÃO TOTAL. 1. [...] Consignado, no acórdão turmário, que em 2003 foi instituído um novo plano de assistência médica, “supostamente sem isenção de custos ou garantia de utilização da rede médico-hospitalar de atendimento aos empregados da ativa”, e que os reclamantes postularam o “retorno ao plano médico original PAMA-PLAMTEL, com custos e despesas suportadas exclusivamente pela TELESF, a repetição de indébito dos valores pagos de forma supostamente indevida e a autorização para uso da rede médico-hospitalar dos ativos, conforme o plano original”, não há contrariedade à Súmula n. 294/TST, mas, sim, consonância com o entendimento nela consubstanciado, uma vez

que, a teor da decisão recorrida, trata-se de ação que envolve pedido decorrente de alteração do pactuado, ocorrida mediante ato único, envolvendo direito não assegurado por preceito de lei (plano particular de assistência médico-hospitalar). 3. [...]. Agravo regimental conhecido e não provido. (TST. SBDI-1, AgR-E-ED-RR-420-72.2010.5.02.0034, rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, j. 30.4.2015, DEJT 15.5.2015)

Parte desta a falta de objetividade na interpretação da Súmula n. 294 do TST pode ser atribuída a uma recorrente confusão entre alteração do pactuado e descumprimento do pactuado, com pode ser extraída de recente acórdão no Processo E-ED-RR-1154-47.2012.5.09.0005, publicado em 15 de abril de 2017.

RECURSO DE EMBARGOS. PRESCRIÇÃO PARCIAL. UNIFICAÇÃO DAS RUBRICAS ANUÊNIOS E QUINQUÊNIOS PELO SUCESSOR (ATS/BANERJ). CONGELAMENTO. PARCELA QUE SE INCORPOROU AO CONTRATO DE TRABALHO. DESCUMPRIMENTO DO PACTUADO. Há prescrição parcial da pretensão ao recebimento da parcela anuênios, quando paga por força de previsão contratual, cujo direito incorporou-se ao contrato de trabalho. Retrata o caso direito a parcela de trato sucessivo, cuja supressão não decorre de alteração do pactuado, mas sim de seu descumprimento, sendo caso de aplicação da prescrição parcial, nos termos da parte final da Súmula n. 294 do c. TST, eis que a lesão se renova a cada mês que o empregado deixa de receber a parcela. A mera alteração no nome da parcela, sem o adimplemento dos percentuais de anuênios e quinquênios previstos contratualmente, e o seu congelamento, retrata conduta unilateral do empregador, em prejuízo ao empregado, em desacordo com o que dispõe o art. 468 da CLT e Súmula n. 51, I, do c. TST. Embargos conhecidos e providos. (E-ED-RR – 1154-47.2012.5.09.0005, rel. Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 7.4.2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 15.4.2016)

Na espécie, o ato prejudicial à empregada — unificação das parcelas anuênios e quinquênios e a alteração lesiva da forma do reajuste — ocorreu e havia o prazo de cinco para a insurgência contra a lesão, considerando tratar-se de direito não assegurado por lei. É a disciplina do art. 7º, XXIX, da CF conjugada com a da Súmula n. 294 do TST, que foi seguida pelo acórdão turmário reformado, que havia se baseado nos seguintes fatos narrados no acórdão regional, com registro da ocorrência de uma alteração contratual prejudicial em novembro de 2004.

“A autora narrou na inicial que em novembro de 2004, contava com 25 anos de efetivo exercício, percebendo, portanto, 25 anuênios e 5 quinquênios, sendo o valor total mensal de R\$ 552,42 e R\$ 236,16, respectivamente, conforme se apreende da documentação anexa, especialmente dos recibos salariais e do comunicado de transferência de empresa; *que a partir de novembro de 2004, o banco unificou as duas rubricas, passando a remunerá-las como ‘ATS BANERJ’*; que no entanto, a partir disso, limitou-se a aplicar os reajustes convencionais obtidos pela categoria sobre os valores pagos em novembro de 2004, sem conceder novos anuênios e quinquênios;” (Grifo não original)

Depreende-se que a Subseção especializada, a despeito de ter invocado o descumprimento do pactuado para justificar a prescrição parcial, paradoxalmente, fundamentou a decisão com a Súmula n. 51, I, do TST e art. 468 da CLT, que têm como pressuposto a ocorrência de alteração contratual ilícita.

O descumprimento do pactuado, diferentemente da alteração do pactuado, pressupõe a existência de um regulamento em vigor, não tendo sido revogado nem alterado por norma interna posterior, como didaticamente esclarece o acórdão abaixo da 2ª Turma do TST, da lavra do ministro José Roberto Freire Pimenta.

[omissis] CEF. PRESCRIÇÃO. COMPLEMENTO TEMPORÁRIO VARIÁVEL DE AJUSTE DE PISO DE MERCADO – CTVA.

INCORPORAÇÃO AO SALÁRIO. INTEGRAÇÃO NO CÁLCULO DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO À PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 294 DO TST. PRESCRIÇÃO PARCIAL. Trata-se de prescrição aplicável ao pedido de diferenças salariais decorrentes do reconhecimento da natureza salarial da parcela “Complemento Temporário Variável de Ajuste de Piso de Mercado” — CTVA. Nos termos da Súmula n. 294 desta Corte, tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrentes da alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito a essa parcela esteja também assegurado por preceito de lei. *[omissis]* Na hipótese dos autos, não há falar em prescrição total, visto que a lesão ao direito pleiteado (integração da CTVA na base de cálculo do salário de contribuição à previdência complementar) não decorreu da edição do Plano de Cargos e Salários da reclamada em 1998, que instituiu a CTVA, *mas do descumprimento, mensalmente reiterado, do regulamento da complementação de aposentadoria, que permaneceu em vigor, não tendo sido revogado nem alterado pelo PCS-98*. Portanto, a não integração da CTVA na base de cálculo das contribuições à Funcef configura lesão ao regulamento empresarial que rege a complementação de aposentadoria, que se renova todos os meses em que é realizado o recolhimento do salário de contribuição sem considerar no seu cálculo o valor da CTVA, *razão pela qual não há falar em ato único da empregadora nem em aplicação da Súmula n. 294 do TST, sendo parcial a prescrição*. Recursos de revista não conhecidos. (ARR – 1250-59.2011.5.12.0055, rel. Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 5.4.2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 11.4.2017) (Grifo não original)

Cumprе destacar que não se ignora a situação de dependência econômica e de subordinação do empregado, notas distintivas da relação de emprego, que indubitavelmente inibem uma tempestiva e eficaz reação contra os atos lesivos e abusivos do empregador. Mas a injustiça da prescrição deve ser contornada

pela via legislativa, com a adoção da imprescritibilidade, ampliação dos prazos prescricionais ou criação de mecanismos capazes de eliminar ou amenizar os efeitos danosos da norma atual.

3.2. Conflito jurisprudencial quanto à prescrição quinquenal fundamentada em direito previsto em lei

A origem do direito postulado é o elemento mais objetivo da Súmula n. 294 do TST para diferenciação da prescrição aplicável, se total ou parcial, conforme anota Delgado⁽¹⁰⁾:

A distinção jurisprudencial produz-se em função do *título jurídico* a conferir fundamento e validade à parcela pretendida (preceito de lei ou não). Entende o verbete de súmula que, conforme o título jurídico da parcela, a *actio nata* firma-se em momento distinto. Assim, irá se firmar no instante da lesão — e do surgimento consequente da pretensão — caso não assegurada a parcela especificamente por preceito de lei (derivando, por exemplo, de regulamento empresarial ou contrato). Dá-se aqui, a prescrição total, que corre desde a lesão e se consuma no prazo quinquenal subsequente (se o contrato estiver em andamento, é claro).

A súmula faz referência ao termo “lei” como preceito escrito e concretamente previsto no ordenamento, ou seja, regra jurídica imperativa instituída pelo legislador. Não é outro o significado encontrado no acórdão do Tribunal Pleno, que figurou como caso-líder na elaboração da Súmula n. 294 do TST, da relatoria do ministro Marco Aurélio. *In verbis*:

“[...] a esta altura é dado concluir que estando o direito às parcelas assegurado por preceito imperativo, a prescrição é sempre parcial, alcançando apenas a demanda alusiva àquelas que se tornaram exigíveis em período anterior ao prazo assinalado em lei para a propositura da ação, o qual, no campo trabalhista, é de dois anos. O titular do direito

(10) DELGADO, Mauricio Godinho, *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 274.

atual e inobservado o invoca não com base no contrato, mas na lei, cujas disposições colocara em plano secundário a vontade das partes. Este aspecto levou Orlando Gomes à adjetivação mencionada. O direito em si à parcela, porque previsto em preceito imperativo, é, para repetir o mestre baiano, inesgotável, enquanto existir a relação jurídica que aproxima empregado e empregador e os torna detentores de obrigações e senhores de direitos” (TST-IUJ-RR 6928/86.3, Tribunal Pleno, Ac. TP 556/ 89, rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.4.89)

Barros⁽¹¹⁾, em precisa lição sobre a Súmula n. 294 do TST, escreveu: “logo, em se tratando de obrigação contínua, gerada por lei e não por ato negocial (de livre pactuação entre as partes), a prescrição na vigência do contrato será sempre parcial [...]”.

Há registros de antigos julgados da SBDI-1⁽¹²⁾ que atestam a utilização do termo nessa estrita acepção. Nos processos com pedido de diferenças de valores da gratificação de função incorporada, a prescrição era total quando constatado que a incorporação da gratificação seguiu regramento interno da empresa. Senão, vejamos:

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISITA. DECISÃO EMBARGADA PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. GRATIFICAÇÃO DE CAIXA. SUPRESSÃO. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. Diferentemente do que alegou o reclamante, a discussão passa pela origem normativa da verba. Tanto é assim que a e. Corte Regional explicitou o entendimento transcrito pela e. Turma para concluir que a gratificação, *in*

casu, por se constituir em salário, caracterizava-se como parcela prevista em lei para fins de incidência da Súmula n. 294/TST. A conclusão adotada no v. acórdão recorrido, no sentido de que a parcela estava prevista em lei, decorreu do seu entendimento de que as gratificações integram o salário, na forma do art. 457, § 1º, da CLT. Entretanto, essa conclusão decorreu do entendimento da e. Corte *a quo* acerca dos efeitos jurídicos do percebimento de gratificação, não se coadunando com o espírito da Súmula n. 294/TST, que excepciona da incidência da prescrição total a parcela em si, que deve estar prevista em lei. Assim, não estando a gratificação de caixa prevista na lei, tem-se como correta a aplicação da regra da Súmula n. 294/TST. Recurso de embargos não conhecido. (TST. SBDI-1, E-ED-RR – 739520-75.2001.5.04.5555, rel. Horário Senna Pires, j. 18.8.2008, DJ 29.8.2008)

A despeito da jurisprudência ajustada à dicção da Súmula n. 294 do TST, a SBDI-1, desde 2010⁽¹³⁾, passou a aplicar a prescrição parcial nessas demandas trabalhistas, em que o reclamante pleiteia incorporação de 100% (cem por cento) do valor da gratificação de função, valendo-se do fundamento de que o art. 7º, inc. VI, da CF assegura o direito à irredutibilidade do salário, segundo o pioneiro acórdão da lavra da Ministra Rosa Maria Weber, publicado no DEJT 27.8.2010. *In verbis*:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO PERCEBIDA POR MAIS DE DEZ ANOS. SUPRESSÃO. DIREITO ASSEGURADO POR PRECEITO DE LEI. PRESCRIÇÃO PARCIAL. [omissis] O direito do empregado à manutenção do pagamento da gratificação de função percebida por mais de dez anos

(11) BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. Atualizador Jessé Cláudio Franco de Alencar. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 680.

(12) Conferir: TST. SbDI-1, E-RR 806389-20.2001.5.04.5555, red. Min. Milton de Moura França, j. 12.6.2006, DJ 8.9.2006; TST. SbDI-1, E-RR 2700-34.2006.5.17.0003, rel. Min. João Batista Brito Pereira, j. 13.11.2008, DEJT 21.11.2008; TST. SbDI-1, E-RR 76900-97.2006.5.03.0036, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. 25.6.2009, DEJT 7.8.2009; TST. SbDI-1, E-RR 18600-23.2007.5.04.0023, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, j. 25.2.2010, DEJT 12.3.2010.

(13) Conferir: TST. SbDI-1, E-RR-17700-79.2007.5.04.0010, red. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, j. 5.8.2010, DEJT 4.2.2011; TST. SbDI-1, E-RR 237600-09.2008.5.09.0651, rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, j. 25.6.2015, DEJT 30.6.2015; TST. SbDI-1, E-RR 1631-50.2010.5.19.0009, rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, j. 19.5.2016, DEJT 27.5.2016.

não é produto de criação *ex nihilo*, sendo, o verbete que o revela, resultado da interpretação, integração e aplicação, por esta Corte Superior, da legislação pertinente, que lhe é ontologicamente anterior. Logo, a estabilidade econômica do empregado que exerceu função de confiança durante período igual ou superior a dez anos é direito protegido por preceito constitucional. Cumprido esse lapso temporal, o direito à integração da gratificação de função passa a ser assegurado pelo ordenamento jurídico (art. 7º, VI, da Lei Maior – Súmula n. 372, I, do TST), não mais se tratando a supressão/redução da gratificação, de lesão ocasionada por mera alteração do pactuado. Incidente a exceção da parte final da Súmula n. 294/TST, é parcial a prescrição. Precedentes desta Corte. Recurso de embargos conhecido e provido. (TST. SBDI-1, E-ED-RR-114540-72.2006.5.10.0802, relª. Minª. Rosa Maria Weber, j. 5.8.2010, DEJT 27.8.2010)

O TST passou a emprestar natureza de lei a um princípio geral do direito do trabalho, se distanciando do real sentido do termo no contexto da Súmula n. 294 do TST, com intuito de suprir a falta de um dos requisitos essenciais à aplicação da prescrição parcial.

É compreensível o esforço exegetico do tribunal para evitar a prescrição total. Mas não se pode olvidar que a Súmula n. 372, I⁽¹⁴⁾, do TST, inspirada no nobre princípio da proteção, especificamente na perspectiva da irredutibilidade salarial do empregado, foi criada para suprir a indiscutível lacuna legislativa sobre direito à incorporação integral da gratificação de função, quando injustamente suprimida após dez anos de percepção. Por óbvio, a edição do verbete seria dispensável se o direito estivesse estabelecido em lei.

Apesar dessa construção jurisprudencial, a SBDI-1, ao discutir a prescrição incidente

para um pedido de diferenças de participação nos lucros e resultados, cuja fonte do direito encerra muito mais dúvidas, porquanto a matéria tem expresso assento no art. 7º, XI, da CF e na Lei n. 10.101/2000, curiosamente deu prevalência ao regramento firmado em acordo posterior e prejudicial ao empregado, concluiu que o direito postulado não tem fonte legal e aplicou a prescrição total, nos termos da Súmula n. 294 do TST.

EMBARGOS. PRESCRIÇÃO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. CRITÉRIOS DE PAGAMENTO PREVISTOS EM NORMAS COLETIVAS. Examina-se a premissa de ajustamento do Termo de Acordo 1999 que substituiu o Termo firmado em dezembro de 1998, por ato único, sendo que a partir de 2001 apenas foram mantidas as regras supostamente prejudiciais fixadas em 1999. No caso, portanto, a pretensão de diferenças de PLR não decorre de direito à parcela também assegurada por lei, mas, antes, de aferir eventual irregularidade de termo de acordo de PLR, que, constituiu, com efeito, alteração do pactuado, sem que essas específicas condições almejadas pelo sindicato estejam previstas no art. 7º, XI, da Constituição Federal. Não se divisa, portanto, a contrariedade à Súmula n. 294 do TST pelo acórdão embargado que pronunciou a prescrição total da pretensão. Embargos não conhecidos.

[...]

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, não conhecer do recurso de embargos, vencidos os Exmos. Ministros José Roberto Freire Pimenta, relator, Augusto César Leite de Carvalho, Hugo Carlos Scheuermann e Cláudio Mascarenhas Brandão. (E-ED-ED-RR - 90200-38.2006.5.01.0342, red. Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 15.9.2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 9.12.2016)

Importante destacar notícia do Informativo TST n. 144, do período de 8 a 19 de setembro

(14) 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 n. 45 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996).

de 2016, de que a SBDI-I, por maioria, nesse julgamento decidiu rejeitar questão de ordem suscitada pelo relator, ministro José Roberto Freire Pimenta, que, com base nos arts. 156, § 4º, do RITST, 20 da IN n. 38 do TST e do art. 947 do CPC de 2015, propôs a suspensão da proclamação do resultado do julgamento e a remessa dos autos ao Tribunal Pleno para deliberação sobre a matéria relativa à Súmula n. 294 do TST. Ficaram vencidos os ministros José Roberto Freire Pimenta, relator; Augusto César Leite de Carvalho, Hugo Carlos Scheuermann, Alexandre de Souza Agra Belmonte e Cláudio Mascarenhas Brandão.

Atuou com acerto a SBDI-I ao manter sua competência para decidir a questão e reafirmar sua função de órgão de uniformização jurisprudencial *interna corporis*. Equivoca-se, todavia, ao manter a jurisprudência desalinhada, com soluções díspares para questões essencialmente semelhantes.

3.3. Conflito jurisprudencial quanto à prescrição quinquenal parcial fundamentada na tese da nulidade da alteração contratual lesiva

A terceira controvertida via para contornar a prescrição quinquenal total consiste na alegação de imprescritibilidade dos atos nulos, originária do Direito Civil⁽¹⁵⁾. Diante da expressa proibição de alteração contratual lesiva, nos termos do artigo 468 da CLT, tem ampliado espaço no TST a tese de que é inconcebível referendar a extinção total de uma pretensão fundada em ato lesivo, ofensivo ao direito adquirido, previsto no art. 5º, inc. XXXVI, da CF.

Nos julgamentos de um recorrente caso de pedido de horas extras acima da sexta diária, formulado por empregado gerente bancário⁽¹⁶⁾, fundamentado na alteração prejudicial

de norma interna mais benéfica, o TST possuía sedimentada jurisprudência⁽¹⁷⁾ com decreto de prescrição total da pretensão, conforme primeira parte da Súmula n. 294 do TST, por se tratar de pleito baseado em alteração de norma regulamentar, ocorrida há mais de cinco anos, que deixou de prever a jornada especial de 06 (seis) horas⁽¹⁸⁾ para os gerentes. *In verbis*:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N. 11.496/2007. PRESCRIÇÃO TOTAL. HORAS EXTRAS. DESCUMPRIMENTO DE NORMA INTERNA. GERENTE GERAL DE AGÊNCIA. PCS/89 ALTERADO PELO PCS/98. Controvérsia acerca da ocorrência do prazo prescricional em ação trabalhista ajuizada por empregado da Caixa Econômica Federal que, entre outros pedidos, requereu a condenação no pagamento de horas extras superiores à sexta hora diária, em razão do descumprimento de regulamento interno (OC DIRHU 009/88), o qual teria assegurado jornada de seis horas a todos os empregados, inclusive para aqueles que exerciam o cargo de gerente geral. Na esteira do atual entendimento desta Subseção, a hipótese é de incidência da prescrição total, uma vez que a pretensão autoral de reconhecimento do direito de bancário exercente de cargo de confiança à jornada diária de seis horas decorre de disposição contida em norma regulamentar (PCS de 1989), a qual foi alterada em 1998. Há precedentes da SBDI-1. Recurso de embargos conhecido e provido. (TST. SBDI-1,

com jornada de oito horas. A jornada especial de 6h prevista no *caput* do art. 224 da CLT é para técnico bancário.

(17) Conferir: TST. 3ª Turma, AIRR 56940-75.2007.5.03.0019, rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, j. 10.12.2008, DEJT 13.2.2009; TST. 8ª Turma, RR 34940-42.2007.5.04.0023, rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, j. 30.11.2011, DEJT 12.12.2011; TST. SBDI-1, E-ED-RR 37700-48.2008.5.04.0016, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, j. 27.9.2012, DEJT 5.10.2012; TST. SBDI-1, E-RR 97400-61.2008.5.04.0013, rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, j. 25.4.2013, DEJT 17.5.2013.

(18) A função de gerente bancário pode ser tipificada no padrão geral do inc. II do art. 62 da CLT, sem limite de jornada diária, ou no §2º do art. 224 da CLT, com jornada de oito horas. A jornada especial de 6h prevista no *caput* do art. 224 da CLT é exclusiva para bancário sem função de confiança.

(15) Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

(16) A função de gerente bancário pode ser tipificada no padrão geral do inc. II do art. 62 da CLT, sem limite de jornada diária, ou no § 2º do art. 224 da CLT,

E-ED-ARR 96300-26.2008.5.04.0028, rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, j. 22.8.2013, DEJT 30.8.2013)

A SBDI-1, entretanto, como noticia acórdão da 2ª Turma do TST abaixo, nos recursos de embargos E-ED-RR-14300-32.2008.5.04.0007, acórdão publicado 15.8.2013 e E-ED-RR-83200-24.2008.5.03.0095, acórdão publicado em 6.12.2013, passou a compreender, com fundamento nos arts. 444 e 468 da CLT, 5º, inc. XXXVI, da CF, que é parcial a prescrição, pois o direito, a despeito de ter origem em norma interna, já havia sido integrado ao patrimônio jurídico do empregado, não mais podendo ser suprimido com a instituição de um novo plano. *In verbis*:

[...] Nesse sentido, *vale destacar decisões da SBDI-1 do TST, em que se adotou o entendimento anteriormente esposado (E-ED-RR - 83200-24.2008.5.03.0095, rel. Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, data de julgamento: 28.11.2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: 6.12.2013; e E-ED-RR-14300-32.2008.5.04.0007, red. Designado Ministro: Vieira de Mello Filho, data de julgamento: 13.2.2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, publicado em 15.8.2014)*. No caso ora em exame, a reclamante pleiteou horas extras decorrentes da jornada de seis horas prevista no Plano de Cargos e Salários de 1989, logo os direitos nesse plano assegurados teriam integrado seu patrimônio jurídico, não mais podendo ser suprimidos, não obstante a instituição de novo plano em 1998. Ou seja, para esse empregado, aquele primeiro plano continuaria vigente e estaria sendo descumprido mês a mês, motivo por que, assim como no precedente ora referido, a prescrição aplicável é a parcial. Diante de todo o exposto, tem-se que, às pretensões de trato sucessivo fundadas na ofensa ao direito adquirido, consubstanciado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva, previsto no art. 468 da CLT, aplica-se a prescrição parcial, nos exatos termos da parte final da Súmula n. 294 do TST. Recurso de revista

não conhecido. [...]. (TST. 2ª Turma, RR 435-05.2010.5.04.0028, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, j. 13.5.2015, DEJT 22.5.2015) (Grifos não originais)

Com efeito, as alterações contratuais lesivas são vedadas à luz do princípio da norma mais favorável, consubstanciado na Súmula n. 51, I⁽¹⁹⁾, do TST. No entanto, definir se alteração foi ou não prejudicial é uma questão de mérito, que não pode preceder ao exame da prescrição, questão preliminar de mérito.

A esse respeito, o ministro Vieira de Mello, relator do acórdão prolatado no julgamento do recurso de embargos E-ED-RR-14300-32.2008.5.04.0007, que reformulou o entendimento da SBDI-1 sobre a questão, reconheceu a impossibilidade de inversão da apreciação das duas questões. *In verbis*:

“Não se pode apreciar o mérito da pretensão, definindo se o plano de 1998 revogou ou não o direito à jornada de seis horas, para, em seguida, decretar a prescrição total ou parcial, respectivamente.

O que importa, efetivamente, é que a causa de pedir refere-se a descumprimento da norma regulamentar empresarial, e não à ocorrência de ato único patronal, razão pela qual não tem lugar a orientação prevista na Súmula n. 294 do TST: [...]”

Não é por outra razão que algumas Turmas do TST⁽²⁰⁾, mesmo depois do posicionamento firmado pela SBDI-1 no ano de 2013, recentemente reconheceram a ocorrência de prescrição total para o caso, como se constata no acórdão da 7ª Turma, publicado em 19.6.2015. *In verbis*:

[...] RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMADO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ARGUIÇÃO GENÉRICA. *[omissis]*. HORAS

(19) Súmula n. 51 do TST [...] – I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

(20) Conferir também: TST. 8ª Turma, RR 758-97.2011.5.04.0020, relª. Minª. Dora Maria da Costa, j. 24.6.2015, DEJT 30.6.2015.

EXTRAS. GERENTE-GERAL DE AGÊNCIA. JORNADA REDUZIDA. PCS/89. PRESCRIÇÃO TOTAL. A pretensão de empregado da CEF, ocupante do cargo de Gerente-Geral de Agência, ao pagamento das 7ª e 8ª horas, como extras, amparada em norma regulamentar (PCS/1989), enseja a incidência de prescrição total quinquenal, pois não se trata de direito previsto em lei, mas apenas em norma regulamentar, sendo o termo inicial do prazo prescricional contado da data da sua alteração, ocorrida quando da implantação do novo Plano de Cargos da empresa (PCS/1998). Precedentes da SBDI-1 deste Tribunal. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. *[omissis]*. (TST. 7ª Turma, ARR 400-67.2010.5.04.0732, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, j. 17.6.2015, DEJT 19.6.2015)

Mas não é só. No acórdão prolatado no E-ED-RR 5210-69.2010.5.12.0051⁽²¹⁾, publicado no DEJT de 7.8.2015, cinco ministros componentes da SBDI-1 votaram pela prescrição total: Márcio Eurico Vitral Amaro, Ives Gandra Martins Filho, Renato de Lacerda Paiva, Lélío Bentes Corrêa e Guilherme Augusto Caputo Bastos. Na sequência, no acórdão da SBDI-1 no processo E-RR 33000-71.2008.5.04.0002⁽²²⁾,

(21) Certidão do Processo: E-ED-RR - 5210-69.2010.5.12.0051. Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento, vencidos os Exmos. Ministros Márcio Eurico Vitral Amaro, Ives Gandra Martins Filho, Renato de Lacerda Paiva, Lélío Bentes Corrêa e Guilherme Augusto Caputo Bastos. Obs.: A Presidência da Sessão deferiu o pedido de juntada de voto convergente ao pé do acórdão, formulado pelo Exmo. Ministro Augusto César Leite de Carvalho.

(22) Certidão do Processo: E-RR - 33000-71.2008.5.04.0002 – Decisão: por unanimidade, conhecer do recurso de embargos por contrariedade à Súmula n. 294 e, no mérito, por maioria, dar-lhe provimento para afastar a prescrição total, aplicando-se ao caso a prescrição parcial quanto à pretensão ao pagamento de horas extraordinárias em razão da alteração do plano de cargos e comissões e determinar o retorno dos autos à egrégia 3ª Turma para que prossiga no julgamento dos recursos de revista, como entender de direito, vencidos os Exmos. Ministros João Oreste Dalazen, Antonio José de Barros Levenhagen e Renato de Lacerda Paiva. Obs.: I – O Exmo. Ministro

publicado no DEJT de 18.9.2015, os ministros João Oreste Dalazen e Antonio José de Barros Levenhagen somaram-se à corrente defensora da prescrição total.

A expressiva quantidade de votos vencidos e de ressalvas de entendimento dos ministros integrantes da SBDI-1 reacendeu a discussão naquele órgão sobre a tese da prescrição parcial calcada na teoria do negócio jurídico nulo da seara civil. Na sessão do dia 30 de março de 2017, foi acolhida proposta de submissão da matéria à apreciação da SBDI-1 com a composição completa, formulada pelo ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, conforme certificado no andamento de três processos⁽²³⁾, que tiveram julgamentos suspensos a fim de aguardar a apreciação da matéria pela SBDI-1, com a presença de todos os ministros que a compõem.

A submissão do tema à apreciação da SBDI-1 com a composição completa será uma oportunidade para o tribunal sanar algumas das contradições com uma interpretação mais objetiva e equilibrada ao comando da Súmula n. 294 do TST.

Observa-se que em outro caso de discussão envolvendo pedido de horas extras, também fundado em alteração de norma interna: no acórdão no Processo E-ED-RR-845000-56.2008.5.09.0673, publicado em 14.11.2013, envolvendo outra empresa reclamada, a

Márcio Eurico Vitral Amaro registrou ressalva de entendimento; II [...].

(23) Processo: E-ED-RR-1285-80.2010.5.04.0021. Decisão: suspender o prosseguimento do julgamento a fim de a matéria constante do presente recurso seja submetida à apreciação da SBDI-1, com a presença de todos os ministros que a compõem, [...]; Processo: E-ED-RR-326-55.2011.5.04.0351. Decisão: suspender o prosseguimento do julgamento a fim de a matéria constante do presente recurso seja submetida à apreciação da SBDI-1, com a presença de todos os ministros que a compõem, [...]; Processo: E-ED-RR - 978-62.2012.5.03.0061. Decisão: suspender o prosseguimento do julgamento a fim de a matéria constante do presente recurso seja submetida à apreciação da SBDI-1, com a presença de todos os ministros que a compõem, [...].

SBDI-1, contradizendo o que havia decidido três meses antes, no referido acórdão no processo E-ED-RR-14300-32.2008.5.04.0007, de 15.8.2013, por unanimidade, reiterou⁽²⁴⁾ que incide a prescrição total para o pedido de pagamento de duas horas extras diárias, fundado também na alegação de que houve alteração contratual lesiva por ocasião da idêntica majoração da carga horária diária de 6 para 8 horas por meio de normativo interno.

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI N. 11.496/2007. PRESCRIÇÃO. MAJORAÇÃO DA CARGA HORÁRIA DIÁRIA DE 6 PARA 8 HORAS. De acordo com entendimento desta Subseção no julgamento do processo E-ED-RR-113840-26.2003.5.04.0008, em 24.5.2012, a pretensão ao pagamento de horas extras fundada na alegação de que houve alteração contratual lesiva da jornada — majoração de 180 para 220 horas mensais — não se renova de forma reiterada no tempo, mas decorre de ato único do empregador, razão pela qual a prescrição, nessa hipótese, é total, contada da data em que houve a apon-tada majoração prejudicial da carga horária. Recurso de embargos conhecido e não provido, com ressalva de entendimento do relator. (E-ED-RR - 845000-56.2008.5.09.0673, rel. Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 7.11.2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 14.11.2013)

Mas os exemplos reveladores das incertezas em torno da aplicação da Súmula n. 294 do TST vão além. Havia, até dezembro de 2016, consolidada jurisprudência em todas as Turmas⁽²⁵⁾

(24) Julgamento paradigma: TST. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, E-ED-RR-113840-26.2003.5.04.0008, red^a. Min^a. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, j. 24.5.2012, DEJT 22.6.2012.

(25) TST. 1^a Turma, AIRR - 1196-69.2011.5.05.0029, rel. Des. Convocado: Marcelo Lamego Pertence, j. 6.4.2016, DEJT 8.4.2016; TST. 2^a Turma, Ag-AIRR - 1013-95.2011.5.05.0612, rel^a. Min^a. Delaíde Miranda Arantes, j. 29.10.2014, DEJT 7.11.2014; TST. 3^a Turma, Ag-AIRR-928-15.2011.5.05.0611, rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, j. 29.6.2015, DEJT 2.7.2015. TST; 4^a Turma, AIRR-79300-78.1998.5.05.0531, rel^a. Min^a. Maria de Assis Calsing, j. 4.11.2015, DEJT 6.11.2015. TST; 5^a Turma, ARR-102100-52.2009.5.05.0002, rel.

do TST no sentido de que incidia a prescrição parcial para o pedido de diferenças salariais decorrentes do direito às promoções, previsto em PCCS de 1986, expressamente revogado em virtude da instituição de um novo plano de 1998, ao fundamento de que a posterior revogação do direito não afetaria os empregados que já auferiam a vantagem, consoante proteção ofertada pelo art. 468 da CLT, art. 5º, inciso XXXVI, da CF, Súmula n. 51, I, do TST, na linha do precedente da 6ª Turma do TST, publicado no DEJT de 28.10.2016.

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. PRESCRIÇÃO PARCIAL. PEDIDO DE PROMOÇÕES TRIENAIS E POR MERECIMENTO COM BASE NO REVOGADO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE 1986. SÚMULA N. 452 DO TST. Discute-se nos autos a prescrição a ser aplicada quanto ao pedido de diferenças salariais em decorrência da inobservância dos critérios das promoções trienais e por merecimento previstas no PCCS/86 da reclamada. No caso concreto, tendo o plano de cargos e salários (norma interna) se incorporado ao contrato de trabalho do autor desde a sua admissão, em 1979, nos termos dos arts. 468 da CLT e 5º, XXXVI, da CF (direito adquirido), a posterior revogação do PCCS/1986, ocorrida em 1998, não lhe atinge, a denotar o descumprimento do pactuado, e não a sua alteração. Tal situação atrai, portanto, a incidência da prescrição parcial, conforme prevê a jurisprudência deste c. TST, consolidada na Súmula n. 452 do c. TST. Recurso de revista não conhecido. (ARR - 552-61.2013.5.05.0028, rel. Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 26.10.2016, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28.10.2016)

A SBDI-1, nada obstante a sedimentada jurisprudência turmária, na sessão do dia 1º de dezembro de 2016, acórdão publicado no DEJT

Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, j. 14.10.2015, DEJT 23.10.2015; TST. 7ª Turma, Ag-AIRR - 129800-50.2008.5.05.0030, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, j. 4.6.2014, DEJT 6.6.2014; TST. 8ª Turma, Ag-AIRR - 1075-80.2011.5.05.0016, rel^a. Min^a. Dora Maria da Costa, j. 14.8.2013, DEJT 16.8.2013.

de 19.12.2016, por ampla maioria, vencidos os ministros José Roberto Freire Pimenta e Augusto César Leite de Carvalho, reformulou o entendimento, para pronunciar a prescrição total, em conformidade com a Súmula n. 294 do TST, ao fundamento de que o pedido de promoções não está fundado em lei, mas em antiga previsão regulamentar, alterada há mais de cinco anos por meio da instituição de novo plano de cargos e salários. *In verbis*:

PRESCRIÇÃO. PROMOÇÕES POR ANTIGUIDADE PREVISTAS EM PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE 1986. SUPRESSÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. INSTITUIÇÃO DE NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS EM 1998. SÚMULA N. 294 DO TST 1. O pedido de reconhecimento do direito às promoções por antiguidade previstas em plano de cargos e salários instituído em 1986 não advém de mera “inobservância dos critérios de promoção estabelecidos em Plano de Cargos e Salários criado pela empresa”, nos termos da antiga Orientação Jurisprudencial n. 404 da SBDI-1, hoje convertida na Súmula n. 452. Cuida-se, ao revés, de pedido do qual decorrem prestações sucessivas decorrentes de alteração contratual, em virtude da supressão de direito — promoções por antiguidade —, a partir da instituição de novo plano de cargos e salários, em 1998. Não se trata de direito assegurado por preceito de lei, mas em norma regulamentar empresarial. Incidência da prescrição total do direito de ação, nos termos da regra geral da Súmula n. 294 do TST. Precedentes da SBDI-1 do TST. 2. Suprimidas as promoções por antiguidade em 1998, em virtude da instituição de novo plano de cargos e salários no âmbito da Reclamada, dispunha a Reclamante, na vigência do contrato de trabalho, de cinco anos, ou seja, até 2003, para postular em juízo o restabelecimento das condições previstas no antigo plano de cargos e salários, de 1986. 3. Irremediavelmente sujeito à prescrição total o direito de ação exercitado tão somente em 2011. 4. Embargos da Reclamada de que se conhece, por contrariedade à Súmula n. 294 do TST, e a que se dá provimento. (E-ED-ED-RR-102-83.2011.5.05.0612, rel. Ministro:

João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 1º.12.2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 19.12.2016)

De fato, o Tribunal Superior do Trabalho necessita retomar a interpretação original e objetiva do enunciado da Súmula n. 294 do TST, não podendo perder de vista que a Justiça do Trabalho deve se guiar primordialmente pela prescrição quinquenal a que alude o art. 7º, inc. XXIX, da Constituição Federal, que, para o bem ou para o mal, é fruto de uma opção do legislador constituinte, dirigida a todos indistintamente.

Como ensinam Nascimento⁽²⁶⁾: “O certo é que os parâmetros estabelecidos para as relações de direito civil e comercial não podem ser transportados para os direitos trabalhistas diante das peculiaridades destes”. Mais adiante, no mesmo capítulo (2015, p. 437), o autor acrescenta: “O prazo para ação na Justiça do Trabalho é um só, sendo desnecessário invocar prazos fixados pelo Código Civil”.

A Súmula n. 294 do TST, ao fazer a diferenciação entre direito oriundo de norma regulamentar e de origem legal, retrata fielmente e com muita inteligência a vontade do constituinte de 1988. Não pode a Justiça do Trabalho agora querer negar validade e eficácia às normas constitucionais, atribuindo ao Direito do Trabalho a categoria de um superdireito, com possibilidade de escolha da legislação de regência mais conveniente.

De outro modo, a preponderar a tese da comunicabilidade da imprescritibilidade do negócio jurídico nulo do Direito Civil com o Direito do Trabalho, deverá obrigatoriamente ser restaurada a Súmula n. 168 do TST, que previa a prescrição sempre parcial na lesão de direito que atinja prestações periódicas, de qualquer natureza. É intuitivo que toda reclamação trabalhista, com pedido fundado

(26) NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.433.

em alegada alteração do contrato de trabalho, pressupõe sempre uma alteração prejudicial. Logo, se for para reconhecer como juridicamente válida dar preferência à discussão de mérito para somente depois examinar a prescrição, de forma contrária a toda lógica processual, será letra morta o Enunciado da Súmula n. 294 do TST.

4. Considerações finais

Por mais compreensível que seja o informalismo com os efeitos intrinsecamente injustos da prescrição total, especialmente por incidir no decorrer de um contrato fortemente caracterizado pelo desequilíbrio de forças, como incontrovertidamente se dá na relação de trabalho, não são razoáveis as hesitações quanto à correta hipótese de incidência de uma orientação já sumulada.

As constantes e contraditórias interpretações do verbete comprometem a celeridade processual, a segurança jurídica; reduzem a confiança no judiciário e contribuem para o aumento da recorribilidade. O Tribunal Superior do Trabalho necessita avaliar a contemporaneidade dos fundamentos que ensejaram a formulação da Súmula n. 294 do TST, revisitar os precedentes do verbete e firmar diretrizes seguras e objetivas para guiarem juízes e jurisdicionados.

É premente, se não eliminar, pelo menos minimizar ao máximo as interpretações dúbias sobre a prescrição preconizada pela Súmula n. 294 do TST. As oscilações jurisprudenciais não são salutares para as partes nem para o judiciário, que, na contramão dos anseios atuais, continuará a enfrentar um número crescente

de recursos enquanto não firmar uma jurisprudência coesa e uniforme sobre o tema.

5. Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de direito do trabalho*. Atualizador Jessé Cláudio Franco de Alencar. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

CARVALHO, Augusto César Leite de. A prescrição trabalhista: a possível superação da prescrição total. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 76, n. 3, p. 147-171, jul./set. 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, de Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado*. vol. 06: Contrato de Trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TEPEDINO, Gustavo, et. al. *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VIANA, Márcio Túlio. Os paradoxos da prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, MG, v. 47, n. 77, p. 163-172, jan./jul. 2008.

Sítio eletrônico da internet

<www.tst.jus.br>.

A inconstitucionalidade da despedida coletiva imotivada

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale^(*)

Resumo:

- ▶ Este trabalho analisa a inconstitucionalidade do art. 477-A do PLC n. 38/17, atual Lei n. 13.467/17, à luz do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, bem assim do princípio do devido processo legal.

Palavras-chave:

- ▶ Despedida coletiva — Reforma trabalhista — Devido processo legal.

Abstract:

- ▶ This paper analyzes the unconstitutionality of article 477-A of PLC n. 38/17, current Law n. 13.467/17 in light of article 7, I, of the Federal Constitution of 1988, as well as the principle of due process of law.

Key-words:

- ▶ Collective dismissal — Labor reform — Due process.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Considerações iniciais
- ▶ 2. As liberdades sociais
- ▶ 3. A proteção contra a despedida arbitrária como direito de liberdade
- ▶ 4. Direitos fundamentais como sistema de valores
- ▶ 5. Eficácia irradiante dos direitos fundamentais
- ▶ 6. O alcance do art. 7º, I, diante da regra contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988
- ▶ 7. Eficácia plena da primeira parte do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 e a antijuridicidade da despedida imotivada
- ▶ 8. Inconstitucionalidade da autorização da despedida coletiva imotivada

(*) Graduada em Direito pela Universidade Potiguar (1998), instituição esta onde se pós-graduou e foi professora durante seis anos. Professora convidada do curso de pós-graduação *latu sensu* da Faculdade Baiana de Direito, EMATRA5, CERS e da Escola Judicial do TRT da 5ª Região. Juíza do Trabalho no TRT da 5ª Região. Mestre em Direito pela UFBA. Doutoranda pela PUC/SP, Membro do Conselho da Escola Judicial do TRT da

5ª Região (2012-). Coordenadora acadêmica da Escola Associativa da AMATRA 05, biênio 2013/2015. Membro do Conselho editorial da Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região e da Revista Vistos etc. Autora da Obra “Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil”, pela LTr. Ex-professora substituta da UFRN.

- ▶ 9. A inconstitucionalidade por ofensa ao devido processo legal
- ▶ 10. Motivação e devido processo legal para aplicação de penalidades: o paradigma estabelecido pelo código civil
 - ▶ 10.1. Entidades associativas e sociedades
 - ▶ 10.2. Relações condominiais
 - ▶ 10.3. O dever de motivação na ação de despejo
- ▶ 11. A necessidade da motivação da despedida como consequência do devido processo legal aplicável à relação de emprego
- ▶ 12. Notas conclusivas
- ▶ 13. Referências bibliográficas

1. Considerações iniciais

A fim de “modernizar” as normas trabalhistas, a proposta de reforma inicialmente trazida pelo Poder Executivo iguala a despedida coletiva à despedida individual, permitindo em ambas a denúncia contratual vazia; ou, em outras palavras, a consagração do pseudo direito potestativo de o empregador despedir sem motivação.

Esse artigo tem como escopo analisar a constitucionalidade do art. 477-A do PLC n. 38/17, atual Lei n. 13.467/17, averiguando a vinculação do Estado-Legislator ao Texto Constitucional, sobretudo aos direitos fundamentais, enquanto ordem objetiva de valores. Todavia, para que seja realizado tal estudo, inicialmente será elaborada reflexão acerca da eficácia do art. 7º, I da Constituição Federal de 1988, para, somente após, traçar o alcance da indigitada norma para fins de vinculação à confecção de normas infraconstitucionais e, por fim, perquirir a viabilidade da proposta do novo dispositivo à luz do princípio do devido processo legal.

2. As liberdades sociais

Não é incomum encontrar na doutrina classificação que apõe todos os direitos sociais no patamar de direitos prestacionais⁽¹⁾,

pois estes somente passaram a fazer parte das Constituições com o advento do Estado Social, o que parece ser pouco acertado.

O Estado Liberal clássico fundamentava-se na concepção dos sujeitos como indivíduos, que, por serem formalmente iguais, poderiam contratar livremente, pois o próprio mercado ditava as suas regras, sempre fundadas na autonomia da vontade, que, selada por meio de vinculação contratual, figurava como verdadeira “lei entre as partes”.

Nesse contexto, ao Estado cabia tão só o afastamento das relações privadas, criando regras no sentido de assegurar às partes convenientes o livre exercício da autonomia sem limitações. Não é difícil compreender que, durante tal período, os primeiros Direitos Fundamentais, antes tidos como “naturais” — uma vez que decorrentes do jusnaturalismo, e “reconhecidos” pelas novas codificações — passaram a ser positivados também através de documentos constitucionais, que tinham como objetivo assegurar a plenitude da propriedade e do direito à liberdade e que, por conta disso, foram concebidos sob a ótica negativista do Estado, cuja missão somente consistia em assegurar a plenitude de seu afastamento das relações firmadas entre os indivíduos.

(1) De acordo com Abramovich e Courtis (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luis Carlos Stephanov, Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011. p. 31), as classificações que inserem todos os direitos de liberdade como direitos de defesa

e os de prestação como sociais, “estão baseadas numa visão totalmente parcial e ‘naturalista’ do papel e funcionamento do aparato estatal, que coincide com a posição antiquada de um Estado mínimo que garanta exclusivamente a justiça, a segurança e a defesa”.

O modelo do Estado Social surge não abandonando a modelagem já posta, mas substitui o paradigma firmado com o Estado Liberal, tendo-se que este, fundado no protótipo da igualdade entre os indivíduos, na prática, gerava um abismo de desigualdade.

Com o surgimento da sociedade de massa, as necessidades também se amplificaram e o direito teve que se reinventar e, se antes se idealizava abstratamente o ser humano como formalmente igual, a realidade mostrou que a liberdade plena mais escravizava do que libertava, sendo necessária uma intervenção legislativa protetiva e “desigual” para proteger o indivíduo, agora enxergado de forma concreta, havendo uma necessidade de fixação estatal de limites para a contratação.

O Estado passa, de abstencionista, para intervencionista e, nesse cenário, a classificação dos Direitos Fundamentais, que até então eram ligados à atividade estatal negativa, evoluiu para considerar esses “novos direitos” como direitos positivos, de prestação estatal.

Se é correto afirmar que o Estado Liberal e a função estatal abstencionista não foram totalmente ultrapassadas pelo surgimento do Estado Social, não menos correto é afirmar que nem todos os direitos sociais figuram como reais direitos a prestações, sendo certo que há direitos sociais que são verdadeiros direitos de liberdade, a exemplo de boa parte do rol dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, como o direito ao salário mínimo; irredutibilidade do salário; limitação da jornada de trabalho em oito horas, ou módulo semanal de quarenta e quatro horas; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência e proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; todos com previsão no art. 7º do Texto Constitucional.

Nesse trilhar, concordando que os Direitos Fundamentais Sociais não se encerram na sua função prestacional, Sarlet já asseverou que grande parte dos direitos dos trabalhadores, presentes nos arts. 7º a 11 da nossa Constituição, “são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas”⁽²⁾, deixando evidenciado que, no rol aludido assim como nos demais dispositivos que tratam de Direitos Sociais, há direitos prestacionais e direitos de defesa, sendo mais coerente tratar estes últimos como “liberdades sociais”.

Na doutrina de Hermano Queiroz Júnior também se encontra presente a mesma conclusão, tendo o referido autor já pontificado que, dentre os direitos sociais elencados nos arts. 6º a 11 da Constituição Federal de 1988, “muitos há que não se acham contemplados dentro do grupo de direitos fundamentais à prestação, mas, ao reverso, se enquadram no grupo dos direitos de defesa, na medida em que ostentam o caráter de direitos à abstenção”⁽³⁾, citando praticamente os direitos sociais trabalhistas defensivos já aludidos ao norte.

No art. 8º da Lei Fundamental pátria é clara a previsão de legítimos direitos de liberdade, que são o direito de greve⁽⁴⁾, a liberdade e

(2) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais...*, p. 174.

(3) QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2006. p. 67.

(4) Lançando luzes sobre a tese ora defendida, a doutrina de Martinez: “nenhum direito fundamental, entretanto, é, em rigor, unicamente defensivo ou prestacional. O seu exercício não pode acontecer sem que ações negativas e positivas sejam cumulativamente exigidas. Exatamente assim ocorre com o instituto da liberdade sindical, em nome do qual estão agregados todos os direitos que viabilizam a proteção do patrimônio jurídico dos trabalhadores, entre os quais o direito de greve e o de negociar coletivamente. Apesar de serem posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva, notadamente quando opostas contra o Estado, comportam, sem dúvidas, múltiplas faculdades

autonomia sindical, embora capitulados no rol dos Direitos Sociais, demonstrando que o Legislador Constituinte não discrepou entre colocar direitos prestacionais e de liberdade no capítulo dos Direitos Sociais do trabalhador, não fazendo qualquer distinção em relação à eficácia entre os mesmos, até por que não poderia, diante da cláusula presente no art. 5º, § 1º, da nossa Constituição.

Idêntica manifestação se mostrava na Constituição Portuguesa de 1976 em sua versão originária, onde diversos dos direitos fundamentais dos trabalhadores, inicialmente postos no título dos direitos econômicos, sociais e culturais, passaram a ser, a partir da revisão de 1982, elencados no título dos direitos, liberdades e garantias⁽⁵⁾, tendo Sarlet atentado para o fato de que “esta categoria de direitos fundamentais sociais, de cunho notoriamente negativo, tem sido oportunamente denominada de ‘liberdades sociais’⁽⁶⁾, integrando o que se poderia chamar — inspirados na concepção de Jellinek — de um ‘*status negativus socialis*’ ou ‘*status socialis libertatis*’⁽⁷⁾”.

Nesse mesmo passo, assegura Cristina Queiroz que a Constituição portuguesa de 1976 atualmente qualifica como “liberdades e garantias” — ou, simplesmente, liberdades sociais, pela doutrina — determinados direitos dos trabalhadores, verdadeiras pretensões

defensivas, a exemplo do direito de greve e da liberdade sindical, antes da aludida reforma, apenas tidos como meros direitos sociais⁽⁸⁾.

Miranda, após afirmar que a designação complexa de direitos, liberdades e garantias não é corrente no estrangeiro, assevera que a liberdade sindical e o direito de greve, previstos respectivamente nos arts. 55º e 57º da Constituição portuguesa de 1976, são legítimos exemplos de liberdades⁽⁹⁾.

Sem embargo, como já verificado nesse mesmo capítulo, todos os Direitos Fundamentais, de defesa ou sociais (prestacionais ou não) são de liberdade⁽¹⁰⁾, pois é impossível o indivíduo alçar qualquer patamar socialmente justo e digno⁽¹¹⁾ sem que lhe sejam assegurados direitos mínimos pelo Estado, tanto é assim que, em regimes constitucionais onde não se tem um rol de direitos sociais, a própria jurisprudência se encarregou de firmar determinadas tarefas estatais, como o fez o Tribunal Constitucional alemão, com a noção de “mínimo existencial”, já que a Lei Fundamental de 1949 praticamente não trata de Direitos Sociais.

Isso é algo até curioso, já que em terras germânicas a referida Corte extraiu do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa

de exigir ou de pretender ações positivas, seja para a promoção das condições de seu gozo efetivo, seja para a sua proteção contra terceiros” (MARTINEZ, Luciano. *Conductas antissindicales*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 124).

(5) Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ, n. 1, p. 18, abr. 2001.

(6) Como pontifica ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 385, quando faz remissão às liberdades sociais presentes na Constituição portuguesa, indicando o direito de greve e a liberdade sindical como legítimos representantes das ditas liberdades.

(7) SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ, n. 1, p. 18, abr. 2001.

(8) QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais sociais*. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p.27.

(9) MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 2. ed.. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 93.

(10) “No existen derechos de libertad, por um lado, y derechos de igualdad, por outro: todos los derechos son de libertad, incluso aquéllos que aportan un elemento igualitario, como es el caso de los económicos y sociales, al potenciar y reforzar dicho elemento la libertad para todos. [...] Por ello, al analizar la estructura de los derechos sociales, se comprueba — aunque persistan notables rasgos distintivos — la inexistencia de una fractura radical con los tradicionales derechos de libertad” (IBARRECHE, Rafael Sastre. *El derecho al trabajo*. Madrid: Trotta, 1996. p. 71-72).

(11) Nesse tocante, Gabriela Neves Delgado atesta que o direito ao trabalho, sobretudo o direito ao trabalho digno faz parte desse patamar mínimo (*Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTR, 2006).

humana a construção sobre o mínimo existencial e aqui, em terras brasileiras, mesmo com um imenso rol de direitos sociais prestacionais e de defesa, a doutrina e a jurisprudência ainda relutam em creditar plena eficácia a alguns direitos, como, por exemplo, o direito ao trabalho, assim compreendido como direito subjetivo não a um posto de trabalho, mas sim, pelo menos, como respeito ao posto ativo de trabalho, não podendo o empregado ser despedido sem que haja um motivo.

Essa também é a doutrina de Jorge Miranda, para quem, ao revés de existir uma separação estanque entre direitos negativos e direitos positivos, há intercomunicação entre eles, pois, enquanto o paradigma liberal pregava a liberdade abstrata, a ideia presente no modelo social não despreza a liberdade, mas entende que esta somente é alcançada com a igualdade material entre os indivíduos, mediante forte intervenção estatal, pois:

igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efectiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexiste ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autónoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conceito de direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*⁽¹²⁾.

Se se observar atentamente o Capítulo II do Texto Constitucional, facilmente se perceberá que a própria Lei Fundamental estabeleceu uma limitação, um patamar mínimo, fixando

diretrizes que deverão ser cogentemente observadas quando da pactuação empregatícia, sendo correto afirmar que, abaixo do patamar estabelecido constitucionalmente, não é possível qualquer contratação individual.

No tocante à negociação coletiva, a Carta Política foi mais benevolente, permitindo que alguns direitos pontuais, a exemplo do salário e da jornada de trabalho, possam ser pactuados pelos sindicatos, em pleno exercício da autonomia privada coletiva. Assim, é possível afirmar que a limitação firmada na Constituição pátria é total em relação às partes individualmente, mas relativa em termos coletivos⁽¹³⁾.

Mais acertado ainda parece afirmar que dito patamar constitucional mínimo figura como verdadeiro direito defensivo, não podendo sequer ser o seu espectro protetivo diminuído, por força do *caput* do art. 7º da nossa Constituição, segundo o qual todo o rol que se segue é apenas exemplificativo, pois outros direitos sociais do trabalhador poderão ser previstos ordinariamente, não podendo haver alteração a menor, significando dizer que há uma barreira estatal, uma defesa em face de alterações *in pejus*, mais próxima ao direito de liberdade do que ao prestacional⁽¹⁴⁾.

(13) Eis a lição de Mauricio Godinho Delgado: “não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por se constituírem em um *patamar civilizatório mínimo* que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho” (*Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relação de emprego*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 197).

(14) GOMES, Fábio Rodrigues (*O Direito Fundamental ao Trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 178), dissertando acerca das diversidades atinentes ao direito de defesa e o direito à proteção, assevera que não se deve confundir a função defensiva dos direitos fundamentais com a categoria dos direitos de defesa, pois “a primeira é inerente a qualquer direito fundamental e implica, não a exclusão do Estado, mas,

(12) MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 96-97.

3. A proteção contra a despedida arbitrária como direito de liberdade

Ao doutrinar sobre o direito a algo, ou pretensão, Alexy estabelece que a sua estrutura segue a clássica relação triádica, composta do portador, ou titular do direito, do destinatário (nesse trabalho compreendido como o Estado ou o particular) e o objeto do direito, mais adiante dispondo que o indigitado direito a algo se bifurca em direitos a ações negativas, ou direitos de defesa, e direitos a ações positivas. Os primeiros são triplicemente divididos em “direitos ao não embaraço de ações, direitos à não afetação de características e situações e direitos à não eliminação de posições jurídicas”⁽¹⁵⁾, enquanto os segundos são subdivididos em “direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas”.

Analisando a estrutura normativa presente no art. 7º, I da nossa Constituição, é fácil perceber que o dispositivo, quando estabelece proteção contra a despedida arbitrária, evidentemente tendo como destinatário um particular — empregador —, não contempla qualquer direito a ação positiva por parte deste. Ao revés, está ali presente um legítimo direito de defesa, de afastamento, abstenção, tendo-se que ao empregador, diante do regramento constitucional, é dirigida a ordem estatal de não eliminação da posição jurídica do empregado, havendo clara limitação à livre-iniciativa.

Mais claramente falando, o Legislador abstratamente já ponderou os interesses constitucionalmente tutelados, fixando tal limitação e estabelecendo que, diante da colisão entre o princípio constitucional da livre-iniciativa e o princípio da liberdade natural de trabalhar, extraído do direito ao trabalho (CRFB/88, art. 6º), prevalece este⁽¹⁶⁾.

sim, a sua intervenção (subsidiária) em determinadas hipóteses [...]. A segunda, representa os direitos de liberdade voltados contra o Estado, bloqueando normativamente a sua intervenção indevida”.

(15) *Op. cit.*, p. 193 e ss.

(16) Nesse particular, não há concordância com a doutrina utilitarista de Fábio Gomes (*op. cit.*, p. 221), para quem

É dizer, o Legislador constituinte já estabeleceu abstratamente uma limitação à liberdade empresarial, não podendo o empregador destituir o empregado de seu *status* sem que haja um motivo não arbitrário para tanto. Assim agindo, o empregador pratica um não fazer, abstendo-se de despedir o empregado de forma arbitrária.

Nesse trilhar, já doutrinou Fábio Gomes, afirmando que o art. 7º, I, da Lei Fundamental pátria, embora qualificado como um direito social, “é outro dispositivo que não se encaixa naquele velho figurino doutrinário, eis que tem por finalidade, não uma prestação material, mas, sim, evitar a intervenção desmedida do empregador no trabalho continuamente executado por seu empregado”. E ainda assegura, com esteio na lição de Sarlet, que “não por outro motivo, é chamado por alguns de direito social negativo”⁽¹⁷⁾.

À mesma conclusão chegou Alinie da Matta Moreira, ao afirmar que alguns direitos sociais se revestem da qualidade de típicos direitos de liberdade, e que a proteção contra a despedida arbitrária é um desses exemplos⁽¹⁸⁾.

Também Cristina Queiroz, analisando a necessidade de intervenção legislativa no direito à segurança no emprego e, especificamente a proteção dos trabalhadores em face ao despedimento, previsto no art. 53 da Constituição portuguesa de 1976, atribuiu o epíteto de “direito de defesa” a tal proteção⁽¹⁹⁾.

o art. 7º, I da Constituição de 1988 encerra direito (poder ou competência) potestativo do empregador despedir sem qualquer motivação, desde que pague indenização legalmente prevista, constituída na multa de 40% sobre os depósitos de FGTS, até que venha uma lei complementar para regulamentar montante indenizatório maior que o já “transitoriamente” previsto.

(17) GOMES, Fábio Rodrigues. *Op. cit.*, p. 204.

(18) MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 44.

(19) QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais sociais*. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justificabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 178.

Nunca é demais lembrar que o argumento da reserva fática do possível não é capaz de vincular fortemente só os direitos sociais, sendo mais correto se falar em uma vinculação “fraca” de todos os Direitos Fundamentais à reserva do possível, no caso específico da proteção em face da despedida arbitrária, por ser esta um autêntico direito de defesa, ou liberdade social, como interpretado pela doutrina portuguesa já referida no item anterior. Não há qualquer vinculação à reserva do possível fática e, por tal motivo, a eficácia imediata e plena justiciabilidade da primeira parte do dispositivo constitucional é evidente, pois imposta diretamente como abstenção ao particular — empregador —, para que este não destitua o empregado de seu posto de emprego sem que haja um motivo não arbitrário para tanto.

4. Direitos fundamentais como sistema de valores

Segundo a clássica doutrina do Estado Liberal, os Direitos Fundamentais somente eram entendidos consoante a lógica estatal abstencionista, para que fosse assegurado o direito de liberdade do indivíduo; racionalidade que trazia à reboque a ideia de que a Constituição era um mero documento político, inferior à Lei, o que desembocava no não desenvolvimento do próprio Direito Constitucional, que evoluía paulatinamente, enquanto o Direito Civil crescia, imbuído de teorias que justificavam a sua superioridade.

O cenário narrado era bastante compreensível, diante da tradição jurídica presente ao longo de séculos e disseminada pelo mundo ocidental através do povo romano. Até o jusnaturalismo, no afã de se fazer mais perene, havia sido codificado⁽²⁰⁾, fazendo-se crer que algo não presente na legislação não era valorado pela sociedade. Era chegada a época de um jusnaturalismo racional.

(20) Atente-se para o capítulo I, quando foi abordada a chegada das codificações e, com isso, a segurança através da Lei.

Esse cenário positivista, que afastava a moral, a ética e a justiça do Direito, fez-se presente em todo o século XIX, auge das ideias liberais, perdurando fortemente na doutrina civil e constitucional até meados do século XX, momento em que houve uma mudança substancial de racionalidade e, pouco a pouco, a hermenêutica constitucional passou a admitir a permeação do Direito pela moral, constitucionalizando, por assim dizer, o próprio Direito, agora imbuído de valores que se irradiavam para todas as esferas governamentais e até para as entidades privadas, algo impensável segundo a lógica liberal-burguesa.

Para tanto, foi necessário que o mundo testemunhasse as barbáries praticadas pelo holocausto, onde o ser humano foi menosprezado, não dignificado, e tratado como meio para o alcance de um fim que se pretendia legítimo.

Na Alemanha, país responsável tanto pelo cenário horrendo narrado, quanto pela própria modificação do pensamento positivista e virada Constitucionalista, a Constituição de Weimar, hoje plenamente reconhecida como uma das primeiras no mundo a tratar sobre os Direitos Sociais, sequer concebia os Direitos Fundamentais como cláusulas pétreas, omissão que terminou sendo decisiva para fazer com que Hitler retirasse a cidadania dos judeus e iniciasse a perseguição destes pelos mais diversos recantos da Europa.

Terminada a Guerra, na Alemanha, em 1949, foi publicada a Constituição de Bonn e dois anos após, em 1951, foi criado o Tribunal Constitucional Federal, composto por juristas contrários às ideias que justificavam o holocausto, fato peremptório para a modificação da hermenêutica constitucional, que passou a entender os Direitos Fundamentais como um sistema de valores, racionalidade que foi construída a partir de um julgado, mas plenamente desenvolvida pela Corte Constitucional alemã, influenciando diretamente a interpretação dos princípios como normas, a eficácia dos Direitos Fundamentais entre os particulares — o que

se denominou chamar de eficácia horizontal — e o alcance dos direitos de liberdade, agora entendidos sob a ótica também objetiva.

Tal interpretação modificou de vez a própria concepção dos Direitos Fundamentais Sociais, que passaram a se desenvolver, também, sob o aspecto protetivo, não só fático, mas, sobretudo, jurídico.

A Constituição Federal de 1988 foi fortemente influenciada pelo influxo interpretativo das normas constitucionais campeado na Alemanha e é justamente esse o motivo por que se faz necessária a análise da construção germânica dos Direitos Fundamentais como valores, já que a jurisprudência pátria ainda é carente de avanço científico nesse sentido⁽²¹⁾.

Se for possível fixar o momento da mudança narrada, esse foi o julgamento do que se denominou caso Luth.

Em 1950, durante a realização de um festival cinematográfico ocorrido em Hamburgo, o então presidente do Clube de Imprensa, Erich Luth, além de expor publicamente o diretor de “Amantes Imortais”⁽²²⁾, Sr. Veit Harlan, acusando-o de grande disseminador

das ideias nazistas através da Sétima Arte, também organizou um boicote juntamente aos distribuidores de filmes.

Harlan e os parceiros comerciais ajuizaram uma ação cominatória em face de Luth, com fulcro no § 826 BGB, dispositivo da Lei civil alemã que obrigava todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa — no caso, deixar de boicotar o filme —, sob a cominação de pecúnia.

A referida ação teve o pedido julgado procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Luth, então, interpôs recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo art. 5 I 1 GG⁽²³⁾.

O Tribunal Constitucional Federal, já em 1958, julgando procedente a Reclamação, revogou a decisão do Tribunal Estadual, declarando que de acordo com a jurisprudência permanente do Tribunal Constitucional Federal, as normas jusfundamentais contêm não só direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas representam, ao mesmo tempo, uma ordem valorativa objetiva que, enquanto decisão básica jurídico-fundamental, vale para todos os âmbitos do direito e proporcionam diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a jurisprudência.

A partir dessa decisão, com fulcro na teoria axiológica, os Direitos Fundamentais, a despeito de encerrarem direitos subjetivos para os indivíduos, também passaram a ser considerados como valores objetivos⁽²⁴⁾ de

(21) Veja-se, por exemplo, julgado colhido do Supremo Tribunal Federal, onde não se admite Recurso Extraordinário, a não ser por ofensa direta à Constituição: “CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 279 – STF. I – Somente por ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II – Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é ofensa direta, frontal. III – Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93 da CF: improcedência, porque o que pretende o recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. IV – Incidência, no caso, da Súmula 279 – STF. V. – Agravo não provido. (STF – AI – AgR 481215/RJ, rel. Min. Carlos Veloso, DJ 24.2.2006)

(22) Nesse, assim como em outros filmes, dirigidos pelo Sr. Harlan, há forte incitamento à violência em face dos judeus.

(23) SCHWABE. Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 381.

(24) No dizer de Pérez Luño (*op. cit.*, p. 21): “en el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras

uma comunidade e, como tais, se espriam por todo o ordenamento, vinculando juridicamente todas as funções estatais, dentre elas, o próprio Poder Judiciário, que passa a ter como principal função interpretar a Constituição e as Leis, de modo a dar afetividade aos Direitos Fundamentais.

Nas palavras de Vieira de Andrade, os Direitos Fundamentais “não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado”, pois, eles “valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins de que se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual”⁽²⁵⁾, que é, em outras palavras o próprio dever de proteção estatal em relação aos indivíduos.

Alexy, apesar de reconhecer que princípios e valores possuem a mesma estrutura, sendo ambos passíveis de sopesamento quando em conflito com outros princípios ou valores, afirma que aqueles ocupam o campo da deontologia, ou do dever-ser — como os conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo —, enquanto estes se localizam no âmbito da axiologia, identificado como o conceito de bom — como os conceitos de bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de direito⁽²⁶⁾.

Evidente que a assim denominada teoria axiológica dos Direitos Fundamentais encontrou séria divergência, sendo Habermas um dos seus principais opositores, quando lança contra o discurso da ponderação de valores o epíteto de “frouxo”, argumentando que:

ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente

no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas de princípios do direito. [...] Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários⁽²⁷⁾.

Informa Steinmetz⁽²⁸⁾ que a teoria axiológico-sistêmica também encontrou na doutrina de Forsthoff grande crítica, acreditando o citado jurista que, na filosofia dos valores, “a interpretação jurídica dá lugar à interpretação filosófica”, tornando “inseguro o direito constitucional, dissolvendo a lei constitucional na casuística, porque o caráter formal-normativo do direito constitucional, isto é, a sua positividade jurídico-normativa, é substituída por uma suposta normatividade constitucional estabelecida caso a caso”.

Tomando emprestadas as palavras de Sarmento, “não se afigura necessária a adesão” à teoria da ordem de valores para “aceitação da existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e para o reconhecimento dos dois efeitos práticos mais importantes desta dimensão: a eficácia irradiante dos direitos

que em el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados”.

(25) *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 109.

(26) *Op. cit.*, p. 144 e ss.

(27) HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003. p. 231.

(28) STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 107-108.

fundamentais e a teoria dos deveres estatais de proteção⁽²⁹⁾. E é sobre isso que se tratará a seguir.

5. Eficácia irradiante dos direitos fundamentais

A fim de orientar o alcance da teoria axiológica dos Direitos Fundamentais, na década de oitenta, Alexy indicou como única forma viável de se interpretar o caráter objetivo dos referidos direitos, a técnica da abstração de toda e qualquer noção subjetiva.

Nesse desiderato, pontuou o referido publicista, que apenas com uma *tríplice* abstração é possível fazer aparecer o caráter objetivo do direito⁽³⁰⁾.

Para tanto, o autor utiliza o direito à liberdade de expressão (caso Luth), afirmando que, ao se realizar a primeira abstração (do titular), converte-se um *dever relacional* (que possui um direito subjetivo como contrapartida) em um *dever não relacional*, ou seja, uma obrigação sem um direito subjetivo correspondente, que gera apenas um dever *prima facie* de o Estado atuar, de modo a se omitir de intervir na liberdade de opinião.

Todavia, para alcançar um “nível supremo de abstração”, é necessária a feitura de uma segunda abstração (do destinatário do direito) para, então, abstrair algumas particularidades do objeto (omissão de intervenção estatal). Como resultado final, haverá somente um “simples dever-ser” da liberdade de expressão, o que o Tribunal Constitucional Federal intitulou de “decisão básica jurídico-objetiva”, e o autor de “norma básica que decide valores”, que “se irradiará por todos os âmbitos do ordenamento”⁽³¹⁾.

A partir dessa concepção irradiante dos Direitos Fundamentais, doutrina e jurisprudência

germânicas evoluíram para outros conceitos que redundaram profundamente no aprimoramento da eficácia e efetividade das normas constitucionais, como, por exemplo, a assim denominada eficácia horizontal, ou vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.

A teoria axiológica encontra no Direito constitucional brasileiro ampla possibilidade de aplicação, tendo-se que a Constituição Federal de 1988 é eivada de valores, positivados ou não, como, por exemplo, o valor social do trabalho, que, devidamente refletido, impediria qualquer denúncia vazia contratual por parte do empregador.

Nesse trilhar, fácil é perceber que as normas constitucionais, para além do conteúdo subjetivo, encerram valores que se irradiam para os mais diversos ramos do Direito, não só civil, mas também penal, econômico e, sobretudo, do trabalho, encontrando nos conceitos jurídicos indeterminados (bons costumes, ordem pública, boa-fé, abuso de direito) um forte campo para aplicação dos valores consagrados no Texto Constitucional.

6. O alcance do art. 7º, I, diante da regra contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988

Os Direitos Fundamentais, assim entendidos segundo a versão de direitos à prestação, podem ser subdivididos em direitos à proteção, estes bipartidos em prestações materiais e prestações jurídicas; e direitos à organização e procedimento.

Também foi pontuado que a hermenêutica constitucional contemporânea, aqui adotada, entende a Constituição como ordem de valores e os Direitos Fundamentais como normas-princípios, que vinculam todas as atividades estatais, impondo-se para que o Estado legisle e crie políticas públicas para efetivá-los, irradiando-se, inclusive para os particulares, para que estes também observem em suas relações privadas os ditos Direitos.

(29) SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006. p. 123.

(30) *Op. cit.*, p. 508.

(31) GOMES, Fábio. *Op. cit.*, p. 104.

Interessa nesse momento apenas a localização dos Direitos Fundamentais como direitos a prestação jurídica, máxime a proteção contra a despedida arbitrária (aqui entendida como despedida sem qualquer motivação), tendo-se que a Constituição em seu art. 7º, I estabeleceu tal direito e o Estado-Legislator, passados quase trinta anos, ainda não cumpriu o seu dever constitucional, assumido já no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, no tocante ao desiderato de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e a liberdade.

A regra contida no indigitado art. 7º, I, do Texto Constitucional encerra norma constitucional de eficácia plena, assegurando a proteção em face da despedida arbitrária ou sem justa causa, remetendo a Constituição ao Legislador apenas a previsão de indenização pela dispensa e o modo como tal deverá ser processada.

Apesar da evidente conclusão retro exposta, não há qualquer novidade em afirmar que doutrina e jurisprudência dominantes pensam exatamente o oposto, que o dispositivo contém regra de eficácia limitada, não podendo ser aplicado até que venha uma norma infraconstitucional tratando sobre o assunto, conclusão que por si só atenta contra a supremacia, a máxima efetividade e a força normativa da Constituição, tendo-se que não é crível que passados tantos anos da promulgação da Lei Maior, ainda penda de “regulamentação” tal direito fundamental social, quando a própria Constituição em seu art. 5º, § 1º, prevê que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

É certo que, não obstante esse último mandamento constitucional, nem todos os Direitos Fundamentais possuem imediata eficácia, pois não é incomum encontrar no Texto Constitucional normas que, para alcançarem a plena aplicação, dependem de norma que as regulamente⁽³²⁾, destrinchando o Direito

Fundamental ao patamar ordinário, o que não significa que a norma fundamental possua nenhuma eficácia, pois há sempre uma vinculação negativa e positiva dos Poderes Públicos, no sentido de não se ignorar o traçado já posto na Constituição, assim como o dever de agir para maximizar o Direito Fundamental correspondente na Legislação ou através dos julgados.

Nesse sentido, importa muito mais saber se o direito analisado possui alta ou baixa densidade normativa e assim assegura Sarlet, afirmando que a Constituição de 1988 consagrou variada gama de Direitos Fundamentais Sociais e “considerou todos os Direitos Fundamentais como normas de aplicabilidade imediata” e que boa parte dos Direitos Fundamentais Sociais são, na verdade, direitos de defesa (classicamente de eficácia imediata), mas carentes de “concretização legislativa”, o que não significa a ausência de aplicação do art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, sendo relevante saber se a norma constitucional é dotada de “baixa densidade normativa”⁽³³⁾.

Prossegue o citado publicista, asseverando que a “melhor exegese contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, uma espécie de mandamento de otimização (ou maximização)”⁽³⁴⁾.

Ou seja, a conclusão do autor guarda simetria com o quanto analisado neste trabalho, no tocante à vinculação de todos os poderes públicos aos Direitos Fundamentais, sendo do Estado a tarefa de maximizá-los, através do processo legislativo de proteção, na efetivação de políticas públicas materiais e efetivas voltadas à concretização dos valores já postos na Constituição e, sobretudo, por meio do Estado-Juiz, a quem cabe também o dever de interpretar o Texto Constitucional

lei, constituindo crime a retenção dolosa deste, devidamente atrelada ao princípio estrito da legalidade.

(33) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 268.

(34) *Op. cit.*, p. 270.

(32) Como, por exemplo, a regra contida no art. 7º, X, da CRFB/88, que protege o salário na forma da

de modo a dar máxima efetividade às normas fundamentais.

Vale lembrar a doutrina de Canotilho, já anunciando a “morte” das normas constitucionais programáticas, por entender que todas as normas constitucionais “têm força normativa independentemente do acto de transformação legislativa” e que essa concepção é diversa de “saber em que termos uma norma constitucional é suscetível de aplicação direta e em que medida é exequível por si mesmo”⁽³⁵⁾.

Se é certo afirmar, como se fez ao norte, que nem todos os Direitos Fundamentais podem ser automaticamente invocados e aplicados, por força da regra contida no art. 5º, § 1º, da Constituição, não menos certo é defender que os aludidos direitos possuem, em relação aos demais direitos constitucionais, “maior aplicabilidade e eficácia”. Isso não significa que entre os Direitos Fundamentais não possa haver conflito, aqui importando mais ainda saber se, no caso concreto, o respectivo Direito Fundamental colide com outro de mesma hierarquia, a densidade normativa de cada um deles, bem como o valor constitucional que cada um encerra, pois, “negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significa, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade”⁽³⁶⁾.

Nesse trilhar, outro ponto que merece análise é a eficácia e o alcance dos Direitos Fundamentais Sociais do Trabalhador, sendo certo que topograficamente a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa está localizada na parte constitucional que trata dos Direitos Sociais dos obreiros.

É o que será abordado no próximo tópico.

7. Eficácia plena da primeira parte do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 e a antijuridicidade da despedida imotivada

A primeira parte do art. 7º, I do Texto Constitucional contém norma de eficácia plena,

sendo *proibida* a despedida sem motivação pelo empregador⁽³⁷⁾, a assim denominada denúncia vazia⁽³⁸⁾, pois o próprio Legislador Constituinte já afirmou que é direito de todos os empregados urbanos e rurais a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (alguma causa há de ter!), relegando ao Legislador infraconstitucional apenas a confecção de Lei Complementar para tratar sobre a hipótese de indenização por conta da despedida com tais características.

Assim sendo, não há falar em norma constitucional de eficácia limitada, como professa a interpretação dominante, mas sim em norma de eficácia plena, na primeira parte, com baixa densidade normativa na segunda parte, não se permitindo constitucionalmente que o empregador se utilize da faculdade resilitiva que lhe é outorgada pela Lei, despedindo o respectivo empregado sem qualquer motivação, pois, ao revés do quanto majoritariamente defendido, a ordem emanada da Constituição é no sentido da proteção contra a despedida arbitrária, sem motivo, vazia e sem justa causa⁽³⁹⁾, em defesa do valor constitucional maior da dignidade do trabalhador, que informa o próprio direito ao trabalho, presente no art. 6º da Constituição.

(37) Em percuciente abordagem sobre o tema, a lição de Edilton Meireles (*Abuso do direito na relação de emprego...*, p. 198), para quem: “a primeira lição que se extrai é que é direito do trabalhador a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Logo, se a lei busca proteger o trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, assegurando-lhe esse direito social, constitucional e fundamental, é porque ela não tem como jurídica a despedida imotivada. A despedida injusta, arbitrária ou sem justa causa, portanto, ao menos a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser ato antijurídico, não protegido pela legislação”.

(38) Para Ceneviva, o indigitado dispositivo não é auto-aplicável, mas limita o poder de comanda da empresa, “que tem discricção, mas não arbítrio de rescindir imotivadamente o contrato de trabalho, sob pena de indenizar o trabalhador” (CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 95).

(39) Nesse particular, a lógica leva a concluir que se o Legislador proibiu a despedida sem justa causa, alguma causa, pelo menos, deve ser apresentada, para que seja analisada se é justa ou não.

(35) *Op. cit.*, p. 1161.

(36) SALET, *op. cit.*, p. 272.

O paradigma dominante, assim entendido como a permissão de o empregador despedir sem qualquer apresentação de motivos, esvazia todo o conteúdo protetivo da Constituição e não se coaduna com o Estado, Legislador ou Juiz, vinculado aos valores constitucionais.

É de notar, inclusive, que a despedida sem motivação é ato antijurídico⁽⁴⁰⁾ e contrário ao Texto Constitucional, sendo essa a única interpretação viável e possível para quem vislumbra a Constituição segundo uma ordem axiológica, tendo em conta o valor social do trabalho e o exercício do direito de propriedade segundo a sua função social.

Faça-se um pequeno teste, que pela sua simplicidade chega até a ser pueril. Se o Legislador regulamentar o art. 7º, I da nossa Constituição, jamais poderá fazê-lo para dizer que a despedida do empregado pelo empregador pode se dar sem motivação, de forma vazia, pois o Estado-Legislator é objetivamente vinculado à Constituição e esta já traça a diretriz de “relação protegida contra a despedida arbitrária” e não o contrário⁽⁴¹⁾. Seria inconstitucional, portanto, qualquer norma que intentasse “desproteger” a relação de emprego em face

da despedida arbitrária, até porque a suposta norma se atritaria diretamente com o *caput* do art. 7º da Constituição de 1988, que traça o perfil evolutivo das normas trabalhistas e não o inverso.

Lançando luzes sobre a conclusão já exposta, José Afonso da Silva, comentando o alcance do art. 7º, I da CRFB/88, concluiu:

temos para nós que a garantia do emprego é um direito por si bastante, nos termos da Constituição — ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata; de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (‘despedida arbitrária’ e ‘justa causa’) que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória de garantia de permanência no emprego. Indenização não é garantia da relação de emprego. Como se vê no texto, é uma medida compensatória da perda de emprego. Se a Constituição garante a relação de emprego, o princípio é o da conservação, e não o da sua substituição. Compreendido o texto especialmente em conjugação com o § 1º do art. 5º, aplicável aos direitos do art. 7º — que se enquadram também entre os direitos e garantias fundamentais — chega-se à conclusão de que a norma do citado inciso I é de eficácia contida⁽⁴²⁾.

O regramento previsto no art. 7º, I do Texto Constitucional contém o que Alexy⁽⁴³⁾ consagrou como “reserva simples” a um Direito Fundamental, tendo-se que o Legislador é instado, pela própria regra, a regulamentar o respectivo direito já assegurado na Constituição, mas este é também vinculado ao modelo já traçado pela Lei Maior.

É dizer, o Legislador ordinário não poderá jamais “desproteger” o empregado, permitindo

(40) À mesma conclusão chegou Virgínia Leite Henrique, assegurando que “a dispensa arbitrária (injusta ou imotivada) coloca-se *fora* do ordenamento jurídico” (Dispensa arbitrária ou sem justa causa. In: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). *Dicionário: Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho, Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2012. p. 376, 376-385.

(41) Em outras palavras, a mesma conclusão: “O direito fundamental a uma relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária esvazia-se, se condicionarmos seu exercício a uma atuação legislativa desnecessária, porque terá de dizer o óbvio. Ora, mesmo sob a perspectiva da eficácia indireta dos direitos fundamentais, a doutrina é unânime em reconhecer a necessidade de conformação do sistema jurídico às normas constitucionais. Logo, seria inconstitucional qualquer legislação que propusesse a ausência do dever de motivação do ato de denúncia do contrato. A lei, a ser editada a partir da ordem contida no inciso antes referido, terá necessariamente que disciplinar os motivos da despedida lícita e as consequências da perda do emprego. Ou seja, explicitar o dever já contido no dispositivo constitucional” (SEVERO, Valdete Souto. *Op. cit.*, p. 197).

(42) SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 193.

(43) *Op. cit.*, p. 130.

a despedida arbitrária, diante de tal limitação. Ademais, atentando-se ao princípio da unidade do Texto Constitucional, fácil é perceber que a livre-iniciativa que fundamenta a faculdade de o empregador dispensar o empregado não é absoluta; ao revés, encontra limites postos pela própria Constituição, através da vedação à despedida arbitrária e o exercício da propriedade segundo a sua função social.

Se é certo que há uma evidente limitação à atividade do Legislador ordinário, não menos certo é afirmar que a limitação constituída em torno da vedação à despedida arbitrária — aqui entendida como a denúncia vazia — é também ordem dirigida diretamente ao particular empregador, que, como já assegurado, não detém ilimitados “poderes” diretivos, já que tais teoricamente decorrem do exercício do direito de propriedade e do princípio da livre-iniciativa, sendo aquele vinculado à sua função social e este limitado ao regramento já posto na Constituição ao redor da vedação à despedida arbitrária.

Toda a ordem constitucional proíbe o arbítrio e essa ideia foi algo construído pelos povos ocidentais, criando um paradigma que se irradiou, inclusive para as relações civis pátrias, que sequer permitem que a resolução de um contrato possa ser invocada por puro arbítrio de uma das partes contratuais, como prevê o art. 122 do nosso Código Civil. Ora, se até a Legislação civil, que tem como paradigma a ideia ancestral de igualdade entre as partes convenientes⁽⁴⁴⁾, não permite tal forma de resolução contratual, com muito mais razão as relações trabalhistas devem ser guiadas pela mesma racionalidade⁽⁴⁵⁾.

O art. 7º, I do Texto Constitucional é claro ao estabelecer hipótese de indenização, prevendo

que o empregado despedido sem justa causa ou imotivadamente terá reparação patrimonial, não sendo difícil concluir que, se a Constituição previu indenização para o empregado contra ato arbitrário do respectivo empregador, é porque o considera ato ilícito, contrário ao Direito, como determina o art. 927 do Código Civil, segundo o qual “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Pensar o contrário é permitir que o empregado se locuplete ilicitamente ao receber indenização, pois está recebendo pecúnia do empregador, que agiu lícitamente, diante do seu “direito potestativo” de despedir.

Não se vê como possível qualquer outra interpretação, sobretudo a em voga, no sentido de um suposto direito potestativo de o empregador despedir com arbítrio, que contraria não só o próprio Texto Constitucional em sua literalidade, mas também ignora toda a evolução já traçada nesse trabalho acerca da proibição do arbítrio.

A inércia do Estado-Legislator é evidente nesse tocante e não se justifica pela realidade que se apresenta aos olhos mais atentos, quando é perceptível que o invocado direito potestativo de despedir com arbítrio do empregador permite, no mais das vezes, que este tenha por resíduos determinados contratos de empregados não muito interessantes à livre-iniciativa e que “precisam” ser descartados⁽⁴⁶⁾, como os doentes não amparados pela previdência social, os que estão em vias de adquirir determinados vencimentos pelo longo tempo na empresa, ou, simplesmente, porque há a possibilidade de contratar pessoal com menor custo.

Pensar que não há inércia ou omissão por conta da regra supostamente transitória contida no art. 10 do ADCT é outra excrescência interpretativa. O referido dispositivo se pretende

(44) Ideia, é verdade, um pouco sufragada entre nós pelo advento dos institutos da lesão, boa-fé objetiva e função social da propriedade na codificação civil atual.

(45) Atente-se para o último capítulo, onde foi elaborada uma maior abordagem sobre essa mesma questão, que ora serve tão somente como premissa para o raciocínio.

(46) Sobre o tema, a percutiente abordagem de SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola; SALADINI, Ana Paula Sefrin. Da limitação do poder de despedir – a aplicação do art. 7º, I, da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais. In: *Revista LTr*. v. 74, n. 02, p. 74-02/242-74-02/250, fev. 2010.

transitório, para teoricamente suprir a carência de Lei Complementar presente no art. 7º, I da Constituição, mas, apesar disso, há quase um quarto de século serve como paliativo para conter a inércia do Estado.

Também é fácil encontrar na doutrina e na jurisprudência⁽⁴⁷⁾ posicionamento no sentido de que a “estabilidade” é incompatível com o regime do FGTS e, portanto, toda a indenização a que o empregado teria direito já está contida no art. 10 do ADCT.

Ora, uma coisa não tem nada a ver com a outra. O art. 7º trata, em incisos diferentes e apartados, do direito do empregado contra a despedida arbitrária ou sem justa causa e do direito ao FGTS, respectivamente, incisos I e III, o que já demonstra que aquela indenização presente no indigitado art. 10 do ADCT refere-se à indenização transitória, para suprir a falta da Lei Complementar a que se refere o art. 7º, I, tratando, coincidentemente, sobre a elevação da multa pela despedida sem justa causa ou arbitrária, o que não significa dizer que esta indenização se confunde com a multa de 40% prevista na Lei n. 8.036/90.

É dizer, se vier a Lei Complementar, esta preverá indenização compensatória à despedida arbitrária ou sem justa causa, regulamentando o art. 7º, I do Texto Constitucional, mas isso não implicará que a multa de 40% incidente sobre o FGTS deixará de existir, pois a primeira indenização referida tem previsão constitucional no aludido dispositivo e a outra indenização, encontra amparo legal no inciso III do art. 7º da Constituição, esmiuçado ordinariamente pela Lei n. 8.036/90, que trata exatamente da multa de 40% incidente sobre o FGTS.

8. Inconstitucionalidade da autorização da despedida coletiva imotivada

No contexto individualista e desgarramento dos direitos fundamentais, o PLC n. 38/17,

(47) Veja-se, por exemplo, a decisão do TST, já transcrita nesse capítulo, resolvendo sobre a despedida sem qualquer motivo de empregado contratado há mais de vinte anos pela mesma empresa.

atual Lei n. 13.467/17 prevê em seu art. 477-A que “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”.

Ora, é certo que o Estado-Legislator é insuficiente, em ofensa ao dever de proteção que decorre do próprio Estado Social, mas o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 estabelece um dever de legislar e tal dever não deve ser cumprido de forma ilimitada. Ao revés, qualquer regulamentação infraconstitucional acerca do indigitado dispositivo constitucional, obrigatoriamente deve observar o regramento segundo o qual a proteção contra a despedida arbitrária é um direito fundamental do trabalhador. É dizer, o Estado-Legislator, por ser objetivamente vinculado às normas constitucionais, tem por obrigação que exercer o seu mister, de modo a não invadir ou esvaziar o conteúdo do Texto Constitucional e, preferencialmente, até, elevar a condição social do trabalhador, por força do quanto estatuído no *caput* do art. 7º da Carta Política de 1988.

Ao ter o Estado-Legislator estabelecido que as despedidas coletivas ou plúrimas se equiparam às individuais, partiu necessariamente do pressuposto segundo o qual a Constituição Federal de 1988 permite a denúncia contratual individual vazia, quando o que lá está contido é justamente o contrário. Sem embargo, conforme já analisado, a primeira parte do art. 7º, I da Constituição Federal de 1988 assegura aos empregados a proteção contra a despedida arbitrária e esta, nos moldes traçados pelo art. 165 da CLT, é aquela não fundada em motivo técnico, econômico, financeiro ou disciplinar.

Em outras palavras, o Estado-Legislator é objetivamente vinculado às normas constitucionais e, assim sendo, a proposta trazida pelo art. 477-A do PLC n. 38/17, atual Lei n. 13.467/17, no sentido de esvaziar o conteúdo protetivo previsto no inciso I do art. 7º da Constituição Federal de 1988 é materialmente inconstitucional.

9. A inconstitucionalidade por ofensa ao devido processo legal

No dia 13 de janeiro de 2009, a EMBRAER, sob a alegação de reduzir os custos decorrentes da crise econômica global, resolveu despedir 20% do quadro de seus empregados (aproximadamente 4.400 trabalhadores, de um total de cerca de 22 mil), tendo a empresa alegado que a drástica decisão, embora dura, era necessária para preservar outros 17 mil postos de trabalho.

O ato empresarial, logicamente, ensejou a atuação do Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região, o Sindicato dos metalúrgicos de Botucatu e a Federação dos Metalúrgicos de São Paulo, que instauraram dissídio coletivo com pedido de medida liminar, pleiteando, primeiramente a cessação dos atos demissionais, bem como a reintegração dos empregados já despedidos, afirmando as agremiações que o ato perpetrado pela empresa era “antijurídico”, posto contrário ao art. 7º, I da Constituição, antagônico aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, da representação sindical e da participação obrigatória dos sindicatos nas negociações, além de ser abusivo e ofensivo à boa-fé, pois a possibilidade da despedida coletiva não fora objeto de negociação prévia e sequer haviam sido notificados os empregados do desiderato patronal, atitude que se afasta do dever de informação pertinente à empresa.

A despedida coletiva nada mais é do que o somatório das dispensas individuais⁽⁴⁸⁾ e a

razão da antítese ao poder de dispensa ilimitado é exatamente a mesmo, tanto é assim, que nesse caso citado, o grande argumento empresarial foi afirmar que o direito brasileiro não possui regramento acerca da despedida coletiva e, como há um hiato legislativo, força seria concluir que os atos demissionais vazios são permitidos, somente gerando direito à indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS, levantamento do valor na conta vinculada e pagamento das parcelas resilitórias já adquiridas, como férias e gratificações natalinas proporcionais, ideia também presente quando se trata de despedida individual.

Em sua primeira manifestação, datada de 26 de fevereiro, o Tribunal Regional do Trabalho de Campinas concedeu liminar suspendendo as rescisões contratuais, já feitas ou que viessem a ocorrer, até a data da audiência de conciliação, e requisitou da empresa a apresentação de balanços patrimoniais e demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios. Na oportunidade, o Relator, Desembargador Sotero da Silva, disse haver “indiscutível interesse público na preservação da dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana, fundamento do Estado Democrático Brasileiro”.

Fracassadas todas as tentativas conciliatórias, o TRT da 15ª Região julgou parcialmente procedente o dissídio coletivo e, em atenção

contratuais” (DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 20012. p. 1.175-1.176). O Des. José Antônio Pancotti, elaborou detida análise sobre o tema, afirmando que “na dispensa coletiva, a causa é única e o propósito é a redução do quadro de pessoal da empresa”, invocando a lição de Renato Rua de Almeida, para quem a diferença entre dispensa individual e coletiva reside no fato desta se justificar por fato de natureza disciplinar (justa causa) imputável ao empregado ou por inaptidão profissional às mudanças técnicas da empresa, ao passo que aquela pode ser arbitrária ou não, dependendo da existência comprovada de fato objetivo relacionado à empresa, causado por motivo de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural (PANCOTTI, José Aantônio. Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil. In: *Revista LTr*, v. 74, n. 5, p. 05/529-05/541, maio 2010).

(48) Em sentido diverso do ponto de vista defendido, a lição de Delgado: “a despedida individual é a que envolve um único trabalhador, ou que, mesmo atingindo diferentes empregados, não configura ato demissional grupal, ou uma prática maciça de rupturas contratuais (o chamado *lay-off*). A ocorrência de mais de uma dispensa em determinada empresa ou estabelecimento não configura, desse modo, *por si somente*, despedida coletiva. [...] Já a despedida coletiva atinge um grupo significativo de trabalhadores vinculados ao respectivo estabelecimento ou empresa, configurando uma despedida maciça de rupturas

à força normativa dos princípios, citando extensa e atualizada doutrina, declarou abusiva a demissão coletiva, diante da ausência de negociação coletiva prévia⁽⁴⁹⁾.

- (49) CRISE ECONÔMICA. DEMISSÃO EM MASSA. AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. ABUSIVIDADE. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA. PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto socioeconômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua da legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe proferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente não há no Brasil, a exemplo da União Europeia (Directiva 98/59), Argentina (Ley n. 24.013/91), Espanha (Ley del Estatuto de Los Trabajadores de 1995), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei n. 223/91, México (Ley Federal del Trabajo de 1970, cf. texto vigente – última reforma foi publicada no DOF de 17/01/2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa

Embora se entenda que a dispensa em massa não precedida de fundamentos socialmente aceitos enseja a reintegração no emprego, exatamente por que o ato resilitório é nulo por abusividade e ofensivo à boa-fé e que isso enseja o retorno das partes ao *status quo ante*, sem qualquer impedimento da indenização compensatória, reconhece-se que essa decisão do TRT de Campinas foi um grande avanço na jurisprudência, pois se agasalhou o entendimento segundo o qual o empregador não possui poderes ilimitados de despedir, principalmente coletivamente, devendo o ato demissional coletivo ser sempre precedido de negociação com a agremiação, parâmetro este sequer previsto expressamente em lei.

Houve interposição de Recurso Ordinário por ambas as partes litigantes. A EMBRAER insistia que havia agido conforme a lei, almejando, com isso, a reversão da declaração de abusividade da greve, enquanto as agremiações ratificavam o pedido de reintegração de todos os empregados despedidos.

Em sede liminar, o Ministro Moura França suspendeu os efeitos da decisão de Campinas, afirmando em sua decisão que as resilições contratuais tiveram por base “comprovadas dificuldades financeiras capazes de comprometer o regular exercício de sua atividade econômica”.

Quanto à consideração de que a demissão teria violado o art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, que protege a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, o citado Ministro afiançou que “o dispositivo, ao contrário do que se pensa, não assegura estabilidade ou garantia de emprego, e muito

dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC – boa-fé objetiva – o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente.

menos garante, de imediato, pagamento de indenização, pelo simples fato de que a fixação do valor desse título depende de lei complementar que, lamentavelmente, ainda não foi objeto de deliberação pelo Congresso Nacional”. No tocante à necessidade de negociação coletiva prévia, foi dito que “não há, especificamente, nenhum dispositivo normativo que lhe imponha essa obrigação”.

Na Sessão de Dissídios Coletivos, a relatoria coube ao Ministro Maurício Godinho Delgado. Em votação apertada de cinco votos a quatro, foi confirmada a decisão anterior de manter as demissões, mas com a previsão do *iter*, constituído em torno da necessidade de negociação coletiva anterior à resilição contratual em massa, mas somente para casos futuros⁽⁵⁰⁾.

(50) Pela importância da decisão, optou-se pela sua transcrição da ementa na íntegra: 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 fundamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas tem 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,

Houve avanço na jurisprudência, sobretudo no tocante à indicação da necessidade de se proceder à negociação coletiva como medida profilática à despedida em massa, assim como restou vazado no voto do Ministro Relator, que “a proteção ao trabalhador já está plenamente

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 inaceitável 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 empresas, 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 da OIT ns. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se 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 da 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 da 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. 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. (RODC-309/2009-000-15-00.4. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 6 set. 2012)

prevista no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental, tendo, portanto, aplicação imediata, impedindo a atuação do aplicador do direito em sentido contrário ao seu conteúdo”.

Por outro lado, disse o Eminentíssimo Ministro, que a norma constitucional possui eficácia contida, dependendo o direito à indenização de regulamentação através de Lei Complementar (reintegração, então, nem pensar), o que é um contrassenso, já que se falou em máxima eficácia das normas constitucionais e novos paradigmas hermenêuticos, assim entendidos como o tratamento dos princípios como verdadeiras normas. Princípios estes que zelam pela dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho humano “e especialmente do emprego”, sem perder de vista que a propriedade deve sempre ter em vista a sua função “socioambiental”.

Embora o Tribunal Superior do Trabalho não tenha enfrentado a questão da vinculação dos particulares ao devido processo legal, é certo que o Tribunal, ao prever a obrigatoriedade de um *iter* para a despedida em massa, nada mais fez do que estabelecer observância ao princípio-garantia constitucional aludido e é sobre isso que se falará nas próximas linhas.

10. Motivação e devido processo legal para aplicação de penalidades: o paradigma estabelecido pelo código civil

O direito às decisões motivadas deriva da cláusula do devido processo legal e esta, por ser disposição aberta, também comporta o direito de informação, que nada mais é do que uma pequena parcela do *due process of law*, e toda essa gama de garantias invade as relações privadas, sobretudo a relação de emprego, onde há forte poder social.

O direito de informação, enquanto fundamental, igualmente decorre do princípio da boa-fé objetiva (CC, art. 422), permitindo que as partes convenientes possuam ciência contratual equivalente.

Há muito tempo doutrina e jurisprudência vêm admitindo a aplicação do devido processo legal nas relações privadas, mesmo que não haja previsão formal alguma nesse sentido no liame estabelecido entre as partes⁽⁵¹⁾. Isso ocorre, principalmente, por dois motivos: i) a referida cláusula é garantia constitucional fundamental e, como tal, é de observância obrigatória em todos os setores sociais, pois todo o aparato jusfundamental estabelecido na Constituição possui dimensão objetiva e efeito irradiante; ii) as relações privadas não podem servir de refúgio à penetração dos Direitos Fundamentais, sobretudo quando se tratam de pactuações eivadas de grande desequilíbrio entre as partes envolvidas, diante da existência de poder social.

Por pertinentes, eis a transcrição das palavras de Júlio Amaral:

tal como ocorre nas relações jurídicas mantidas com os poderes públicos, os particulares também não podem afrontar os direitos fundamentais. A liberdade e a dignidade dos indivíduos são bens intangíveis, sendo certo que a autonomia da vontade somente poderá atuar até aquele lugar em que não haja ofensas ao conteúdo mínimo essencial desses direitos e liberdades. E isso não é diferente no âmbito de uma relação trabalhista⁽⁵²⁾.

Determinadas entidades privadas, a exemplo das associações, agremiações e entidades de classe, possuem poderes semelhantes ao

(51) Perceba-se que na relação de emprego o TST admite o devido processo legal na relação privada, mas desde que tal peculiaridade tenha sido prevista em ato empresarial interno (Súmula n. 51), mas não como decorrente diretamente da Constituição. Tal entendimento deve ser revisto, diante da tese ora defendida, no sentido da incidência direta da cláusula do devido processo legal e outros direitos laborais inespecíficos na relação havida entre empregado e empregador.

(52) AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito do Trabalho. In: *Revista do TRT da 9ª Região*, Curitiba, ano 35, n. 65, jul./dez. 2010.

Estado, como a faculdade de se fixar penalidades e aplicar sanções, inclusive com expulsão de seus integrantes.

Diante de tal poder privado, surge a necessária reflexão sobre a penetração da cláusula do devido processo legal nesse tipo de relação, sendo o direito à informação/motivação a micro parcela de tal cláusula, necessário à tutela maior, que é o acesso ao Poder Judiciário para que este possa analisar os motivos da aplicação da reprimenda, elaborando até um juízo de razoabilidade⁽⁵³⁾.

10.1. Entidades associativas e sociedades

Sociedades e associações, segundo o art. 44 do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito privado, sendo ambas a reunião de pessoas com objetivos comuns. Diferenciam-se as associações das sociedades, pois aquelas são formadas pela união de pessoas organizadas para fins não econômicos, ao passo que nas sociedades a finalidade do agrupamento humano é elaborada com objetivos econômicos e lucrativos (art. 966).

Tais entidades privadas, seguindo a diretriz constitucionalmente traçada acerca da liberdade associativa (CRFB/88, art. 5º, XX), se organizam através da Lei e, principalmente, por meio de seus estatutos sociais, podendo estes prever regras de organização, funcionamento e comportamento da pessoa jurídica para com os seus membros e vice-versa.

Dentre as regras, os ditos estatutos podem instituir penalidades, ou sanções convencionais, devidas em caso de descumprimento de alguma regra estatutária ou legal, tais como advertências, multas, suspensões de direitos,

ou, até mesmo a exclusão dos sócios/associados da entidade.

Nesse passo, é dever destas entidades privadas a observância do devido processo legal, constituído, dentre outras garantias, pela necessária motivação do ato punitivo, para que assim a sanção possa eventualmente ser analisada pelo Estado-Juiz, ainda que não haja previsão estatutária nesse sentido.

Isso ocorre por que tal garantia fundamental, diante de sua dimensão objetiva, penetra diretamente nas relações particulares, encontrando o princípio da autonomia privada limitação na cláusula do *due process of law*.

É dizer, se o exercício do princípio da autonomia privada permite a reunião de pessoas com a mesma finalidade, constituídas em torno de sociedade ou associação, tais entidades não podem agir de forma ilimitada e absoluta. Ao revés, devem guardar obediência a todos os Direitos Fundamentais, dentre os quais se destaca o processo devido e suas consequências, como o dever de informação de atos, motivação de decisões, contraditório e ampla defesa⁽⁵⁴⁾.

É interessante perceber que a redação originária do art. 57 do Código Civil de 2002 previa a possibilidade de exclusão do associado, somente admissível em havendo justa causa, devidamente prevista no estatuto da entidade e, se esse fosse omissivo, o membro da associação poderia ser, ainda assim, punido, desde que fossem reconhecidos motivos graves, em deliberação associativa fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembleia

(53) Ruitemberg Nunes Pereira (*O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 238), após traçar detalhadamente a evolução do princípio do devido processo legal substantivo, afirma que “nenhum outro instituto simbolizou tanto essa viragem hermenêutica em busca do ideal de justiça, por meio da abertura constitucional e de sua tendência à observância de valores e princípios não propriamente positivados, quanto o instituto do devido processo legal em sua vertente material”.

(54) Nesse sentido, a lição paradigmática e inovadora de Braga: “sucede que esses entes associativos não podem punir o associado ou o sócio por transgressão de normas legais ou estatutárias, sem assegurar-lhe um processo prévio pautado na lei e na razoabilidade. Deve ser respeitado o devido processo legal em suas facetas formal e material, seguindo-se um rito permeado por garantias mínimas como contraditório, ampla defesa, direito a provas, juiz natural, decisões fundamentadas etc. que se encerre com uma decisão equilibrada e proporcional (BRAGA, Paula Sarno. *Op. cit.*, p. 213).

geral, cabendo recurso para esta mesma assembleia, em caso de exclusão do associado.

Extraí-se do dispositivo legal que não havia qualquer previsão acerca do devido processo legal, ampla defesa ou contraditório, embora houvesse disposição legal acerca da necessidade de motivação no ato de expulsão do associado. Mesmo assim, tanto a doutrina⁽⁵⁵⁾ quanto a jurisprudência⁽⁵⁶⁾ já entendiam que

(55) Referindo-se ao art. 57, disse Venosa: “esse dispositivo disse menos do que devia; qualquer que seja a dimensão da sociedade ou a gravidade da conduta do associado, deve ser-lhe concedido amplo direito de defesa. Nenhuma decisão de exclusão de associado, ainda que o estatuto permita e ainda que decidida em assembleia geral convocada para tal fim, pode prescindir de procedimento que permita ao indigitado sócio produzir sua defesa e suas provas. O princípio, que poderia estar enfatizado nesse artigo do Código, decorre de princípios individuais e garantias constitucionais em prol do amplo direito de defesa (art. 5º, LV da Constituição). Processo sumário ou defeituoso para exclusão de sócio não resistirá certamente ao exame pelo Poder Judiciário. Isso é verdadeiro não somente para a pena de exclusão do quadro social, que é a mais grave; mas também para as demais penalidades que podem ser impostas, como advertência, repreensão, multa ou suspensão” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte Geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 288).

(56) “É nulo o procedimento de exclusão de associado dos quadros de associação, quando não se observa o devido processo legal nem as garantias dele decorrentes, tais como o contraditório e a ampla defesa, além de serem infringidas outras normas legais e estatutárias. — Os danos morais são presumidos no caso de violação à honra, pois se trata de direito personalíssimo, razão pela qual a negligência na instauração e no desenvolvimento de procedimento de exclusão irregular enseja o direito à indenização de cunho compensatório”. (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. Apelação Cível N. 2.0000.00.480020-4/000(1), da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Rel. Desembargador Elpidio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 30 jan. 2014. “Ação ordinária de Reintegração em sociedade recreativa. Direito de defesa não assegurado. Nulidade do ato. Independentemente da legitimidade ou não dos motivos que ensejaram a exclusão dos autores do quadro social, percebe-se, com clareza, que estes não tiveram assegurado o direito à ampla defesa, com previsão tanto na Constituição Federal, como no estatuto da entidade demandada. Por outro lado, ainda que pudesse superar o obstáculo formal, a

a cláusula do devido processo legal deveria ser observada para a aplicação da pena capital na entidade privada.

Embora as decisões advindas do Poder Judiciário obrigassem a aplicação do devido processo legal para a exclusão dos associados, não havia um enfrentamento direto acerca da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, tendo o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Recurso Extraordinário n. 201.819, finalmente, apontado o caminho a ser percorrido.

Na referida decisão, a Corte Suprema, ponderando a colisão firmada entre o princípio da autonomia privada *versus* o princípio do devido processo legal, decidiu que as relações privadas não são impermeáveis aos Direitos Fundamentais, devendo, ao revés, serem estes observados nas relações travadas entre particulares, sobretudo quando o ato for de aplicação de penalidade, onde se observará a motivação da decisão, assim como as garantias do contraditório e da ampla defesa⁽⁵⁷⁾.

versão apresentada pela ré para a punição aplicada não é consentânea com a realidade, pois, inexistiu cedência exclusiva da área comunitária, em seu favor, por parte da prefeitura e de particular, de modo que não poderia impedir que as pessoas se organizassem fora de suas regras, para a prática de futebol”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. Apelação Cível N. 70002714095, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rel. Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31.10.2002. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

(57) EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO

LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Recurso Ordinário n. 201819, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relª. Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2014.

Colhe-se, ainda, da aludida decisão, que o caráter público da atividade desenvolvida pela União Brasileira de Compositores e a dependência do vínculo associativo para o livre exercício profissional de seus sócios justificam a aplicação direta dos Direitos Fundamentais, máxime o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, demonstrando a Suprema Corte que quanto maior o poder privado, maior deve ser a aplicação das normas jusfundamentais na relação particular.

O debate acerca da ausência de um processo devido com possibilidade de contraditório e ampla defesa acirrou-se e o art. 57 do Código Civil foi alterado pela Lei n. 11.127/2005, passando o dispositivo a prever expressamente que o associado em risco de exclusão tem direito a tais garantias processuais, nos termos do estatuto, consagrando a Lei o que já vinha sendo feito para jurisprudência e ratificado pela doutrina.

Ou seja, hoje há ordem expressamente dirigida às entidades associativas, para que estas, no exercício de sua autonomia privada, prevejam o modo como o Direito Fundamental ao devido processo legal será observado na aplicação da penalidade de expulsão, não havendo margem para a não previsão da garantia nos estatutos.

É interessante perceber que há um silêncio na Lei Civil em relação à aplicação de outras sanções, como a suspensão ou advertência, embora doutrina⁽⁵⁸⁾ e jurisprudência não es-tejam fazendo distinção entre a aplicação da

(58) Eis a lição de Paula S. Braga (*op. cit.*, p. 218): “conclui-se, assim, com base nessa doutrina, que o dispositivo em questão [CC, art. 57] deve ser alvo de uma interpretação bem abrangente, para entender-se que assegurou não só a ampla defesa, mas, sim, um autêntico processo prévio orientado por *todas* as garantias inerentes ao devido processo legal – dentre elas, o direito a provas, a publicidade, a um julgador natural, a decisões fundamentadas e razoáveis. E mais, esse processo é exigível não só para a exclusão do associado, como também para infligir qualquer outro tipo de sanção (ex.: multa, suspensão de direitos etc.)”.

penalidade de expulsão ou outras mais leves, como dá conta a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO C/C DANOS MORAIS. CLUBE RECREATIVO. SUSPENSÃO DO SÓCIO DE FREQUENTAR O CLUBE POR TRINTA DIAS. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO⁽⁵⁹⁾.

Em relação às sociedades, o Código Civil silenciou relativamente, tendo-se que apenas o art. 44, § 2º prevê que “as disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades”. É dizer, todas as previsões contidas no art. 57, devem ser observadas nas relações travadas entre sociedade e sócio, sobretudo quando se tratar de risco de expulsão deste, ou aplicação de outras penalidades, sendo obrigatório o cumprimento do devido processo legal.

Nada obstante, o art. 1.085 o Código Civil estabelece o procedimento para exclusão de sócio minoritário das sociedades limitadas, dispondo expressamente que somente poderá se dar a pena capital por ato de “inegável gravidade”, devidamente apurado em assembleia convocada com tal fim, desde que o estatuto respectivo haja previsto a exclusão por justa causa, sendo, em todo caso, necessária a prévia ciência do acusado em tempo hábil, para que este possa comparecer à assembleia e apresentar defesa.

Advoga Braga, que o princípio-garantia do devido processo legal foi explicitamente previsto no indigitado dispositivo, quando da exclusão do sócio minoritário da sociedade limitada e que a regra deve ser aplicada por analogia em todas as formas societárias⁽⁶⁰⁾.

(59) RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. Apelação Cível N. 216167, rel. Desembargador Carlos Adilson Silva. Porto Alegre, 27.8.2009. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2014.

(60) BRAGA, Paula Sarno. *Op. cit.*, p. 219.

Em relação às sociedades cooperativas, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RE n. 158.215-RS) já possui julgado paradigmático, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio de Melo, decisão esta sempre apontada quando se fala em aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, como sendo a pioneira nesse sentido. Veja-se:

DEFESA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. EXAME. LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito — o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA. EXCLUSÃO DE ASSOCIADO. CARÁTER PUNITIVO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa⁽⁶¹⁾.

A controvérsia havida em torno da aplicação do devido processo legal e as garantias que lhe são decorrentes, quando se trata de aplicação de penalidades nas relações societárias ou

(61) DJ de 7.6.1996. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 jul. 2017.

associativas, hoje, diante das decisões da Corte Maior, não encontra mais tanta divergência.

10.2. Relações condominiais

Embora o condomínio não seja legalmente considerado pessoa física ou jurídica, o Código Civil lhe dedicou atenção especial, dispondo, inclusive, sobre as sanções pecuniárias que poderão ser aplicadas aos condôminos faltosos.

O art. 1.336, I do Código Civil elaborou um sistema de aplicação de penalidade de forma graduada, sendo certo que se o condômino, praticante dos atos previstos como faltas na convenção condominial, pode ser punido, de acordo com a forma posta no ferido dispositivo legal, penalidade a ser aplicada, logicamente, pelo próprio condomínio.

A Lei Civil não traz qualquer previsão acerca da possibilidade de outras sanções que não as pecuniárias já legalmente previstas, como a restrição de áreas comuns, ou até a expulsão do condômino.

No entanto, tanto a doutrina⁽⁶²⁾ quanto a jurisprudência⁽⁶³⁾ têm se inclinado sobre a necessidade de aplicação do devido processo legal — principalmente a necessidade de se apresentar uma justificativa para o ato — quando o condomínio desejar aplicar penalidades não pecuniárias, devidamente previstas na norma convencional.

(62) Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direitos Reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 299-307.

(63) É o que se extrai da decisão emanada do TJSP: “Medida cautelar. Direito de uso do salão de festas do condomínio obstado ao condômino inadimplente. Inadmissibilidade. Imposição injustificada de restrição ao uso das áreas comuns em decorrência da inadimplência. Violação ao direito de propriedade. Discussão da dívida em regular ação de cobrança e em consignatória, ambas em trâmite. Sentença mantida. Improvida a irresignação recursal. (São Paulo. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 0150356-03.2006.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado. Rel. Luiz Ambra. São Paulo, 4.7.2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19978391/apelacao-apl-1503560320068260000-sp-0150356-0320068260000-tjsp>>)

O Enunciado n. 92 do Conselho da Justiça Federal enfaticamente estabelece: “as sanções do CC 1.337 não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo”.

10.3. O dever de motivação na ação de despejo

O direito à habitação proveniente de contrato de locação é protegido pela Lei n. 8.245 de 1991, estabelecendo esta em seu art. 59 que tal direito somente pode ser suprimido mediante ação de despejo, devidamente fundada nos exclusivos motivos presentes nos nove incisos do indigitado dispositivo legal.

É dizer, necessariamente o direito de o proprietário reaver seu imóvel locado a inquilino faltoso, por qualquer outro motivo expressamente previsto em lei, somente pode se dar mediante ação própria e desde que haja uma razão, devidamente comprovada processualmente, a não ser, é lógico, que as partes livremente contemplem cláusula em contrário.

Nunca é demais lembrar que o direito ao trabalho, tal qual o direito à moradia, é um direito fundamental social e ambos possuem sindicabilidade extraída da própria Constituição.

11. A necessidade da motivação da despedida como consequência do devido processo legal aplicável à relação de emprego

Ao longo do tópico anterior observou-se que as normas civis, que possuem como um dos principais pilares a igualdade entre as partes, não dissentem quando o assunto é aplicação do dever de motivação dos atos punitivos nas entidades privadas, assim como também não ignoram o fato de que tal dever motivacional decorre do princípio do devido processo legal, paradigma legal acolhido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, inclusive através de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Viu-se, também, que todas as normas cíveis analisadas dispõem sobre o *due process of Law*,

bem assim as garantias que lhe são decorrentes nas relações privadas e que isso somente é possível diante da percepção de que todos os Direitos Fundamentais invadem os entes particulares de forma objetiva e irradiante, limitando a autonomia privada, sobretudo quando tais entidades são dotadas do que se convencionou chamar de poder privado.

Ora, se até as normas civis, que têm como paradigma a plena igualdade das partes, consagram o dever de motivação nas entidades privadas quando estas desejam aplicar penalidades aos seus componentes, com muito mais razão tal dever se impõe na relação de emprego, quando o empregador deseja a dispensa do empregado⁽⁶⁴⁾.

Isso ocorre porque a relação de emprego é eivada de forte poder social, sendo essa peculiaridade o principal motivo da observância dos assim denominados direitos laborais inespecíficos, como o devido processo legal e seus corolários, o dever de informação e o dever de motivação das decisões.

Quanto ao tema, é importante relembrar a lição de José João Abrantes, quando se refere à relação de emprego, pontificando que esta é eivada de grande desigualdade, sendo “precisamente aí, no caráter desigual dessas relações, que radica a necessidade de assegurar um efectivo exercício das liberdades”⁽⁶⁵⁾.

É certo, porém, que o art. 7º, I do Texto Constitucional consagrou como direito laboral específico — afirmando que o ordenamento jurídico brasileiro já defere a proteção contra a despedida arbitrária — a proteção à relação

de emprego em face da despedida arbitrária e o dever de motivação já está inserido em tal assertiva, sendo certo que a aplicação da cláusula do devido processo legal, como direito laboral inespecífico, serve para fornecer mais um supedâneo jusfundamental desenvolvido ao longo de séculos como proibição *mater* ao arbítrio.

O cidadão-trabalhador, pelo simples fato de se vincular a uma relação onde é dependente⁽⁶⁶⁾ não se despe da condição maior que é justamente a de ser humano, detentor de todos os Direitos e Garantias Fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, sendo a motivação do ato de dispensa, um direito laboral inespecífico antes mesmo, até, de ser específico.

O art. 165 da CLT dispõe que será considerada como despedida arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro⁽⁶⁷⁾. É dizer, se a Constituição contém proteção diretamente dirigida ao particular-empregador para que este não pratique despedida arbitrária, significa afirmar que não se pode despedir empregados sem que haja um dos motivos apontados no referido artigo da norma laborista, demonstrando o raciocínio que não pode o empregador despedir de forma vazia, pois, assim procedendo, estará praticando ato arbitrário⁽⁶⁸⁾.

(64) Em sentido exatamente idêntico e em outras palavras, já se manifestou Vecchi (*op. cit.*), assegurando que o STF já pôs fim à discussão acerca da aplicabilidade do princípio do devido processo legal às relações privadas, e tal garantia deve ser amplamente observada na relação de emprego, pois “se mesmo em relações marcadas por um maior patamar de igualdade entre as partes houve a aplicação do devido processo legal, no campo do poder disciplinar do empregador, por ser a relação assimétrica, essa aplicação se torna ainda mais cogente”.

(65) *Op. cit.*, p. 23.

(66) Esse é o termo técnico utilizado pela CLT e ora empregado para que se evitem futuras discussões acerca da subordinação clássica, objetiva, estrutural, reticular etc.

(67) Antônio Álvares da Silva (*op. cit.*, p. 253) não concorda com esse ponto de vista, dizendo que “essa opinião não pode ser aceita”, pois o art. 165 da CLT define o que vem a ser a dispensa arbitrária e, a *contrario sensu*, “a dispensa que se baseia em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro não é protegida pela Constituição, ou seja, situa-se na área de permissibilidade jurídica.

(68) Essa também é a conclusão do Ministro Mauricio Godinho Delgado (*Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 1.186), para quem o Direito do Trabalho brasileiro ainda não logrou incorporar, como regra geral, a necessidade de motivação e que se isso ocorresse, “levaria ao fim da dispensa meramente arbitrária no mercado laborativo do país, que se realiza por meio de simples ato potestativo empresarial”.

Em obra que precisou com maestria a questão em análise, Valdete Souto Severo ressaltou que “arbitrário é sinônimo de destituído de motivos lícitos, e a motivação é, necessariamente, dever de quem tem a obrigação de motivar”⁽⁶⁹⁾.

Relembre-se, ainda assim, que o Código Civil de 2002, em seu art. 122, parece dialogar com a tese ora defendida, dispondo que entre as condições defesas por lei se incluem as que sujeitarem o negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes.

Transplantando o regramento civilista para a contratação de emprego, é fácil perceber que o empregador não pode concentrar em suas mãos o arbítrio de dissolução do negócio jurídico, ou seja, não pode ele próprio decidir, por puro talante e sem qualquer motivação, o fim da relação de emprego, pois, assim procedendo, praticará ato defeso por Lei.

Pensar o contrário é permitir que as relações cíveis possuam regramento protetivo maior que o regramento constitucional trabalhista que, segundo os mais ortodoxos, permite a denúncia contratual vazia, sem qualquer motivação.

O raciocínio do arbítrio, concentrado na suposta possibilidade de o empregador despedir de forma vazia não se justifica em um Estado que, antes de ser de Direito, é Democrático, e põe toda a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, que não pode ser, de modo algum, ignorado pela livre-iniciativa (CRFB/88, art. 170, *caput*).

O entendimento em voga, constituído em torno do direito potestativo da despedida, além de ser ato antijurídico, contrário à Constituição de ao próprio Código Civil, atenta, inclusive, contra o modelo estabelecido para a proteção dos Direitos Sociais.

Tenha-se como exemplo a Lei n. 8.245 de 1991, que protege o direito de habitação

(CRFB, art. 6º) do inquilino, somente permitindo que este deixe o imóvel contra a sua vontade, desde que haja um motivo relevante, expressamente apontado pela aludida Lei.

Se o direito de habitação (melhor dizendo, o direito social à moradia) é acobertado por norma de tal conotação, onde as partes são plenamente iguais, com mais razão ainda o mesmo raciocínio deve ser utilizado em relação ao direito ao trabalho, igualmente previsto na Constituição no rol dos Direitos Sociais.

Diante da análise das normas civilistas que pregam e asseguram a motivação quando as entidades privadas desejam aplicar penalidades, resta evidente que há uma grande aporia firmada em torno da ideia de faculdade de o empregador despedir empregados sem qualquer apresentação de motivos, justamente na relação de emprego, extremamente assimétrica e permeada de forte poder social, onde o dever de apresentação de motivos se faz ainda mais necessário.

A função de um Estado que se propõe comprometido com a realização dos Direitos Fundamentais é questionável diante da ausência da desejada Lei Complementar para regulamentar o art. 7º, I do Texto Constitucional de 1988, em evidente desproteção para os trabalhadores. O que é mais curioso é que a insuficiente proteção estatal se dá exatamente na relação cujo paradigma principal é a proteção do ser humano trabalhador.

As soluções para a aporia apresentada são diversas, desde a mais simples, até as mais ouvidas, segundo a qual tal dispositivo é direito de liberdade⁽⁷⁰⁾ e, como tal, deve ser interpretado

(69) SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 135.

(70) Nesse trilhar, concordando que os Direitos Fundamentais Sociais não se encerram na sua função prestacional, Sarlet já asseverou que grande parte dos direitos dos trabalhadores, presentes nos arts. 7º a 11 da nossa Constituição, “são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas”, deixando evidenciado que, no rol aludido assim como nos demais dispositivos que

tendo-se a sua mais alta eficácia, passando pela eficácia plena da primeira parte do Texto Constitucional analisado, possuindo a segunda parte baixa eficácia normativa, até se chegar à eficácia do devido processo legal na relação de emprego, sendo o dever motivacional uma de suas peculiaridades.

12. Notas conclusivas

O Estado-Legislador é objetivamente vinculado ao Texto Constitucional. Significa dizer que ao exercer o seu mister, o Poder Legislativo não é livre, não desempenha atividade originária, sendo, ao revés atrelado à Constituição Federal de 1988.

Ignorando essa premissa, o art. 477-A da CLT permite a equivalência entre as despedidas individuais e coletivas, estatuinto em ambas a permissão da denúncia contratual vazia, em clara ofensa ao art. 7º, I da Constituição Federal de 1988, bem assim ao princípio do devido processo legal, que vincula entidades estatais e particulares e, como direito laboral inespecífico, penetra na relação de emprego, impedindo a cessação contratual sem motivos socialmente justos.

13. Referências bibliográficas

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do Direito do Trabalho. In: *Revista do TRT da 9ª Região*, Curitiba ano 35, n. 65, jul./dez. 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BRAGA, Paula Sarno. *Direitos fundamentais como limites à autonomia privada*. Salvador: JusPodivm, 2008.

tratam de Direitos Sociais, há direitos prestacionais e direitos de defesa, sendo mais coerente tratar estes últimos como “liberdades sociais” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado 2009. p. 174).

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relação de emprego*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

GOMES, Fábio Rodrigues. *Direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Vol. I. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003.

IBARRECHE, Rafael Sastre. *El derecho al trabajo*. Madrid: Trotta, 1996.

LUÑO, Pérez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1984.

MARTINEZ, Luciano. *Condutas antissindicaís*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELES, Edilton. *A Constituição do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

_____. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível N. 2.0000.00.480020-4/000(1)*, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais sociais*. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível n. 70002714095*, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rel. Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31.10.2002. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível n. 216167*, rel. Desembargador Carlos Adilson Silva. Porto Alegre, 27.8.2009. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ, n. 1, abr. 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola; SALADINI, Ana Paula Sefrin. Da limitação do poder de despedir — a aplicação do art. 7º, I, da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais. In: *Revista LTr*, v. 74, n. 02, p. 74-02/242-74-02/250, fev. 2010.

SILVA, Antônio Álvares da. *A Convenção n. 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996.

_____. *Proteção conta a dispensa na nova Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

O princípio da vedação do retrocesso e a judiciabilidade de medidas regressivas em matéria de direitos sociais

Laísa Lacerda^(*)

Resumo:

- ▶ Neste trabalho, procuramos analisar o papel do Judiciário na efetivação de direitos sociais e, principalmente, na análise de medidas regressivas à luz do princípio da vedação do retrocesso. Para isso, na busca por parâmetros para aplicação do princípio, será feita uma análise da jurisprudência do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), da Corte Constitucional da Colômbia, da Suprema Corte Argentina e do Supremo Tribunal Federal. Por fim, a partir do estudo da jurisprudência desses quatro órgãos, será feita uma proposta de consolidação de parâmetros a serem utilizados para a análise da constitucionalidade de medidas regressivas em matéria de direitos sociais.

Palavras-chave:

- ▶ Judicialização — Direitos Sociais — Princípio da vedação do retrocesso.

Abstract:

- ▶ The purpose of this essay is to discuss the role of the Judiciary in the promotion of social rights and in the analysis of regressive measures. In the first section, the text focuses on the analysis of the jurisprudence of the following courts: the Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), the Constitutional Court of Colombia, the Argentine Supreme Court and the Federal Supreme Court. In the second section, the text seeks to specify the parameters for the application of the principle of non-regression and to the analysis of the constitutionality of regressive measures in social rights.

Key-words:

- ▶ Judicialisation — Social Rights — Principle of non-regression.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A judiciabilidade dos direitos sociais e das medidas regressivas

(*) Mestranda em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Servidora do Tribunal

de Justiça do Rio de Janeiro, atualmente cedida ao Supremo Tribunal Federal.

- ▶ 2.1. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
- ▶ 2.2. Corte Constitucional da Colômbia
- ▶ 2.3. Corte Suprema de Justicia de la Nación — Suprema Corte Argentina
- ▶ 2.4. Supremo Tribunal Federal
- ▶ 3. A aplicação do princípio da vedação do retrocesso
 - ▶ 3.1. Presunção de inconstitucionalidade e inversão do ônus da prova
 - ▶ 3.2. Princípio da vedação do retrocesso e o princípio da proporcionalidade
 - ▶ 3.3. Núcleo essencial dos direitos
 - ▶ 3.4. Mínimo existencial
- ▶ 4. Conclusão
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

Os direitos sociais receberam papel de destaque na Constituição de 1988, que reconheceu, expressamente, sua natureza de direitos fundamentais. A dimensão social da Constituição faz parte do seu núcleo duro, exigindo a atuação do Estado na promoção e na efetivação desses direitos e impedindo que o Poder Público “cerre os olhos para as profundas desigualdades fáticas existentes na sociedade”⁽¹⁾.

O tema da efetivação dos direitos sociais torna necessário debater o papel do Judiciário nesse campo. O ativismo judicial em matéria de direitos sociais vem recebendo inúmeras críticas por parte da doutrina constitucional, que vê, nessa atuação, problemas relacionados, principalmente, à chamada dificuldade contra-majoritária e à desigualdade no acesso à justiça.

Além do mais, a natureza de realização progressiva dos direitos sociais⁽²⁾ torna importante

a discussão sobre o princípio da vedação do retrocesso. É certo que a margem de conformação do Poder Público se vê muito reduzida pelos direitos fundamentais, que estabelecem limites ao processo democrático de tomada de decisões políticas⁽³⁾. No entanto, não se pode defender uma aplicação absoluta do princípio da vedação do retrocesso, sob pena de engessar o legislador e o administrador, transformando-os em órgãos de mera execução das decisões constitucionais⁽⁴⁾ e, mais ainda, em órgãos de mera execução de decisões tomadas anteriormente em momentos políticos e econômicos diferentes, gerando um problema de democracia intergeracional.

Buscaremos, nesse trabalho, apresentar parâmetros para a aplicação do princípio da vedação do retrocesso que possibilitem a proteção aos direitos sociais sem eliminar a margem de conformação do legislador e do administrador. Em épocas de crise econômica,

(1) BRANDÃO, Rodrigo. Entre a Anarquia e o Estado do Bem-Estar Social: Aplicações do libertarianismo à filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria da Constituição Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 572.

(2) A noção de realização progressiva dos direitos sociais leva em conta que a efetivação desses direitos depende, muitas vezes, da disponibilização de recursos orçamentários e da implementação de políticas públicas, o que compromete uma realização plena imediata. Essa concepção, no entanto, não deve ser

interpretada no sentido de frustrar a exigibilidade desses direitos e de legitimar uma omissão infundada do Poder Público.

(3) PULIDO, Carlos Bernal. O Caráter Fundamental dos Direitos Fundamentais. *Revista de Direito do Estado*, ano 5, n. 19-20, p. 19, jul./dez. 2010.

(4) SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009, p. 137.

nas quais o corte de gastos em direitos sociais costuma aparecer como pauta de governo, resta-nos tentar concluir quando estamos diante de uma atuação legítima do Poder Público.

Para isso, analisaremos, primeiramente, as possibilidades e as críticas à atuação do Judiciário na efetivação dos direitos sociais. Na segunda parte do trabalho, na busca por parâmetros para aplicação do princípio, será feita uma exposição sobre a jurisprudência do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), da Corte Constitucional da Colômbia, da Suprema Corte Argentina e do Supremo Tribunal Federal. Na terceira e última parte, serão apresentadas as sugestões de parâmetros a serem utilizados para a aferição da constitucionalidade de medidas regressivas.

2. A judiciabilidade dos direitos sociais e das medidas regressivas

Na literatura jurídica, encontramos inúmeras críticas quanto à atuação do Judiciário na implementação de direitos sociais, a maioria delas girando em torno do alegado déficit democrático desse Poder para interferir nas escolhas do Legislativo e do Executivo. Buscaremos, nesse primeiro tópico, elaborar uma breve síntese das principais críticas à judicialização dos direitos sociais para, posteriormente, apontar os parâmetros para a judiciabilidade das medidas regressivas.

O primeiro grupo de críticas é aquele de caráter democrático. A dificuldade contramajoritária do Poder Judiciário, decorrente do fato de que os juízes, apesar de não serem eleitos, podem interferir nas decisões adotadas pelo Legislativo e Executivo, Poderes cujos representantes são escolhidos pelo povo, aparece constantemente como forma de defender a não judiciabilidade dos direitos sociais. Para seus defensores, a concretização de direitos sociais pelo Judiciário seria antidemocrática por ser conduzida por agentes que não passaram pelo crivo do voto⁽⁵⁾. Apesar de essa

crítica não ser uma peculiaridade da atuação judicial em matéria de direitos fundamentais, estando presente também no controle de constitucionalidade⁽⁶⁾ e nas demais interferências do Judiciário nos outros Poderes, ela se agrava nesse tema, principalmente porque a atuação do Judiciário, nesses casos, envolve a liberdade política de alocação de recursos⁽⁷⁾.

No entanto, não devemos concluir que sempre que o Judiciário interfere nas escolhas dos demais Poderes ele atua de forma não democrática⁽⁸⁾. Primeiramente porque, muitas vezes, o Judiciário atua em sintonia com a vontade da população, que nem sempre é bem representada no Legislativo⁽⁹⁾. Além do mais, a democracia não deve ser entendida como a mera prevalência da vontade das maiorias, mas como um ideal político que envolve também

NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 522-525.

- (6) Nesse sentido, ver WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, p. 1.346-1.406, 2006.
- (7) PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 03, p. 2.080-2.114, 2015.
- (8) Daniel Sarmento defende que a relação entre jurisdição constitucional e democracia envolve uma tensão sinérgica. A sinergia se verifica porque o exercício adequado do controle de constitucionalidade (ou, nesse caso, da implementação de direitos sociais) pode proteger os pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia. No entanto, há uma tensão potencial quando se revelam exageros que cerceiem a possibilidade de autogoverno. Nesse sentido ver SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel. (Orgs.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 83-84.
- (9) Em sentido próximo, Cass Sunstein defende que a previsão de direitos sociais na Constituição pode servir não para esvaziar a deliberação democrática, mas para assegurar que o processo democrático dê a devida atenção a interesses que poderiam ser negligenciados no debate ordinário. Ver SUNSTEIN. Cass R. Social and Economic Rights? Lesson from South Africa. *U of Chicago, Public Law Working Paper*, n. 12; *U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper*, n. 124, 2001.

(5) SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA

o respeito aos direitos fundamentais e valores democráticos⁽¹⁰⁾. O Judiciário atuaria, nesses casos, para garantir o cumprimento das regras e condições procedimentais para o exercício da democracia, uma vez que as condições econômicas e sociais dos indivíduos são precondições para uma participação livre e igualitária no processo político⁽¹¹⁾.

Outro grupo de críticas diz respeito à escassez de recursos públicos. A questão principal seria a chamada reserva do possível, que vincularia a possibilidade e a extensão da atuação estatal na efetivação dos direitos fundamentais à existência de recursos públicos disponíveis⁽¹²⁾. No entanto, a invocação do princípio da reserva do possível não comporta alegações genéricas de falta de recursos, devendo haver a efetiva comprovação da mesma, podendo o Judiciário controlar as escolhas alocativas dos recursos pelos poderes públicos para que se verifique sua compatibilidade com as prioridades que derivam da nossa Constituição.

Além disso, não apenas as decisões judiciais envolvendo direitos sociais possuem um impacto orçamentário, mas todas aquelas ações em que o Estado figura como parte, como, por exemplo, aquelas que tratam sobre

a remuneração de servidores públicos e que envolvem questões tributárias⁽¹³⁾.

Importante ressaltar que a ideia de que os direitos civis e políticos geram, por sua estrutura, deveres unicamente negativos, e que, por outro lado, os direitos sociais comportam necessariamente obrigações positivas que exigem recursos públicos parte de uma visão simplista sobre os direitos individuais e sociais, por vezes acompanhada de uma objeção de ordem econômica para o reconhecimento e eficácia dos direitos sociais. Os direitos civis e políticos não implicam apenas em deveres de abstenção, exigindo, muitas vezes, prestações do Estado que necessitam de um grande volume de recursos públicos. Exemplo disso é o direito à segurança, que exige, para sua concretização, imensos gastos do Estado com segurança pública, que em muito superam os gastos com diversos direitos sociais⁽¹⁴⁾.

Outra crítica à judiciabilidade dos direitos sociais diz respeito à capacidade institucional do Judiciário para atuar em matéria de implementação de direitos sociais. Seus expoentes defendem que o Poder Judiciário não teria o conhecimento técnico necessário para verificar, no campo das políticas públicas, qual a melhor providência a ser adotada⁽¹⁵⁾. Essas

(10) SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 82-83.

(11) NINO, Carlos Santiago. *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad, Cuadernos y debates, fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad* — Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 125-128.

(12) Costuma-se distinguir entre reserva do possível fática e reserva do possível jurídica. A reserva fática se relaciona aos limites dos recursos públicos disponíveis para a satisfação do direito prestacional, enquanto a reserva jurídica se relaciona com a previsão orçamentária, com a destinação dos recursos à realização da despesa exigida para a efetivação do direito. Nesse sentido, ver SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 230.

(13) PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 03, p. 2.080-2.114, 2015.

(14) Nesse sentido, ver ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 28, PISARELLO, Gerardo. El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia. In: ABRAMOVICH, Víctor; AÑON, María José; COURTIS, Christian (Orgs.). *Derechos sociales, instrucciones de uso*. México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003. p. 23-53; SUNSTEIN. Cass R. Social and Economic Rights? Lesson from South Africa. *U of Chicago, Public Law Working Paper*, n. 12; *U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper*, n. 124, 2001.

(15) SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Judiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização*

críticas, no entanto, partem, muitas vezes, de uma “visão idealizada da Administração e demais instâncias técnicas, pressupondo um grau ótimo de racionalidade e eficiência”⁽¹⁶⁾, o que muitas vezes não se verifica na prática. A resposta a essas críticas não pode estar na negação da possibilidade de atuação judicial para a implementação dos direitos sociais, mas na busca por soluções que amenizem essa dificuldade técnica, como a cooperação entre os Poderes, a oitiva de peritos, a intervenção de *amici curiae* e a elaboração de audiências públicas.

O último grupo de críticas a ser abordado nesse trabalho é aquele que gira em torno da desigualdade quanto ao acesso à justiça. O acesso desigual à justiça em razão dos custos, muitas vezes altos, de um litígio, provocaria um efeito desigual na efetivação de direitos sociais, transferindo recursos que poderiam ser utilizados em políticas públicas que atenderiam toda a população ou a parte menos favorecida para um grupo de privilegiados com recursos suficientes para ingressar com demandas, tendo em vista que a classe média seria a que mais frequentemente acessa o Poder Judiciário. Esse argumento, no entanto, peca por utilizar a desigualdade de acesso para negar os direitos sociais não só à classe média, mas a todos⁽¹⁷⁾. A solução a essas críticas é aumentar o acesso à justiça dos mais vulneráveis, o que já tem se verificado na prática, principalmente por meio do instituto da assistência judiciária gratuita, da criação dos Juizados Especiais e do fortalecimento das Defensorias Públicas.

Não há, portanto, como se sustentar a não judiciabilidade dos direitos sociais. As medidas regressivas, como medidas cujo objetivo é a

restrição ou a supressão de direitos fundamentais, o que significaria um retrocesso no nível de gozo ou exercício de um direito protegido, podem ser levadas ao Judiciário, a fim de que seja verificada a sua constitucionalidade⁽¹⁸⁾. Não há dúvidas de que a margem de conformação do Poder Público se vê muito reduzida pelos direitos fundamentais, que estabelecem limites ao processo democrático de tomada de decisões políticas⁽¹⁹⁾.

No entanto, não se pode negar que muitas medidas regressivas, especialmente aquelas estruturais, ligadas aos direitos trabalhistas e à previdência, guardam proximidade com o tema da intervenção do Estado na ordem econômica, matéria na qual o legislador e o administrador têm maior margem para atuação. Dessa forma, a fim de que não seja retirada toda a liberdade de conformação do Legislador, devem ser estabelecidos parâmetros para a sua análise judicial. Em busca da construção desses parâmetros, analisaremos a jurisprudência do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC), da Corte Constitucional da Colômbia, da Suprema Corte Argentina e do Supremo Tribunal Federal.

A escolha da análise da jurisprudência do CDESC se deu em razão de ser ele o órgão internacional responsável pela uniformização da interpretação das obrigações previstas no PDESC, uma das principais origens do princípio da vedação do retrocesso. Já a escolha pela Corte Constitucional da Colômbia e da Suprema Corte Argentina ocorreu em razão das semelhanças econômicas e culturais desses países com o Brasil. Diante das crises econômicas pelas quais passaram esses países, muitos governos adotaram medidas regressivas em

e direitos sociais em espécie. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 529-530.

(16) PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 03, p. 2080-2114, 2015.

(17) SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *op. cit.*, p. 534.

(18) SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Último acesso em: 10 out. 2016.

(19) PULIDO, Carlos Bernal. O Caráter Fundamental dos Direitos Fundamentais. *Revista de Direito do Estado*, ano 5, n. 19-20, p. 19, jul./dez. 2010.

matérias de direitos sociais. No atual cenário brasileiro, o estudo das experiências desses países pode acrescentar muito para a escolha de uma alternativa diferente para o Brasil.

2.1. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) é um órgão das Nações Unidas criado em 1985, com a finalidade de avaliar o cumprimento do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) pelos países signatários.

O Comitê, a nível internacional, é o órgão que envidou maiores esforços para determinar o conteúdo normativo dos direitos e obrigações estatais estabelecidos no PIDESC. Essa tarefa foi realizada, principalmente, por meio da emissão de Observações Gerais e das Observações Finais. As Observações Gerais procuram definir, com maior precisão, as principais obrigações dos Estados-Partes em relação ao Pacto⁽²⁰⁾, uniformizando a interpretação sobre o seu conteúdo. Já as Observações Finais fazem parte da função de monitoramento periódico do cumprimento do Pacto por seus signatários. Esse processo de monitoramento consiste na análise dos informes emitidos ao Comitê sobre a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais nos países signatários e na emissão das Observações Finais, que são recomendações dirigidas aos Estados para melhor aplicação do Pacto⁽²¹⁾.

(20) ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 67-68.

(21) Nas Observações Finais, não encontramos referências ao princípio da não regressividade. Esses documentos limitam-se a analisar a situação fática dos DESC (direitos econômicos, sociais e culturais) nos Estados partes e emitir recomendações, sem densificar o motivo da violação, ou não, ao Pacto e sem fazer qualquer referência aos parâmetros estabelecidos nas Observações Gerais. Por esse motivo, as Observações Finais não serão analisadas neste trabalho. Além do mais, o trabalho do Comitê enfrenta dificuldades por carecer de indicadores adequados e de uma metodologia apropriada para contrastar a ação dos Estados com as obrigações e parâmetros

Apesar de sua “jurisprudência” não ter efeito vinculante, as Observações Gerais constituem a interpretação autorizada do conteúdo normativo do PIDESC, devendo ser levadas em consideração no momento de aplicação do PIDESC pelos órgãos internos. Fala-se, hoje, em um “constitucionalismo cosmopolita”⁽²²⁾, caracterizado por uma crescente interação entre o direito interno e o direito internacional, que se auxiliam no processo de tutela dos direitos humanos, superando a visão clássica que os enxergava como ordenamentos estanques⁽²³⁾. Observa-se uma crescente invocação do Direito Internacional dos Direitos Humanos na interpretação constitucional, o que torna o debate mais rico e com uma perspectiva mais ampla e menos provinciana das questões discutidas⁽²⁴⁾. Apesar de os intérpretes locais

estabelecidos nas Observações Gerais, o que é agravado pela grande quantidade de questões que deve abordar em um breve período de tempo em seu monitoramento. Nesse sentido, ver ROSSI, Julieta. La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: COURTIS, Christian (Org.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 107.

(22) SUSTEIN, Cass R. *A Constitution of Many Minds*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 189; apud SARMENTO, Daniel. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. In: ALVES, Cândice Lisboa (Org.). *Vulnerabilidades e invisibilidades: desafios contemporâneos para a concretização dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 24-25.

(23) ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002. p. 70-71. No mesmo sentido, Mattias Kumm defende que, com a superação do debate entre monismo e dualismo, é necessário elaborar uma estrutura normativa para pensar a relação entre normas nacionais e internacionais. O autor apresenta um modelo constitucionalista que conecte o constitucionalismo democrático e doutrinas constitucionais que definam os termos de compromisso entre normas nacionais e internacionais. Ver KUMM, Mattias. *Democratic constitutionalism encounters international law: terms of engagement*. In CHOUDHRY, Sujit (Org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 256-273.

(24) SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 24-25.

da Constituição não estarem vinculados de modo absoluto à orientação dos órgãos internacionais, é necessário que se atribua o devido peso argumentativo às fontes transnacionais, buscando um modelo de engajamento com o Direito Internacional, em que há, ao mesmo tempo, uma abertura para o diálogo transnacional e uma preocupação com o respeito à cultura constitucional local⁽²⁵⁾. Assim, uma vez que o Pacto foi incorporado ao nosso ordenamento, ainda que com hierarquia suprallegal⁽²⁶⁾, o intérprete local está vinculado

às suas obrigações, devendo conhecer a interpretação realizada pelos órgãos internacionais responsáveis e dar-lhe a devida importância.

Buscaremos, portanto, expor o conteúdo e o alcance do princípio da não regressividade na interpretação do Comitê, por meio na análise das Observações Gerais que tratam sobre a matéria.

A primeira Observação Geral que se referiu à não regressividade foi a Observação Geral n. 3, de 1989, sobre o caráter das obrigações dos Estados-Partes. Nesse documento, o Comitê fixou que todas as medidas de caráter deliberadamente retroativo requerem uma consideração mais cuidadosa e deverão ser justificados plenamente por referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e em um contexto de aproveitamento pleno do máximo de recursos disponíveis⁽²⁷⁾.

No mesmo sentido, na Observação n. 14, de 2000, sobre direito à saúde, o Comitê estabeleceu que existe uma forte presunção de que não são admissíveis as medidas regressivas adotadas com relação ao direito à saúde. No caso de adoção dessas medidas, cabe ao Estado demonstrar que aplicou o exame mais exaustivo de todas as alternativas possíveis e que essas medidas estão devidamente justificadas por referência à totalidade dos direitos enunciados no Pacto e em relação à plena utilização do máximo de recursos disponíveis do Estado-Parte⁽²⁸⁾.

diálogos e tensões. In: ALVES, Cândice Lisboa (Org.). *Vulnerabilidades e invisibilidades: desafios contemporâneos para a concretização dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 21.

(25) *Ibidem.*, p. 28-29.

(26) O *status* dos tratados de direitos humanos em nosso ordenamento jurídico passou por uma significativa mudança na jurisprudência do STF. A primeira posição adotada pelo tribunal, ao analisar a validade da prisão civil do depositário infiel, autorizada pela Constituição Federal de 1988, mas vedada pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, foi a de que esses documentos possuiriam hierarquia legal, semelhante à hierarquia dos demais tratados internacionais. (ver HC 72.131-RJ, relator para acórdão Min. Moreira Alves, j. 22.11.1995). No entanto, a EC n. 45/2004 inseriu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, que recebeu a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” Dessa forma, segundo esse preceito, os tratados de direitos humanos aprovados por esse procedimento terão *status* de emenda constitucional. Após a edição dessa EC, o STF revisitou o tema e mudou seu entendimento, passando a atribuir a esses tratados hierarquia suprallegal, mas infraconstitucional. (ver RE n. 466.343-1, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 5.6.2009). Em que pese a atual posição do Supremo, ainda há na doutrina quem defenda a natureza interpretativa do art. 5º, § 3º, da CF, defendendo o *status* constitucional de todos os tratados de direitos humanos, inclusive os incorporados anteriormente à modificação feita pela EC n. 45/2004. (Nesse sentido, PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 104). Filiamos-nos à posição consolidada pelo STF, em razão inflação constitucional que a última posição provocaria, uma vez que o Brasil é signatário de inúmeros tratados internacionais que podem ser considerados como de direitos humanos, como, por exemplo, as inúmeras convenções da Organização Internacional do Trabalho, o que geraria uma insegurança quanto à extensão e ao teor da Constituição. Nesse sentido, ver SARMENTO, Daniel. O Direito Constitucional e o Direito Internacional:

(27) Note-se que, para o Comitê, a consideração do máximo de recursos disponíveis deve incluir também os recursos provenientes da cooperação e assistência internacional. Nesse sentido, ver Observações Gerais n. 13, parágrafo 56, n. 14, parágrafos 38-42 e n. 15, parágrafos 30-36. Ver ROSSI, Julieta. La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: COURTIS, Christian. (Org.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 93.

(28) Observação Geral n. 14, parágrafo 32. No mesmo sentido, Observação Geral n. 13, de 1999, sobre direito

Essa ideia foi desenvolvida na Observação Geral n. 19, de 2009, sobre o direito à seguridade social, na qual o CDESC afirmou que, verificada a ocorrência de uma medida regressiva, o Comitê deverá examinar detidamente; i) se houve uma justificação razoável das medidas; ii) se houve um estudo exaustivo sobre possíveis alternativas; iii) se houve uma verdadeira participação dos grupos afetados no exame das medidas e alternativas propostas; iv) se as medidas são direta ou indiretamente discriminatórias; v) se as medidas provocam um efeito injustificado nos direitos adquiridos em matéria de seguridade social ou se priva alguma pessoa ou grupo do acesso ao nível mínimo indispensável de seguridade social; e vi) se houve um exame independente das medidas a nível nacional⁽²⁹⁾.

Além do mais, na Observação Geral n. 3, o Comitê firmou que os Estados têm obrigações mínimas em relação a cada um dos direitos protegidos no Pacto⁽³⁰⁾. Essa ideia foi desenvolvida na Observação Geral n. 14, na qual o Comitê afirmou que os Estados-partes não podem, em nenhuma circunstância, justificar o não cumprimento das obrigações básicas enunciadas no parágrafo 43, que menciona o conteúdo mínimo, uma vez que são obrigações inderrogáveis⁽³¹⁾. Na mesma Observação, afirmou que a adoção de qualquer medida regressiva que seja incompatível com as obrigações básicas constitui uma violação do direito à saúde, incluindo como violações a revogação

ou suspensão da legislação necessária para a contínua fruição do direito à saúde e a promulgação de normas ou adoção de políticas que sejam manifestamente incompatíveis com as obrigações nacionais e internacionais relativas ao direito à saúde⁽³²⁾.

Interpretando o art. 4º do PIDESC, que trata sobre as limitações aos direitos previstos no Pacto, o Comitê estabeleceu que as restrições “devem ser estritamente necessárias para a promoção do bem-estar geral em uma sociedade democrática”⁽³³⁾ e que essas limitações devem ser proporcionais, sendo a menos restritiva entre os tipos de limitações possíveis, além de ter uma duração limitada no tempo e sujeita à revisão⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾.

Em relação à igualdade de direitos entre homens e mulheres, o Comitê entendeu, ainda, que a adoção e aplicação de medidas regressivas que afetem a igualdade do direito do homem e da mulher quanto ao gozo de todos os direitos enunciados no Pacto constitui uma violação ao art. 3º do referido documento⁽³⁶⁾.

Na Observação Geral n. 18 de 2006, relativa ao direito ao trabalho, o Comitê exemplificou uma série de medidas consideradas regressiva e, conseqüentemente, violadoras do direito ao trabalho, quais sejam i) a denegação de acesso ao trabalho a certos indivíduos ou grupos em razão de discriminação verificada na legislação ou na prática; ii) a suspensão da legislação necessária para o exercício do direito ao trabalho; iii) a aprovação de leis ou de políticas manifestamente incompatíveis com obrigações jurídicas internacionais relacionadas ao direito ao trabalho⁽³⁷⁾.

Por fim, recentemente, na Observação Geral n. 23, de março de 2016, sobre o direito a

à educação, parágrafo 45, Observação Geral n. 15, de 2002, sobre direito à água, parágrafo 19, Observação Geral n. 17 de 2006, sobre direitos autorais, parágrafo 27, Observação Geral n. 18 de 2006, sobre direito ao trabalho, parágrafo 21, Observação Geral n. 21, de 2010, sobre o direito à participação da vida cultural, parágrafo 46 e 65.

(29) Observação Geral n. 19, parágrafo 42

(30) Observação Geral n. 3, parágrafo 10.

(31) ROSSI, Julieta. La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: COURTIS, Christian (Org.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 97.

(32) Observação Geral n. 14, parágrafo 48. No mesmo sentido, ver Obrigação Geral n. 15, sobre direito à água, parágrafo 42, Observação Geral n. 17, parágrafo 42.

(33) Observação Geral n. 14, parágrafo 28.

(34) Observação Geral n. 14, parágrafo 29.

(35) ROSSI, Julieta, *op. cit.*, p. 102.

(36) Observação Geral n. 16 de 2005, parágrafo 42.

(37) Observação Geral n. 17, parágrafo 34.

condições justas e favoráveis de trabalho, o Comitê estabeleceu que, se um Estado adota uma medida regressiva, por exemplo, em resposta a uma crise econômica, ele deve demonstrar que essas medidas são temporárias, necessárias, não discriminatórias e que respeitam, ao menos, suas observações básicas, reforçando o entendimento no sentido de que, se os Estados enfrentam dificuldades consideráveis para promover a efetivação progressiva do direito ao trabalho devido à falta de recursos nacionais, esses têm a obrigação de solicitar a cooperação e a assistência internacionais⁽³⁸⁾.

2.2. Corte Constitucional da Colômbia

Antes de iniciarmos a exposição sobre a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia sobre a matéria, devemos ter em mente que, nesse país, o PIDESC, como norma de direitos humanos é parte integrante da Constituição em virtude do disposto em seu art. 93⁽³⁹⁾, fazendo parte do bloco de constitucionalidade⁽⁴⁰⁾.

Antes de 2001, era possível encontrar nos julgados da Corte Constitucional da Colômbia duas posições extremas: a primeira não reconhecia qualquer eficácia normativa à proibição

do retrocesso e a segunda via, no princípio, uma regra absoluta. A partir de 2001, a Corte Constitucional passou a adotar uma posição intermediária⁽⁴¹⁾, segundo a qual as medidas regressivas se presumem inconstitucionais, mas podem ser justificadas se as autoridades demonstrarem que são medidas necessárias para alcançar objetivos imperiosos⁽⁴²⁾.

Em razão da vasta jurisprudência da Corte na matéria — existem mais de 190 registros com a busca “principio de regresividad” —, apresentaremos, neste trabalho, apenas algumas sentenças que exemplificam a forma como a Corte vem aplicando o princípio, principalmente nas ações de tutela e nas ações públicas de inconstitucionalidade.

A Corte definiu como regressivas as medidas que: i) recortam ou limitam o âmbito substantivo de proteção do respectivo direito; ii) aumentam substancialmente os requisitos exigidos para ter acesso ao direito; e iii) diminuem sensivelmente os recursos públicos destinados à satisfação do direito quando essa diminuição ocorre antes que seja verificado o cumprimento satisfatório da respectiva prestação⁽⁴³⁾.

A primeira característica da posição intermediária, atualmente consolidada pela Corte, é a de considerar o princípio como um limite à liberdade de conformação do legislador e do administrador, estabelecendo uma presunção

(38) Observação Geral n. 23, parágrafo 52

(39) “Artículo 93: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.

(40) Nesse sentido, ver Sentencias T-1013 de 2008, C-038 de 2004

(41) Nesse sentido, a Corte na sentença C-288 de 2012, afirmou que a atual jurisprudência constitucional sobre a cláusula de regressão rejeita posições anteriores como a proibição de retrocesso de maneira absoluta e o entendimento de que o princípio seria uma mera expectativa que não requer proteção constitucional. No mesmo sentido, ver também Sentencia T-428 de 2012.

(42) Informe sobre la prohibición de regresividad em derechos económicos, sociales y culturales em Colombia: fundamentación y casos (2002-2008). Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá, marzo de 2010, p. 45. Disponível em: <http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/inf_2010_n1.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

(43) Nesse sentido, ver Sentencias C-630 de 2011, C-507 de 2008, T-428 de 2012.

de inconstitucionalidade da medida regressiva, devendo a medida ser analisada segundo o teste do escrutínio judicial estrito. Cabe ao Estado inverter essa presunção demonstrando que a medida regressiva é necessária para atingir uma necessidade social imperiosa e que não resulta desproporcional⁽⁴⁴⁾. Nesse sentido, na sentença C-536 de 2012, a Corte fixou que o princípio é um limite ao exercício das competências do Legislador, cuja ampla liberdade de conformação em direitos sociais é restringida ao menos em um aspecto: todo retrocesso frente a um nível de proteção alcançado é constitucionalmente problemático e deve ser presumido inconstitucional.

O teste de constitucionalidade dessas medidas regressivas se compõe de três elementos: i) que a medida seja regressiva; ii) que não afete conteúdos mínimos intangíveis dos direitos sociais, caso em que a proibição do retrocesso é absoluta, e iii) que esteja justificada. Assim, estabelecido o caráter regressivo de uma medida, o Legislador deve apresentar as razões pelas quais a medida é justificada, sendo o princípio da proporcionalidade o método adotado para determinar a justificação das medidas, devendo restar comprovado que o Poder Público persegue uma finalidade constitucionalmente imperiosa, adequada, necessária e estritamente proporcional em termos de custo e benefício. Além disso, é necessário que a medida regressiva tenha sido objeto de uma análise das distintas alternativas possíveis, dentro das quais a escolhida é a menos custosa para o conjunto dos direitos atingidos⁽⁴⁵⁾.

(44) Nesse sentido, ver Sentencias C-671 de 2002, T-1318 de 2005, C-288 de 2012, C-443 de 2009, T-752/08, C-789 de 2002, C-671 de 2002, T-025 de 2004, entre outras.

(45) A Corte exige, ainda, com base na Observação n. 14 de 2000, do CDESC, que, para que a medida regressiva seja considerada constitucional, além do exame de todas as alternativas possíveis, essas medidas devem estar devidamente justificadas, tendo como referência a totalidade dos direitos enunciados no PIDESC e a plena utilização de todos os recursos disponíveis pelo Estado-Parte. Nesse sentido, ver Sentencia C-038 de 2004.

Outro parâmetro utilizado pela Corte na análise das medidas regressivas é a aplicação de um juízo mais estrito quando os atingidos pela medida são pessoas com especial proteção constitucional. Exemplo de aplicação desse parâmetro está na Sentencia C-991 de 2004, na qual a Corte estabeleceu que a modificação do art. 12 da Lei n. 790 de 2003 representou um retrocesso na proteção do direito ao trabalho dos empregados das entidades reestruturadas que apresentavam alguma incapacidade ou que eram pais e mães provedores de suas famílias, o que contraria a disposição do art. 13 da Constituição da Colômbia, que determina a obrigação do Estado de proteger especialmente as pessoas que, por sua condição econômica, física ou mental, se encontrem em circunstância de debilidade manifesta. A proibição *prima facie* de medidas regressivas em matéria de direitos sociais se apresenta com maior intensidade quando estão em jogo direitos sociais cujos titulares são pessoas com especial proteção constitucional⁽⁴⁶⁾.

A Corte exige, ainda, que a medida regressiva tenha sempre uma vigência temporal determinada, mesmo nos casos em que há uma razão imperiosa para a medida regressiva, uma vez que persiste para as autoridades o dever de desenvolver progressivamente os direitos sociais, impedindo, portanto, uma medida regressiva permanente⁽⁴⁷⁾.

Segundo a jurisprudência da Corte, para que se possa concluir sobre a regressividade da medida, é essencial que seja feito um co-tejo entre as normas. Dessa forma, deve-se verificar se ambas regulam a mesma situação de fato e a mesma consequência jurídica, o que deverá ser feito pela comparação entre os elementos normativos da norma posterior com os elementos da norma anterior, em termos de destinatários, beneficiários, titulares, sujeitos

(46) No mesmo sentido, em relação a um juízo mais estrito no caso de pessoas com especial proteção constitucional, ver Sentencia C-630 de 2011.

(47) Nesse sentido, ver Sentencia C-1017 de 2003.

obrigados e demais elementos que possam ser relevantes para o caso. O escrutínio constitucional compreende uma comparação dos *standards* de proteção anteriores, que inclui um exame de evolução cronológica das garantias associadas ao direito correspondente⁽⁴⁸⁾.

É importante salientarmos que o princípio da vedação do retrocesso aparece, na grande parte das decisões, não como um argumento periférico ou ao qual a Corte se refere vagamente, mas como um dos argumentos principais na análise de constitucionalidade das normas, empenhando-se em fazer o cotejo entre as normas, a fim de aferir a regressividade da medida e de analisar a proporcionalidade da medida, de acordo com os parâmetros construídos ao longo dos anos, seja para declará-la constitucional ou inconstitucional.

No entanto, nas situações de processos de ajustes estruturais, como no caso da reforma trabalhista analisada na Sentencia C-038 de 2004, a Corte pareceu menos rigorosa no controle das medidas regressivas, o que levou alguns autores a afirmarem que desapareceu no referido julgado a presunção de inconstitucionalidade das medidas, que transfere o ônus argumentativo ao Estado⁽⁴⁹⁾.

Provocada a analisar a constitucionalidade da reforma trabalhista promovida pela Lei n. 789/2002⁽⁵⁰⁾, a Corte, primeiramente, reafirmou sua jurisprudência em relação à presunção de inconstitucionalidade das medidas regressivas, ressaltando que as medidas,

no entanto, podem ser justificadas, apesar de submetidas a um controle judicial mais severo.

Além do mais, ressaltou que a liberdade do legislador ao promover reformas trabalhistas i) não pode violar direitos adquiridos, ii) deve respeitar os princípios constitucionais do trabalho e iii) as medidas devem estar justificadas segundo o princípio da proporcionalidade, devendo o Poder Público demonstrar que elas foram cuidadosamente estudadas e justificadas, representando medidas adequadas e proporcionais para alcançar um propósito constitucional de particular importância.

No entanto, a Corte parece ter flexibilizado essa presunção de inconstitucionalidade ao afirmar que, para determinar a intensidade da análise de proporcionalidade das medidas acusadas, deve-se ter em mente que as regulamentações trabalhistas possuem uma conotação de intervenção do Estado na economia, matéria na qual a Constituição reconhece uma ampla liberdade de conformação ao Congresso. Por essa razão, o escrutínio judicial deveria ser flexível e deferente com as autoridades políticas, a fim de respeitar a discricionariedade que a Carta lhes concede. Não obstante, a Corte deixou claro que, como se trata de medidas regressivas em matéria de direitos sociais, a deferência do juiz constitucional frente ao Legislador se vê reduzida e o controle deve ser mais estrito que diante de uma política econômica qualquer, sob pena de negar eficácia jurídica ao princípio da vedação do retrocesso.

Buscando conciliar as duas ideias, o Tribunal concluiu que, nesse caso, seria necessário verificar se: i) as medidas foram tomadas inoperadamente ou se basearam em um estudo cuidadoso; ii) o Congresso analisou outras alternativas, concluindo não haver outras igualmente eficazes e menos lesivas para a proteção do Direito do Trabalho; e, iii) a medida não é desproporcional em sentido estrito.

Após fazer a análise da adequação e necessidade da medida, com base, principalmente, na exposição de motivos da Lei, a Corte concluiu

(48) Nesse sentido, ver Sentencias C-536 de 2012; C-372 de 2011.

(49) Nesse sentido, ver ARANGO, Rodolfo. Prohibición de retroceso en Colombia. In: COURTIS, Christian. (Org.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 158.

(50) A Lei n. 789/2002 trouxe diversas modificações na legislação trabalhista colombiana, dentre as quais apontamos a aplicação da jornada de trabalho diurna antes das 6h às 18h, passando, com a reforma, das 6h às 22h, a redução da remuneração a ser paga aos domingos e feriados e a modificação da indenização devida no caso de despedida sem justa causa.

que a Lei n. 789/2002 pretende atingir um fim constitucionalmente legítimo, imperioso e suficiente, que “poderia eventualmente justificar” a reforma trabalhista.

Percebe-se, portanto, que, apesar de o Tribunal se referir, a todo momento, à presunção de inconstitucionalidade da norma e à necessidade de passar por um teste de proporcionalidade, houve uma nítida deferência ao Legislador, uma vez que não houve uma verdadeira inversão do ônus da prova, apesar da afirmação da Corte no sentido da existência de posições opostas em matéria de flexibilização trabalhista: as concepções econômicas ortodoxas e neoclássicas, adotadas pela referida lei, segundo a qual uma das razões dos altos níveis de desemprego de um país é a rigidez e os altos custos salariais, e as concepções que defendem não haver, nem a nível teórico nem a nível empírico, evidências convincentes de que a flexibilização do mercado de trabalho permita realmente alcançar um aumento dos níveis de empregabilidade. A dúvida acerca da suficiente motivação de medidas regressivas supõe que o Estado não se desincumbiu do ônus de comprovar a constitucionalidade da norma, o que deveria corresponder à declaração de inconstitucionalidade da norma. Além do mais, a Corte abandonou um de seus critérios para a aferição da constitucionalidade da medida, qual seja a temporalidade da medida, permitindo um retrocesso permanente na matéria.

Ressalta-se que, quatro anos após esse primeiro julgamento, a Corte foi novamente provocada a se manifestar sobre a constitucionalidade da Lei n. 789/2002. No entanto, entendendo não ter havido a existência de um novo contexto normativo e fático que fizesse necessário um novo juízo de constitucionalidade, a Corte declarou a existência de coisa julgada formal relativa, não analisando o mérito da ação. No entanto, o Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto defendeu, em seu voto vencido, que a Corte não estava diante de coisa julgada, uma vez que a análise

feita em 2004 baseou-se em um juízo *ex ante*, com fundamento em projeções, enquanto que a análise, em 2008, faria em um juízo *ex post*, fundado em novos fatos constituídos por estudos sobre a real eficácia da Lei. Para o magistrado, o acolhimento da tese da coisa julgada, que prejudica um novo controle de constitucionalidade, permite o absurdo de uma lei regressiva, não obstante não tenha alcançado os fins a que serviu para justificar sua constitucionalidade, permanecer vigente de forma indefinida, lesionando os direitos constitucionais dos trabalhadores⁽⁵¹⁾.

2.3. Corte Suprema de Justicia de la Nación — Suprema Corte Argentina

Antes do ano de 2004, não encontramos registros sobre o princípio da vedação do retrocesso na jurisprudência da Corte. A mudança jurisprudencial ocorreu, muito provavelmente, pela mudança na composição da Corte Argentina nos anos de 2003 e 2004, a partir de quando sua jurisprudência se voltou a uma maior recepção dos *standards* internacionais de direitos humanos⁽⁵²⁾.

O primeiro julgado que registrou o princípio da vedação do retrocesso foi o caso Aquino Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S.A.⁽⁵³⁾, em que se discutiu a constitucionalidade de um dos artigos da Ley de Riegos del Trabajo (“LRT” — Ley n. 24.557 de 1995), que trouxe

(51) *Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales en Colombia: fundamentación y casos* (2002-2008). Comisión Colombiana de Juristas. Bogotá, marzo de 2010. p. 70-71. Disponível em: <http://www.coljuristas.org/documentos/libros_e_informes/inf_2010_n1.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.

(52) CAMPOS, Luís; KLETZEL, Gabriela. Progresividad y prohibición de regresividad en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en Argentina. In: COURTIS, Christian. (Org.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 184.

(53) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Aquino Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S.A., Sentença de 21 de setembro de 2004.

uma série de modificações em matéria de acidentes e enfermidades laborais. Nesse caso, a Corte firmou que o princípio da progressividade exige que todas as medidas estatais de caráter deliberadamente regressivo, em matéria de direitos humanos, recebam uma consideração mais cuidadosa e sejam justificadas plenamente com referência à totalidade dos direitos previstos do PIDESC e em um contexto de aproveitamento pleno do máximo de recursos que o Estado disponha (Observação geral n. 18, parágrafo 21 e Observação geral n. 17, parágrafo 27 e observação 19, parágrafo 42, entre outras).⁽⁵⁴⁾ Além do mais, assentou que existe uma forte presunção contrária a que essas medidas sejam compatíveis com o PIDESC⁽⁵⁵⁾.

Posteriormente, o Tribunal voltou a reafirmar o princípio da não regressividade no caso *Sanchez Maria del Carmen c/ Anses s/ Reajustes Varios*⁽⁵⁶⁾, envolvendo a mudança em benefícios da seguridade social. A Corte entendeu que o art. 75, inciso 23, da Constituição Argentina⁽⁵⁷⁾ fortalece a vigência do princípio

da progressividade, desqualificando toda ação estatal que, na prática, gere um resultado regressivo no gozo efetivo dos direitos⁽⁵⁸⁾. Fixou, ainda, que o reconhecimento do princípio da progressividade na realização plena dos direitos fundamentais banuiu definitivamente interpretações que conduzam a resultados regressivos na matéria.

Por fim, em discussão que envolvia qual norma seria aplicável ao benefício de pensão requerido pela autora, a Corte assentou que seria inútil o esforço realizado pelo legislador para cumprir com a obrigação estabelecida no art. 1º do Protocolo de San Salvador, que exige que os Estados partes adotem todas as medidas necessárias até o máximo de recursos disponível para alcançar, progressivamente, a plena efetividade dos direitos sociais se, por via interpretativa, essa evolução fosse roubada de quem se encontra em situação de total desamparo por aplicação de leis anteriores que estabeleçam um menor grau de proteção, devendo ser aplicada a norma mais favorável, exegese que promove o princípio da progressividade dos direitos sociais⁽⁵⁹⁾.

Apesar de encontrarmos constantes referências ao princípio da vedação do retrocesso nas decisões da Corte Argentina, verifica-se que o princípio não é utilizado como ponto central da argumentação, sendo invocado de forma genérica, sem uma verdadeira análise dos seus parâmetros de aplicação.

(54) No mesmo sentido, a Corte decidiu no caso *Asociacion de Trabajadores del Estado S/Accion de Inconstitucionalidad*, Sentença de 18 de junho de 2013.

(55) No mesmo sentido, ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Milone Juan Antonio vs. Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo*, Sentença de 26 de outubro de 2004; *Silva Facundo Jesus C/ Unilever De Argentina S.A. Y Otro S/Enfermedad Accidente*, Sentença de 18 de dezembro de 2007.

(56) Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Sanchez Maria del Carmen C/ Anses S/Reajustes Varios*, Sentença de 17 de maio de 2005.

(57) Artículo 75º Corresponde al Congreso:
23. Legislar y promover medidas de accion positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitucion y por los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos, en particular respecto de los ninhos, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.
Dictar un regimen de seguridad social especial e integral en proteccion del ninho en situacion de desamparo, desde el embarazo hasta la finalizacion del periodo de ensenanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

(58) No mesmo sentido, no caso *Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción de amparo*, sentença de 24/11/2015, a Corte assentou que: O princípio da não regressividade, que veda ao legislador a possibilidade de adotar medidas injustificadamente regressivas, não é apenas um princípio arquetetônico do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também uma regra que emerge das disposições do próprio texto constitucional (art. 75, inciso 23). Ver também Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Benedetti Estela Sara C/ Pen Ley 25561 Dto. 1570/01 214/02 S/ Amparo*, Sentença de 16 de setembro de 2008.

(59) Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Arcuri Rojas Elsa C/ Anses S/S/Pensiones*, Sentença de 03 de novembro de 2009.

2.4. Supremo Tribunal Federal

O primeiro registro sobre o princípio da vedação do retrocesso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é encontrada na ADIn n. 2.213 MC/DF⁽⁶⁰⁾, julgada no ano de 2002, que visava à declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da MP n. 2.183-56/01, que promoveu a inclusão do art. 95-A e parágrafo único na Lei n. 4.504/64⁽⁶¹⁾ (“Estatuto da Terra”) e dos §§ 6º, 7º, 8º e 9º no art. 2º da Lei n. 8.629/93. O requerente da ADIn sustentou que o novo dispositivo ofenderia o princípio da vedação do retrocesso, uma vez que excluiria alguns imóveis para fins de reforma agrária. No entanto, o Ministro Celso de Mello assentou em seu voto que o requerente não promoveu uma específica análise comparativa entre tal princípio e cada uma das normas impugnadas, o que prejudicaria a análise.

Na ADIn n. 3.128-7⁽⁶²⁾, que atacou o art. 4º da Emenda Constitucional n. 41/03, que estabeleceu o caráter solidário do regime de previdência, determinando que o novo sistema seja também financiado mediante contribuição dos servidores inativos e dos pensionistas, o princípio da não regressividade voltou a aparecer. Apesar de a maioria dos Ministros terem entendido pela constitucionalidade do dispositivo, o Ministro Celso de Mello, em seu voto vencido, defendeu que o Congresso Nacional, no que concerne ao procedimento de reforma, exerce atividade constituinte

secundária, essencialmente limitada e juridicamente subordinada a padrões normativos, que visam a tornar intangíveis determinadas decisões políticas fundamentais consagradas pelo legislador constituinte primário.

O Ministro invocou o princípio da vedação do retrocesso como argumento apto a justificar a decretação de inconstitucionalidade do art. 4º da EC n. 41/2003. O princípio impede que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula traduz verdadeira dimensão negativa, impedindo que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

No julgamento do ARE n. 639.337/SP⁽⁶³⁾, a Segunda Turma analisou a possibilidade de uma sentença obrigar o Poder Público a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais. Nessa ocasião, a Segunda Turma entendeu que a proibição do retrocesso social funciona como obstáculo constitucional à frustração e ao inadimplemento, pelo Poder Público, de direitos prestacionais, impedindo que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive⁽⁶⁴⁾. No processo de efetivação de direitos

(60) ADIn n. 2.213 MC/DF, rel. Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, Julgado em 4.4.2002, DJ 23.4.2004, p. 00007.

(61) Art. 95-A. “Fica instituído o Programa de Arrendamento Rural, destinado ao atendimento complementar de acesso à terra por parte dos trabalhadores rurais qualificados para participar do Programa Nacional de Reforma Agrária, na forma estabelecida em regulamento. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.183-56, de 2001)

Parágrafo único. Os imóveis que integram o Programa de Arrendamento Rural não serão objeto de desapropriação para fins de reforma agrária enquanto se mantiverem arrendados, desde que atendam aos requisitos estabelecidos em regulamento.”

(62) ADIn n. 3.128/DF, relª. Minª. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Julgado em 18.8.2004, DJ 18.2.2005, p. 00004.

(63) ARE n. 639337 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 23.8.2011, DJe 15.9.2011.

(64) No mesmo sentido entendeu a Segunda Turma no caso de obrigações consistentes em ampliar e melhorar o atendimento de gestantes em maternidades estaduais impostas nos autos de ação civil pública (RE n. 581.352, rel. Min. Celso de Mello). O princípio foi utilizado como um dos fundamentos para a imposição de obrigações de fazer pelo Judiciário no caso de omissões inconstitucionais do Poder Público também nos seguintes casos: ARE n. 727.864, rel. Min. Celso de Mello, ARE n. 745.745, rel. Min. Celso de Mello, STA 223 AgR/PE, relator para acórdão Min. Celso de Mello; RE n. 763.667, rel. Min. Celso de Mello, entre outros.

fundamentais sociais, individuais ou coletivos, o princípio é um obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Após haver reconhecido os direitos prestacionais, o Estado assume o dever não só de torná-los efetivos, mas também de preservá-los, abstando-se de frustrar, mediante supressão total ou parcial, os direitos sociais já concretizados.

Observa-se que, nesse caso, não estávamos diante de uma medida regressiva, mas de uma omissão estatal injustificável, no entender da Corte, uma vez que negava cumprimento ao comando constitucional que assegura às crianças, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (art. 208, IV, CF).

Na ADIn n. 4.578/AC⁽⁶⁵⁾, em que o STF foi chamado a analisar a constitucionalidade da LC n. 135/10 (“Lei da Ficha Limpa”), o Tribunal entendeu que não seria hipótese de incidência do princípio da vedação do retrocesso, uma vez que seria condição para a ocorrência do retrocesso que, anteriormente, a exegese da própria norma constitucional se tenha expandido, de modo que essa compreensão mais ampla tenha alcançado consenso básico e profundo e, dessa forma, tenha radicado na consciência jurídica geral. O Tribunal Pleno entendeu que não se poderia afirmar que a extensão da presunção de inocência para além da esfera criminal, nesse caso para o âmbito eleitoral, tenha atingido o grau de consenso básico a demonstrar sua radicação na consciência jurídica geral. Além do mais, não teria havido arbitrariedade na restrição legislativa, não restando configurada violação aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial do direito⁽⁶⁶⁾.

(65) ADIn n. 4.578/AC, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgado em 16.2.2012, DJe 29.6.2012.

(66) O STF adotou o mesmo entendimento da ADC n. 30/DF, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgado em 16.2.2012, DJe 29.6.2012; ADC n. 29/DF, rel.

O Pleno, no julgamento da ADIn n. 4.350/DF⁽⁶⁷⁾, que impugnou a legislação que promoveu alterações nas normas do seguro DPVAT (Lei ns. 11.482/07 e 11.945/09), que instituiu novas regras para o ressarcimento das vítimas de acidentes de trânsito, pronunciou-se, mais uma vez, sobre o princípio da vedação do retrocesso. Nessa oportunidade, o STF declarou constitucionais os dispositivos impugnados, entendendo não haver violação ao princípio da vedação do retrocesso, tendo em vista que o núcleo essencial dos direitos sociais não foi violado e que foram criados mecanismos compensatórios, consoante ventilado pelo Senado Federal em suas informações. O STF fixou que o princípio não pode impedir o dinamismo da atividade legiferante do Estado, principalmente quando não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamental das garantias sociais⁽⁶⁸⁾.

Recentemente, o Ministro Celso de Mello, em seu voto na ADPF n. 347 MC/DF, que pretende o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, consignou que as limitações a direitos fundamentais sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, sob pena de ofensa a determinados parâmetros de índole constitucional, como, por exemplo, aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da

Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgado em 16.2.2012, DJe 29.6.2012; ARE n. 737.811 AgR/SP, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 20.5.2014, DJe 13.6.2014

(67) ADIn n. 4.350/DF, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Julgado em 23.10.2014, DJe 3.12.2014

(68) Novamente analisando a constitucionalidade das novas regras do seguro DPVAT introduzidas pela Lei n. 11.482/07, o Pleno entendeu que não violava o princípio da vedação do retrocesso a mera fixação de novo *quantum* indenizatório, uma vez que o princípio não poderia resultar em uma vedação absoluta de qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes e até mesmo alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social.

proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso⁽⁶⁹⁾.

Outro caso em que o princípio veio à baila foi o ARE n. 745.745 AgR/MG, que versou sobre a manutenção de rede de assistência à saúde da criança e do adolescente pelo Município de Belo Horizonte, o Ministro Celso de Mello novamente reafirmou o princípio como parâmetro constitucional de controle das omissões do Poder Público. O Ministro ressaltou que a cláusula que proíbe o retrocesso traduz verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais⁽⁷⁰⁾.

O princípio foi consagrado também no RE n. 658.312/SC, que versa sobre a constitucionalidade do art. 384 da CLT, que estabelece um intervalo obrigatório, não computado na jornada de trabalho, de 15 minutos para as mulheres antes do início da jornada extraordinária, o Ministro Celso de Mello, novamente, referiu-se ao princípio da vedação do retrocesso, ao defender que a declaração de inconstitucionalidade do referido intervalo configuraria afronta ao princípio da vedação do retrocesso⁽⁷¹⁾⁽⁷²⁾.

(69) STF, ADPF n. 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgado em 9.9.2015, DJe 19.2.2016.

(70) STF, ARE n. 745.745 AgR/MG, rel. Min. Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgado em 21.12.2014, DJe 19.12.2014.

(71) STF, RE n. 658.312/SC, rel. Min. Dias Toffoli, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgado em 27.11.2014, DJe 10.2.2015.

(72) Em que pese discordarmos do resultado do julgamento, em razão do caráter discriminatório presente no referido artigo, que demonstra a visão machista e ultrapassada do legislador em relação à presença das mulheres no mercado de trabalho, esse é mais um caso que demonstra o reconhecimento do princípio da vedação do retrocesso pelo STF. Ressalta-se que o referido julgamento foi anulado em razão da ausência de intimação das partes representantes

Por fim, citaremos o ARE n. 709.212/DF, que tratou sobre o prazo prescricional aplicável para a cobrança das contribuições devidas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. A Ministra Rosa Weber, que restou vencida no julgamento, invocou o princípio da vedação do retrocesso para a manutenção do prazo trintenário para a prescrição das parcelas relativas ao FGTS, uma vez que assegura maior respeito e efetividade ao FGTS. O Ministro Luiz Fux, no entanto, entendeu não estar violado o princípio da vedação do retrocesso, uma vez que haveria mecanismos de compensação, como o Bolsa Família, o seguro-desemprego e o Minha Casa Minha Vida⁽⁷³⁾.

Percebe-se, pela análise desses julgados, que o princípio da vedação do retrocesso não aparece como fundamento principal das decisões, mas apenas como mais um fundamento nas suas decisões. Não há qualquer critério para sua aplicação, como ocorre na Corte da Colômbia, ou qualquer referência às Observações Gerais do CDESC e ao Direito Comparado. Além do mais, o princípio apareceu, muitas vezes, como fundamento não para a análise de medidas supostamente regressivas, mas para a análise de omissões estatais, o que mostra que o princípio é aplicado apenas de forma retórica.

3. A aplicação do princípio da vedação do retrocesso

Conforme já defendido neste trabalho, apesar da indubitável vinculação do Estado aos direitos fundamentais, o princípio da vedação do retrocesso não pode assumir um caráter absoluto, sob pena de ofensa ao princípio democrático. Uma aplicação absoluta do princípio da vedação do retrocesso poderia, inclusive, gerar o efeito contrário ao pretendido: o Poder Público em geral temeria concretizar avanços

que atuam no feito. Reiniciado, o julgamento foi novamente interrompido pelo pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes.

(73) STF, ARE n. 709.212/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, Órgão Julgador, Tribunal Pleno, Julgado em 13.11.2014, DJe 19.2.2015.

em matéria de direitos sociais se soubesse que não teria flexibilidade para manejá-los em caso de necessidade, principalmente em momentos de crise econômica.

A partir do material analisado, principalmente a jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia e as Observações Gerais do CDESC, iremos, nesse momento do trabalho, fazer uma sistematização dos parâmetros que podem auxiliar a concluir quando uma medida redutora de direitos é válida ou não.

3.1. Presunção de inconstitucionalidade e inversão do ônus da prova

A primeira implicação do princípio da vedação do retrocesso é a determinação de uma presunção de inconstitucionalidade de medidas regressivas, transferindo ao Estado o ônus de comprovar sua constitucionalidade.

Nos Estados Unidos, a Corte Constitucional, pautada na ideia de que a legislação sobre certos interesses estatais merecem maior deferência judicial enquanto que alguns direitos constitucionais requerem uma proteção judicial diferenciada⁽⁷⁴⁾, consolidou alguns parâmetros para o exercício do controle de constitucionalidade de leis restritivas de direitos que envolvem diferentes graus de deferência em relação às decisões legislativas ou administrativas⁽⁷⁵⁾. O teste da racionalidade ou escrutínio mínimo (*"rationality test"*) é o nível mais baixo de interferência judicial sobre a validade das leis, bastando ao juiz, para concluir sobre a constitucionalidade da norma, verificar que a mesma é destinada a alcançar um propósito governamental legítimo e que os meios escolhidos atendem racionalmente

a esse propósito⁽⁷⁶⁾. O teste intermediário (*"intermediate teste"*) é mais rigoroso que o primeiro, sendo necessário que esteja demonstrada a necessidade da ação restritiva e a conexão mais próxima entre seu propósito e o meio restritivo estabelecido para seu alcance⁽⁷⁷⁾. O teste mais severo de constitucionalidade é o escrutínio estrito (*"strict scrutiny"*), "em que ocorre praticamente uma inversão na presunção de constitucionalidade do ato normativo"⁽⁷⁸⁾. Nesse nível, para que a lei seja considerada constitucional, deve ficar demonstrado que: a) o propósito governamental é um interesse imperioso (*"compelling interest"*); b) o meio restritivo é estabelecido estritamente sob medida para o fim que se deseja alcançar; e, c) que o governo não pode alcançar esses fins por outros meios. Esse teste é utilizado para o controle de normas restritivas de direitos e liberdades especialmente fundamentais, como as liberdades de expressão e religião, e para a análise normas que instituem discriminações com base em critérios considerados "suspeitos", como raça, religião e origem nacional⁽⁷⁹⁾.

Christian Courtis transporta o teste do escrutínio estrito para a análise da regressividade das normas. O autor defende que, ao demandante, caberia apenas alegar o caráter regressivo da norma, demonstrando que a nova norma compromete o grau de proteção estabelecido pela norma anterior. Demonstrado isso, presume-se inconstitucional a norma, cabendo ao Estado demonstrar a escrita necessidade da medida, o que supõe a demonstração dos seguintes requisitos: a) existência de um interesse estatal qualificado a ser atingindo pela norma regressiva; b) o caráter imperioso da medida; c) a inexistência de medidas

(74) CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 195.

(75) SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 101.

(76) CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 196.

(77) *Idem*.

(78) SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 101.

(79) *Idem*.

alternativas menos restritivas do direito em questão⁽⁸⁰⁾⁽⁸¹⁾.

3.2. Princípio da vedação do retrocesso e o princípio da proporcionalidade

A presença, cada vez mais frequente, nas Constituições, de normas caracterizadas por sua abertura e indeterminação semântica — traduzidas nos princípios e nos conceitos jurídicos indeterminados —, e de um amplo catálogo de direitos fundamentais que, muitas vezes, colidem no caso concreto, tornou insuficiente o tradicional método da subsunção. Ao lado dos critérios tradicionais, o Judiciário precisou recorrer a novas técnicas hermenêuticas, como, por exemplo, a ponderação⁽⁸²⁾.

Como instrumento para a ponderação, a aplicação do princípio da proporcionalidade se tornou rotineira no Judiciário. Apesar de não expresso em nossa Constituição, nossa doutrina e jurisprudência o consagraram como princípio implícito⁽⁸³⁾, encontrando fundamento nas ideias de devido processo legal substantivo e na de justiça⁽⁸⁴⁾.

Os princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade⁽⁸⁵⁾ encontram fundamento

na “ideia de justiça material, de moderação e racionalidade, servindo como parâmetro de aferição de legitimidade constitucional dos atos administrativos discricionários, das decisões judiciais e das leis”⁽⁸⁶⁾, em especial nos casos que envolvem um alegado conflito entre direitos ou entre direitos e um interesse público ou estatal.

O princípio da proporcionalidade aplica-se àquelas situações em que podemos identificar uma relação de causalidade entre um meio e

Parte da doutrina extrai conteúdos diversos desses princípios, enquanto os demais os enxergam como sinônimos. Humberto Ávila, por exemplo, defende que, enquanto o princípio da proporcionalidade exige uma relação de causalidade entre o meio e o fim, o princípio da razoabilidade, em suas três acepções — dever de equidade, de coerência e de equivalência — não exige essa relação (ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 202-204). Jane Reis Gonçalves Pereira nos esclarece que o princípio da razoabilidade remonta ao sistema jurídico anglo-saxão, em especial ao direito norte-americano, no qual o princípio surgiu ligado à noção de devido processo legal substantivo, enquanto o princípio da proporcionalidade remonta ao sistema jurídico alemão, que lhe conferiu um desenvolvimento mais analítico e ordenado, decompondo-o nos três conhecidos subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido escrito. A autora salienta que, embora a equivalência entre os dois princípios seja controvertida, ambos estão vinculados à ideia de justiça material, de moderação e de racionalidade, observando-se, na doutrina e na jurisprudência, inclusive do STF, uma forte tendência em concebê-los como categoriais intercambiáveis (ver PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 310-318). Seguiremos, neste trabalho, a tendência da doutrina e da jurisprudência majoritárias, considerando proporcionalidade e razoabilidade como princípios equivalentes. Sobre o tema, ver também PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os Imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: *Direito Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, e BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 374.

(86) PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Os Imperativos da proporcionalidade...*, p. 167-206.

(80) COURTIS, Christian. La Prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian. (Org.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 37.

(81) As Observações Gerais 3, 13, 14, 15, 17 e 18, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“CDESC”) trazem, atendendo a esses requisitos, alguns fatores a serem enfrentados pelo Poder Público em sua argumentação

(82) Nesse sentido, ver BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 307-351.

(83) O Supremo Tribunal Federal consolidou o princípio da proporcionalidade como decorrência da disposição constitucional sobre o devido processo legal. Nesse sentido, ver MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 406-408.

(84) BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 305-306.

(85) A doutrina não é unânime quanto ao significado dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

um fim, de modo que se possa examinar seus três postulados: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁽⁸⁷⁾. No exame da adequação, verifica-se se a medida restritiva de direitos é apta a atingir o fim constitucionalmente legítimo que se pretende alcançar. Na etapa da necessidade, deve ser observado se a medida escolhida é a menos onerosa para o direito atingido quando comparada a outras medidas igualmente aptas a alcançar o mesmo fim. Na última etapa, analisa-se a proporcionalidade em sentido estrito da medida, ou seja, “a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”⁽⁸⁸⁾. Deve ser analisado, nesse momento, se o proveito que se obtém por meio da implementação daquele fim compensa os sacrifícios que ela acarreta⁽⁸⁹⁾.

O PIDESC e o Protocolo da San Salvador fazem referência a restrições e limitações aos direitos previstos nesses documentos:

Art. 4º Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com presente Pacto pelo Estado, *este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática.* (grifado)

Art. 5º Os Estados-Partes só poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo *mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos.* (grifado)

Assim, a proibição do retrocesso agrega um novo critério de controle de proporcionalidade dos atos do Poder Público quando se examina a restrição a direitos sociais⁽⁹⁰⁾. Não basta que o fim a ser perseguido pela medida seja constitucionalmente legítimo, sendo necessário que o objetivo seja favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática.

Reduzir a proibição de retrocesso apenas a um controle de proporcionalidade, no entanto, não é o suficiente para a proteção dos direitos sociais, principalmente se a esse controle não for agregada a noção de que qualquer medida restritiva deverá preservar o núcleo essencial do direito fundamental afetado⁽⁹¹⁾, o que será abordado no próximo tópico.

3.3. Núcleo essencial dos direitos

O princípio da proteção do núcleo essencial, embora não tenha sido consagrado de forma expressa pela Constituição de 1988, decorre, de acordo com a doutrina dominante e com a jurisprudência do STF, do próprio modelo garantístico utilizado pelo Constituinte, especialmente dos limites materiais ao poder de reforma do poder constituinte derivado⁽⁹²⁾.

No entanto, embora não haja dúvidas sobre o seu objetivo, qual seja, o de evitar o esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais decorrente de restrições descabidas, desmeduradas ou desproporcionais⁽⁹³⁾, há, entre as teorias absoluta e relativa, intenso embate sobre o seu conteúdo.

Para os adeptos da teoria absoluta, o núcleo essencial é uma unidade substancial autônoma que, independentemente de qualquer situação

(87) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed., rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 205.

(88) *Ibidem*, p. 207.

(89) PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os Imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: *Direito Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011. p. 167-206.

(90) COURTIS, Christian. *La Prohibición de regresividad en materia de derechos sociales...*, p. 22.

(91) SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009, p. 139.

(92) MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 398.

(93) *Ibidem*, p. 395.

concreta, estaria protegido de qualquer intervenção estatal⁽⁹⁴⁾. O direito seria dividido em dois espaços: um espaço suscetível de restrição e outro, delimitado previa e abstratamente, imune a qualquer intervenção, independentemente dos valores envolvidos no caso concreto. O princípio do núcleo essencial seria uma dupla garantia: em primeiro lugar, os direitos devem ser ponderados, mas o resultado dessa ponderação só pode ser aceitável se respeitar a condição de não esvaziamento do conteúdo essencial⁽⁹⁵⁾.

A teoria absoluta é alvo de críticas relativas à sua incapacidade de explicar situações concretas nas quais há, de fato, sacrifício de um direito em benefício de outro⁽⁹⁶⁾. Além do mais, os defensores dessa teoria não foram bem sucedidos em indicar como determinar, de forma clara e delimitada, o conteúdo desse núcleo inviolável, o que dá margem a subjetivismos e arbitrariedades na interpretação⁽⁹⁷⁾. Imaginar que o intérprete poderia conhecer esse núcleo antecipadamente seria uma ficção⁽⁹⁸⁾.

Pela teoria relativa, o núcleo essencial dos direitos é maleável, devendo ser analisado a partir das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto⁽⁹⁹⁾. O núcleo essencial seria incapaz de ser determinado de forma abstrata e apriorística⁽¹⁰⁰⁾, exigindo, para chegar ao seu conteúdo, uma ponderação com os demais direitos e fins constitucionalmente protegidos incidentes no

caso concreto⁽¹⁰¹⁾. Assim, para seus defensores, restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos⁽¹⁰²⁾.

Essa teoria é criticada sob o argumento de que a identificação do núcleo essencial com o princípio da proporcionalidade permite que haja um esvaziamento do conteúdo central dos direitos fundamentais, revelando-se insuficiente à proteção dos direitos fundamentais. A teoria relativa acaba por se confundir com o próprio exame de proporcionalidade, não funcionando como uma “barreira autônoma à atividade legislativa, mas sim como um reforço da exigência de proporcionalidade das restrições”⁽¹⁰³⁾.

Percebe-se, portanto, que as duas teorias recebem críticas pertinentes e difíceis de serem enfrentadas. Ana Paula de Barcellos entende ser impossível a delimitação de um núcleo essencial de forma absoluta e permanente⁽¹⁰⁴⁾. No entanto, entende a autora que a doutrina deve se ocupar em construir sentidos próprios de cada direito, buscando parâmetros específicos capazes de identificar o que deve ser considerado como prerrogativa essencial de cada direito, de modo a proteger os direitos fundamentais de ações arbitrárias e abusivas⁽¹⁰⁵⁾.

Jane Reis Gonçalves Pereira entende que, diante dos problemas das duas teorias, a teoria relativa é a mais adequada para explicar os

(94) *Ibidem*, p. 395-396.

(95) SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de direito do estado*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 21, p. 214, jan./dez. 2011.

(96) PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 373.

(97) *Ibidem*, p. 373-374.

(98) BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 143.

(99) SILVA, Virgílio Afonso da, *op. cit.*, p. 212.

(100) PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *op. cit.*, p. 371.

(101) PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 371.

(102) SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 21, p. 213, jan./dez. 2011.

(103) PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *op. cit.*, p. 372.

(104) BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 144.

(105) *Ibidem*, p. 145.

problemas concretos que envolvem restrições de direitos fundamentais, uma vez que, por exigir a análise da proporcionalidade, confere maior racionalidade à atividade interpretativa⁽¹⁰⁶⁾. A autora defende que a teoria relativa pode desempenhar relevante papel no plano discursivo, desempenhando a função de “um instrumento argumentativo-retórico que joga a favor do direito no processo de ponderação⁽¹⁰⁷⁾. Aplicando a noção de núcleo essencial a partir dessa visão, uma restrição de extrema gravidade, que importe no sacrifício completo ou quase completo ao direito contraposto, dificilmente terá a sua legitimidade constitucional reconhecida⁽¹⁰⁸⁾.

José Gomes Canotilho sustenta que o núcleo essencial dos direitos sociais concretizado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial⁽¹⁰⁹⁾. O núcleo essencial dos direitos sociais seria, portanto, o primeiro limite ao Poder Público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso⁽¹¹⁰⁾.

Diante de todo o exposto, a melhor forma de entender o núcleo essencial dos direitos é aquela apresentada pela professora Jane Reis Gonçalves Pereira. O conteúdo essencial, no âmbito do princípio da vedação do retrocesso, poderá funcionar, portanto, como uma ilegitimidade *prima facie* de toda medida regressiva que comprometa de tal modo a fruição de um direito que impeça seu exercício, esvaziando seu conteúdo.

(106) PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *op. cit.*, p. 375.

(107) *Ibidem*, p. 379.

(108) *Ibidem*, p. 380.

(109) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 338 e ss., *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009, p. 139.

(110) SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 140.

3.4. Mínimo existencial

Afirmamos, no início desse tópico, que o princípio da vedação do retrocesso, assim como os demais princípios constitucionais, não é um princípio absoluto. Respeitados os parâmetros acima expostos, poderá haver limitações, desde que se verifique a existência de mecanismos compensatórios.

No entanto, há um campo em que não se aceita qualquer restrição: o mínimo existencial. Essa limitação não decorre do princípio da não regressividade, mas da ideia de dignidade da pessoa humana, que tem o mínimo existencial em seu núcleo, já que este visa a assegurar as condições mínimas para uma existência digna. A incidência do princípio da vedação do retrocesso se dá, portanto, para além do mínimo existencial.

Ana Paula de Barcellos defende que esse núcleo de condições materiais que compõem a própria noção de dignidade da pessoa humana impõe-se como regra e não como princípio, ou seja, não se admite ponderação: estando ausentes essas condições, a dignidade restará violada⁽¹¹¹⁾. No mesmo sentido, Ingo Sarlet defende que a liberdade de conformação do legislador encontra limite no mínimo existencial, que está protegido contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade⁽¹¹²⁾.

O mínimo existencial, como dimensão da dignidade da pessoa humana, possui caráter universal. A definição de seu conteúdo, no entanto, gera divergências. Primeiramente, é necessário termos em mente as variações

(111) BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 243-244.

(112) SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 23-25.

culturais em relação ao que se concebe como necessidades básicas, uma vez que as culturas valoram os bens de modo distinto, variando o grau de essencialidade para uma vida digna⁽¹¹³⁾. No entanto, apesar de não ser possível fixar abstratamente o conteúdo desse mínimo existencial, algumas necessidades materiais básicas parecem decorrer da própria natureza humana, como o acesso à alimentação, à saúde, à educação, à moradia e à água, o que configuraria um conteúdo mínimo universalizável do mínimo existencial⁽¹¹⁴⁾.

Embora o mínimo existencial sirva de limite às restrições a direitos fundamentais, a garantia desses direitos depende de recursos escassos, o que faz vir à tona a ideia do princípio da reserva do possível, que vincula a possibilidade e a extensão da atuação estatal na efetivação dos direitos fundamentais à existência de recursos públicos disponíveis

Costuma-se distinguir entre reserva do possível fática e reserva do possível jurídica. A reserva fática relaciona-se à efetiva disponibilidade fática dos recursos para a concretização dos direitos⁽¹¹⁵⁾. Já a reserva jurídica tem relação com a previsão orçamentária, destinando os recursos à realização da despesa exigida para a efetivação do direito⁽¹¹⁶⁾.

Quanto à reserva do possível, a pergunta que devemos responder é se ela pode ser oponível ao mínimo existencial. Nesse sentido, Daniel Sarmento defende que a reserva do possível jurídica é inoponível ao mínimo existencial, uma vez que esse direito não

pode ficar “à mercê das decisões do legislador infraconstitucional”⁽¹¹⁷⁾. No entanto, não podemos fechar os olhos à realidade econômica do Estado, principalmente em países com poucos recursos e uma grande desigualdade econômica. Dessa forma, a reserva do possível fática é, obviamente, um limitador fático do mínimo existencial, devendo ser levado em conta nessa análise não apenas o custo de uma pretensão individual, mas o custo de universalização daquela demanda, exigência do princípio da igualdade⁽¹¹⁸⁾.

A invocação do princípio da reserva do possível não comporta, no entanto, alegações genéricas de falta de recursos, cabendo ao Poder Público o ônus da comprovação da ausência efetiva dos recursos necessários⁽¹¹⁹⁾. Além do mais, para minimizar os problemas relativos à reserva do possível, o Judiciário poderá controlar as escolhas que envolvam aplicação dos recursos públicos para que se verifique sua compatibilidade com as prioridades que derivam da nossa Constituição, exigindo, inclusive, transparência das decisões alocativas e possibilidade de controle social, com a garantia de serem fornecidas à população informações efetivas sobre o tema, de modo a permitir uma participação efetiva⁽¹²⁰⁾.

4. Conclusão

Como vimos no decorrer desse trabalho, o Judiciário assume um papel importante na concretização dos direitos sociais, principalmente diante das omissões estatais. Da mesma forma, sua atuação na análise de medidas

(113) SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 214-215.

(114) *Ibidem*, p. 218-219.

(115) SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30.

(116) SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 230.

(117) *Idem*

(118) *Ibidem*, p. 231-233.

(119) Nesse sentido, ver SARMENTO, *op. cit.*, p. 229-234 e SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner, *op. cit.*, p. 32.

(120) SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 34.

regressivas é essencial para que alegações genéricas de crise não sirvam para frustrar os objetivos constitucionais.

A análise da jurisprudência, principalmente, do CDESC e da Corte Constitucional da Colômbia, mostrou-nos que é possível estabelecer parâmetros para uma aplicação do princípio da vedação do retrocesso que concilie a proteção aos direitos sociais fundamentais e o princípio democrático.

No entanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não parece dar o devido peso ao princípio da vedação do retrocesso. Não identificamos, em suas decisões, um enfrentamento real do argumento, com o estabelecimento de parâmetros para sua aplicação ou a busca por uma interação com as fontes transnacionais na busca por uma maior proteção desses direitos.

O princípio do não retrocesso não impede a adoção de medidas regressivas pelo Legislador. No entanto, como qualquer medida que importe em restrições a direitos fundamentais, o Judiciário poderá intervir para analisar sua constitucionalidade.

Ao longo desse trabalho, procuramos estabelecer os seguintes parâmetros para a aferição da constitucionalidade de medidas regressivas: i) presunção de inconstitucionalidade da medida regressiva; ii) aplicação do princípio da proporcionalidade, iii) respeito ao núcleo essencial dos direitos, e iv) respeito ao mínimo existencial.

Esses *standards* buscam tornar a judicialização dessas medidas mais racional, evitando a discricionariedade judicial. Além do mais, procuram oferecer uma efetiva proteção aos direitos sociais, transferindo ao Poder Público o ônus de demonstrar a constitucionalidade dessas medidas e impedindo que haja um esvaziamento desses direitos, principalmente em períodos de alegada crise econômica.

5. Referências bibliográficas

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ARANGO, Rodolfo. Prohibición de retroceso en Colombia. In: COURTIS, Christian. (Org.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17 ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANDÃO, Rodrigo. Entre a Anarquia e o Estado do Bem-Estar Social: Aplicações do libertarianismo à filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de. *Dimensões do Ativismo Judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Luís; KLETZEL, Gabriela. Progresividad y prohibición de regresividad en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en Argentina. In: COURTIS, Christian. (Org.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

COURTIS, Christian. (Org.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

_____. La Prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. In: COURTIS, Christian. (Org.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

KUMM, Mattias. Democratic constitutionalism encounters international law: terms of engagement. In: CHOUDHRY, Sujit (Org.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NINO, Carlos Santiago. *Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad*. Cuadernos y debates, fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad — Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, vol. 08, n. 03, 2015.

_____. Os Imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: *Direito Fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PISARELLO, Gerardo. El estado social como estado constitucional: mejores garantías, más democracia. In: ABRAMOVICH, Victor; AÑON, María José, COURTIS, Christian (Orgs.). *Derechos sociales, instrucciones de uso*. México D.F.: Doctrina Jurídica Contemporánea, 2003.

PULIDO, Carlos Bernal. O Caráter Fundamental dos Direitos Fundamentais. *Revista de Direito do Estado*, ano 5, n. 19-20, jul./dez. 2010.

ROSSI, Julieta. La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. In: COURTIS, Christian. (Org.). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista da Defensoria Pública*, São Paulo, v. 1, p. 179-234, jul. 2008.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Disponível em: <http://empreendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Último acesso em: 10 out. 2016.

_____. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. In: ALVES, Cândice Lisboa (Org.). *Vulnerabilidades e invisibilidades: desafios contemporâneos para a concretização dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, RNenovar, n. 21, jan./dez. 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de Constitucionalidade e Democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SUNSTEIN. Cass R. Social and Economic Rights? Lesson from South Africa. *U of Chicago, Public Law Working Paper*, n. 12; *U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper*, n. 124, 2001.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

Agoniza o *social* no estado que seria social de *direito*

Francisco Meton Marques de Lima^(*) e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima^(**)

Resumo:

- ▶ As propostas de reformas trabalhista e previdenciária, juntamente com a Lei da Terceirização e recentes decisões do STF, materializam os acordos de uma infernal orquestra que urde um retrocesso social sem precedentes no Brasil, recuando os brasileiros à República Velha, de privilégios oligárquicos e concentração de riquezas, dado que os direitos ancorados na Consolidação das Leis do Trabalho e nas leis previdenciárias serão reduzidos a um *minimum* meramente retórico, apenas para simular que foram preservados. O Brasil ostenta a 7ª economia do mundo, mas contrastando com a vergonhosa 80ª posição em IDH, está sendo impelido para a indigência de seu povo, de injustiça social, abandono dos trabalhadores adoecidos, humilhados, enlouquecidos pela instabilidade e envelhecidos precocemente pela injustiça do sistema.

Palavras-chave:

- ▶ Reformas — Trabalhista — Previdenciária — Terceirização — Miséria — Justiça social.

Abstract

- ▶ The proposals for labor and social security reforms, together with the Law of Outsourcing and recent decisions of the STF, materialize the chords of an infernal orchestra that unleashes an unprecedented social regression in Brazil, retreating the Brazilians to the Old Republic, of oligarchic privileges and concentration of Since the rights anchored in the Consolidation of Labor Laws and in social security laws will be reduced to a merely rhetorical *minimum*, just to simulate that they have been preserved. Brazil is the 7th largest economy in the world, but in contrast to the shameful 80th position in HDI, it is being pushed to the indigence of its people, social injustice, abandonment of the workers, sick, humiliated, insane and prematurely aged by the injustice of system.

Palavras-chave:

- ▶ Reforms — Labor — Social Security — Outsourcing — Misery — Social justice.

(*) Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela UFC. Ex-Prof. Assistente da UFC. Prof. Associado da UFPI. Desembargador do TRT 22ª Região. Escritor.

(**) Bacharel em Direito pela UFC. Especialista em Direito do Trabalho. Auditor-Fiscal do Trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Reforma Trabalhista
 - ▶ 2.1. Introdução. A árvore social
 - ▶ 2.2. *Release* histórico
 - ▶ 2.3. O concretismo antissocial em andamento nas decisões do STF
 - ▶ 2.4. A serpente lançada pelo Poder Executivo
 - ▶ 2.5. O calote da terceirização
- ▶ 3. Reforma Previdenciária
 - ▶ 3.1. O maior retrocesso social
 - ▶ 3.2. Aposentadoria *post mortem*
 - ▶ 3.3. Levantai-vos heróis do Novo Mundo!
- ▶ 4. Notas conclusivas
- ▶ 5. Referências bibliográficas

A eterna ampulheta da existência será sempre virada outra vez, e tu com ela, poeirinha da poeira!
(Nietzsche)

1. Introdução

“Solta Pedro I o grito do Ipiranga. E o caboclo, em cócoras. Vem, com o 13 de maio, a libertação dos escravos; e o caboclo de cócoras. Derriba o 15 de novembro um trono, erguendo uma república; e o caboclo, acororado. No cenário da revolta, entre Floriano, Custódio e Gumerindo, se joga a sorte do país, esmagado quatro anos por *incitatus*; e o caboclo ainda com os joelhos à boca. A cada um desses baques, a cada um desses estrondos, soergue o torso, espia, coça a cabeça, “magina”, mas volta a modorra e não dá pelo resto”⁽¹⁾.

Pretendeu-se, epigrafando com excerto de um discurso que Rui Barbosa proferiu em 1918, denunciar que continuam tomando as grandes decisões sem ouvir o povo, sem um debate nacional. Fazem umas pseudoaudiências públicas, com os ouvidos vedados,

só para legitimar os atos. Continuando Rui, veio a Revolução de 1930; e o caboclo com os joelhos à boca. Veio a queda de Getúlio e o caboclo continuou com os calcanhares nas nádegas. Implantaram o governo militar em 1964; e o caboclo continuou sentado sobre os calcanhares...

Ante a vastidão dos temas, faremos pequenos *flashes* para descortinar o viés ideológico que os conduz, dividindo o comentário em dois itens e subitens.

2. Reforma trabalhista

2.1. A árvore social

O Título VII da Constituição Federal trata da Ordem Social, que compreende a seguridade social (saúde, previdência e assistência social), a educação, cultura, desporto; ciência e tecnologia; comunicação social; meio ambiente; família, criança, adolescente e idoso. Esse Título é a continuação dogmática do que foi prognosticado no art. 6º, que apenas elenca os direitos sociais.

Mas o caule dessa árvore é o trabalho, sobre o qual se ergue e se sustém a grande copa dos direitos sociais. O art. 193 da Constituição

(1) BARBOSA, Rui. A questão social e política do Brasil. In: *Revista Ciência e Trópico*, Recife, Editora Massagana, vol. 9, n. 2, p. 171/175, jul./dez. 1981.

abre o Título da Ordem Social. É o capítulo I, composto de um único artigo:

A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

A Seguridade Social é o galho central dessa árvore, composto da Saúde, Previdência e Assistência Social, instrumentos fundamentais de execução dos direitos fundamentais de segunda geração — a igualdade. Decerto, não existe igualdade, mas sim um nível mínimo de igualdade, ou suporte de materialização de um *minimum* da dignidade humana.

A Previdência Social tem sua raiz e razão de existir na relação de trabalho, e objetiva amparar os trabalhadores de todos os matizes (patrões, empregados, autônomos), que são contribuintes obrigatórios, e os facultativos. A Previdência Social foi instituída no Brasil juntamente com o Direito do Trabalho, compondo um título da Consolidação das Leis do Trabalho.

A Assistência Social é um desdobramento da Previdência Social, praticamente instituída na Constituição de 1988, para amparar os miseráveis não abrangidos pela Previdência Social, os integrantes de uma “não-classe-de-não-trabalhadores, como os denomina André Gorz, que foram expulsos do mercado e caíram na precariedade, como desempregados, temporários, trabalhadores a tempo parcial, trabalhadores informais, olhador de carro, passeador de cachorro, guardador de fila do SUS, carregador nas feiras etc⁽²⁾. Com isso, a Assistência retira da indigência uma gama de criaturas humanas, que passam a viver por direito e não por caridade.

E o sistema de Saúde, centralizado no SUS, foi concebido para:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III – participação da comunidade⁽³⁾.

O SUS foi instituído para proporcionar um nivelamento quanto a saúde, passando a ser direito de todos e dever do Estado e da sociedade. Antes do SUS, o atendimento médico-hospitalar era seletivo, destinando-se só aos segurados da Previdência Social ou de planos de saúde. O mais dependia de políticas isoladas de alguns entes da Federação. Na verdade, o povo vivia na indigência, morrendo aos montes por falta de tratamento adequado, “se virava” com os atendentes de balcão das farmácias e com o Dr. Raiz.

O art. 200 da CF relaciona as competências do sistema único de saúde em sete incisos, três dos quais ligados diretamente ao trabalho:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...)

II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

(...)

VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Como se vê, dos oito incisos do art. 200, que estipulam as competências do SUS, três se destinam à proteção do trabalho. Isto tem lógica, porque é no exercício do trabalho, na transformação da natureza, que o homem se expõe ao perigo e adquire doenças, do corpo e da mente. A propósito, o médico do trabalho, Ramazzini registra em seu livro escrito em 1700 que as doenças dos operários advêm do trabalho que exercem. E aconselha os médicos a levarem esse dado em conta por ocasião da consulta⁽⁴⁾:

(3) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

(4) RAMAZZINI, Bernardino. *As doenças dos trabalhadores*, p. 21.

(2) ORGANISTA, José Henrique Carvalho. *O debate sobre a centralidade do trabalho*, p. 33.

“Quando visitares um doente convém perguntar-lhe o que sente, qual a causa, desde quantos dias, se seu ventre funciona e que alimento ingeriu”, são palavras de Hipócrates no seu livro “Das afecções”; a estas indagações, devia-se acrescentar outra: “e que arte exerce?”.

Essa é a promessa constitucional, cujo pagamento viria mediante a prática de políticas públicas tendo em vista reduzir as desigualdades sociais e a promoção da justiça e do bem-estar sociais.

Todavia, a situação de miséria do povo brasileiro trabalhador era tão gritante que, apesar do aparato normativo e das políticas públicas postas em prática até agora, o Brasil continua estacado na 82ª posição em desenvolvimento humano, rivalizando nas Américas com o Haiti, a exigir mais esforço político e econômico para corrigir as distorções sociais. Com efeito, o Brasil ostenta a condição de sétima economia do mundo, mas vergonhosos índices de desenvolvimento humano: com elevado analfabetismo, retardamento educativo, dos menores tempos de escolaridade, dos menores níveis de aprendizado, péssima saúde pública, descomunal violência. Logo, o momento exige ações positivas para colocar a locomotiva brasileira nos trilhos da mínima justiça social, nos níveis médios de educação e saúde das nações que se desenvolvem.

Conforme narrado no item 2, acima a situação dos camponeses nas décadas anteriores a 1970 era de fazer chorar. Na década de 1970 houve certa estabilidade social, consequência da bonança econômica, mas na década de 1980 e início da de 1990 a dificuldade econômica levou os trabalhadores a situação de muita dificuldade, suportada mediante o subsídio estatal, materializado nas políticas sociais de distribuição de cestas básicas.

Seguramente, os textos que veiculam as propostas de reforma trabalhista e previdenciária não trazem um único item positivo para os trabalhadores ativos e inativos. Ao contrário, carregam pesada carga de malefício, que, longe

de representar um ajuste ou correção do sistema, arrebatam-lhes o que já era insuficiente para cumprir a promessa constitucional⁽⁵⁾.

2.2. Release histórico

Faz-se esse *release* histórico porque os direitos de cidadania só ganharam concretude no Brasil a partir da Constituição de 1988, que já está no limiar dos seus trinta anos, razão pela qual as pessoas menores de quarenta anos não têm ideia de como era a situação anteriormente.

Antes de 1970, num Brasil ainda rural, a cobertura da Previdência Social limitava-se ao setor urbano. E mesmo assim, a muito restrita, porque dependia de empresas formalizadas e empregos com registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social. Os descobertos compunham a maioria no setor urbano e todos do setor rural. O Brasil era uma chaga aberta. A economia e as posses de bens concentravam-se em poucas mãos. Pouca gente possuía casa para morar. O povo morava em casas de taipa, palha, tábuas de caixas de embalagens. Saneamento básico quase zero. Toda essa realidade começou a mudar com a instituição engenhosa do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, pela Lei n. 5.107/66. Surgiram os grandes conjuntos habitacionais nas periferias das cidades e os ricos imóveis nos bairros nobres, financiados pelo sistema do FGTS. Se fosse dado fechar os olhos e ver as cidades sem a ação desse Fundo, veríamos imensas vastidões de feiura e pobreza.

O povo do campo vivia medievalmente. Os proprietários fazendo provisões para a velhice e os sinistros; os pobres, agregados à propriedade, passando fome e entregues à sorte. Dizia o operário jovem que seu trabalho, com baixíssima remuneração e nenhum seguro social, tinha que dar para três coisas: sustentar-se, fazer uma provisão para o futuro e pagar uma dívida antiga. A provisão para o futuro era criar os filhos, que o amparariam na velhice; e a dívida antiga era o sustento dos pais idosos.

(5) LIMA, Francisco Meton Marques de. *Os avanços sociais nos 20 anos da Constituição de 1988*.

O Presidente Emílio Garrastazu Médice instituiu o FUNRURAL, pela Lei Complementar n. 11/1971, que assegurou aposentadoria ao trabalhador rural, como hoje está, redimindo o trabalhador rural da absoluta indigência na velhice e na invalidez. Dizia o rurícola que era Deus no céu e o Médice na terra.

Devido às péssimas condições de vida e de saúde, envelhecia-se muito cedo, aos quarenta anos. Sessenta já era idade demais. A mulher e a criança eram as maiores vítimas daquele maldito sistema. A mortalidade materna era assustadora e a infantil arrasadora. As mulheres morriam de parto. Era raro um homem de 40 anos não haver viuvado uma ou duas vezes. Hodiernamente, só se vê viúva. As crianças morriam antes dos dois anos de vida.

Em Campanário, no Município de Uruoca, no Ceará, era um anjinho atrás do outro atravessando a povoação rumo ao cemitério, que ficava do outro lado, conduzidos por um pequeno cortejo de parentes e amigos da família, entoando o hino à Virgem Maria: avé, avé, avé Maria... Os mais ricos vinham em pequenos esquifes fabricados em poucas horas de tábuas brutas pelo marceneiro e revestidos de papel crepom, azul os meninos e róseo as meninas. As moças da povoação colhiam flores de jasmim no jardim de Dona Auta para enfeitar os pequenos finados. A Zeli era uma espécie de líder comunitária e reunia grupos de moças na sala da casa de Dona Auta para preparar revestimento de papel crepom para os esquifes. Tudo isso sem qualquer pagamento. Os adultos mais ou menos eram conduzidos à sepultura em caixões de madeira bruta, confeccionados na noite, durante o velório, revestidos de tecido preto. Os pobres eram conduzidos em rede de tecido, atada a uma estaca de madeira atravessando os punhos (da rede) e posta sobre os ombros de dois homens, um deles numa ponta e outro na outra extremidade da estaca. Quando o trajeto era longo, revezavam com outros homens. Mas quando o infeliz nem possuía rede nem ninguém lhe doava uma,

ele ia em rede emprestada, sendo despejado da rede na vala.

Aqui, abre-se um parêntese para registrar o dramático sofrimento de alguns personagens reais.

Aos finais de tarde as crianças corriam no terraço ao lado da casa. Era uma subida. Subiam e desciam correndo de braços abertos, imitando o voo do urubu. Queriam ser urubu aquela ave livre, dona do espaço sem fim. Enquanto isso, lá vinham eles, os protagonistas daquela época no Nordeste brasileiro.

O Chico Fulô vinha da pesca na lagoa da Liú, com uma cumbuca de piabas, que seriam assadas para o jantar sobre uma esteira, juntamente com os cinco filhos. Eles não usavam talher, comiam com a mão, sobre uma esteira de palha redonda estendida no chão. Mas era só alegria, quanta felicidade em torno daquela esteira de piabas com farinha e uns canecos de alumínio bem areados. Depois, ele viuvou e se casou com uma viúva, a Zilda, que já trazia um filho. E mais uma reca de meninos nasceu para continuar a cadeia de sofrimentos e necessidades.

Ele era filho do seu Fulô, já bem velhinho fabricando rede de pescar, chamada malhadeira. Morava com sua esposa, dona Chaga, numa união de passarinho, numa casinha de taipa no alto da Liú. Quando ela morreu, dois ou três dias depois ele fechou os olhos. Vizinho dele morava sozinho o Mané-onça, um preto velho todo encurvado, quase enterrando a cabeça no chão. Contava-se que o Onça do Mané vinha de um feito heroico. Quando criança, ele era muito apegado ao seu senhor, o velho Tomaz. Contava dez para doze anos quando seguia seu senhor por dentro do mato, porque fora proibido de o seguir naquele dia. A certa altura, uma onça se prepara para dar o bote sobre seu Tomaz e o Menino Mané mandou fogo na onça e a acertou em cheio. Agora, já idoso, vivia da caridade dos Ramos, família a que servira desde jovem. Nesse tempo não havia aposentadoria rural.

O Pedro Amaro vinha com sua feira semanal, que era rigorosamente contabilizada no seu orçamento para sustentar a mulher e duas filhas ainda pequenas, magrinhas e tão brancas, quase transparentes. Vários pequenos embrulhos numa sacola de pano: um quilo de arroz, um litro de farinha, 200g de açúcar, 100g de café, 200g de toucinho. E ainda ia o dedinho de óleo de cozinha, o vidrinho de querosene de lamparina, a pimenta, o alho e o coloral. Casara-se já rapaz velho, com uma moça nova e igualmente pobre. Era extremamente probo, religioso e reservado, incapaz do menor vício ou deslize moral. Era alto e magro, caminhava vergado para frente, com a barriga funda, como se o umbigo encostasse na coluna. Padecia com sua recatada família de imensa carência de calorias.

Vivia-se com pouco. Cozinhava-se a lenha, que era extraída nos matos do entorno, a água era tirada do cacimbão público, não havia luz elétrica e o rio dava peixe.

Os comboieiros que ali acampavam suas tropas para o descanso. Tiravam as cargas dos jumentos e dos burros, peavam os animais e os soltavam durante a noite para comerem o capim brabo que ali crescia. Fazia dó os animais com o lombo em carne viva! Quando lhes tiravam as mantas que forravam as cangalhas, estavam grudadas nas feridas e vinham com o cascão pregado. Os tropeiros colocavam uma mochila de milho atada ao focinho de cada animal, para saboreio vespertino. Eles se espojavam, virando de um lado para o outro na poeira, estrumavam a terra e urinavam muito. Os tropeiros chegavam ao anoitecer e descansavam durante esta noite, o dia seguinte e mais uma noite, para partirem antes do amanhecer do segundo dia. As cangalhas eram postas nos animais por sobre as feridas ainda não saradas. E sobre cada um sua carga de oitenta a cem quilos, para mais cem quilômetros de viagem.

Um desses tropeiros, o Zacarias, era alcoólatra. Quase sempre que ali aportava com sua mercadoria embriagava-se por um mês. Roubavam-lhe quase tudo. Seus jumentos

peregrinavam à deriva. Mas ele sempre os recuperava. Caía nas coxias, urinado e obrado. Esse homem parecia não ter pai, mãe, mulher, filhos, irmãos. Nem se sabe quem afinal o socorria. Dona Auta dizia que ele ficara assim desde que, certa vez, ao retornar de uma de suas viagens transportando cargas das praias e da serra para o sertão, encontrou a casa vazia. Sua mulher havia fugido.

O Mané Mata era outro caso de horror alcoólico. De tão magro, passaram a chamá-lo Mané Mago — nome de um inseto que parece uns palitos colados em cruz. Tinha altura, mas devia pesar menos de 40 quilos. Homem trabalhador e honesto, morador das terras da Lica, onde se criara sem conhecer os pais. Embriagavam-no maldosamente, punham-no sobre uma mesa no centro do bar, sem camisa e com a calça arregaçada até o tronco da coxa, a discursar para uma pequena plateia de moleques de bar. Um esqueleto vivo. Duas vergontas de osso com um nó no meio compunham suas pernas. As costelas lembravam cadáveres de animais mortos na seca. Os meninos morriam de medo dele naquele estado. Apesar de tudo, ele tinha apurado senso de bom humor, provocando gargalhada na piãozada na hora em que se preparavam para ir trabalhar.

A mulher do Mané Mata, a Cecília, era gorda e cega. Porém, muito habilidosa, cuidando bem da casa, da comida e da roupa do marido. Mantinha tudo bem limpinho. Ambos não envelheceram.

Aconteceu uma briga de casal. Era o Cuca com sua Sebastiana, a quem ele chamava “Meu Zói de Botão”. Eles não tinham filho nem bens. A separação era irreversível. Repartiam panelas tisanadas e amassadas e esteiras de palha. Mas chegou o impasse: cada um queria ficar com a única rede. Até que o Raimundo Benício intercedeu e doou uma rede nova para ela.

O Carnaúba e sua querida Teresa habitavam um barraco que antes fora chiqueiro dos porcos do Raimundo Benício, que eles cobriram de palha para morar. A Teresa e carregava água

na cabeça para as casas o dia inteiro, até já escurecendo. O Carnaúba, alto, magro e pele macerada, retornava da roça no fim da tarde com um toro de madeira no ombro, para fazer lenha. Vieram para lá com seus cinco filhinhos, todos muito magros, lembrando aquelas imagens da Etiópia e amarelinhos que não dava para distinguir-lhes a verdadeira cor da pele. O mais velho, o Carnaubinha, já com cinco anos, pesava menos dez quilos. Amarelinho, só tinha cabeça e olhos. O tórax dava para contar-lhe cada peça de osso, abdômen colado à coluna e os membros uns garranchinhos. Mas eram todos tão alegrinhos! Certo dia, o Carnaubinha amanheceu com febre alta e diarreia. Com três dias morreu repentinamente. Mais três dias depois, o segundo... em quinze dias foram os cinco. No entanto, a mãe reagiu resignadamente, perdoem-me a comparação, como a cadela a que subtraem os filhotes. Parece que o golpe foi tão violento que nem lhe deu margem para sentir.

A Luzia Pedro morava com o marido e os filhos em uma choça afastada do povoado. Passava-se por lá de manhã. Ninguém em casa. A panela vazia sobre a trempe de pedras apagada. Nenhum indício de alimento. O seu Chico Balbino não jantava restos do almoço, muito menos aproveitava restos do dia anterior. Logo, sua janta era totalmente nova, desde o feijão até os temperos. Ela gostava de lavar os pratos da casa dele para levar a lavagem para os filhos. Trazia um alguidar, em que jogava o resto da panela de feijão, o pegado do arroz, os restos dos pratos dos meninos fastiosos. Completava com uns punhados de farinha que a Dona Auta lhe autorizava.

Quase todos de vida tão difícil... a Maria Soares e seu irmão Benedito Soares, que era cego de um olho, botavam água para as casas. Ela carregava na cabeça, sobre a rodilha, uma lata de 20 litros de água; ele carregava duas latas de 20 litros, cada uma atada à extremidade de um pedaço de pau, que punha sobre o ombro. O Setubal com seus cinco filhos faziam roça,

sob muita fome. Contava ele que quando chegava a safra a panela fervia dia e noite e toda e a qualquer hora eles e quem chegasse iam à panela comer. O Mudo era marceneiro e sua mulher, a Maria do Mudo, era confeitadeira. O Antonio Messias trabalhava de roça (ele, a esposa e quase todos os filhos, morreram de tuberculose).

O Zé Domingos era um idoso que sofria muito assédio moral da molecada. Apelidavam-no de todo nome, como Casaca Preta, Zé Bebé, Coletor e outros. E ele reagia com toda espécie de impropérios e referência às partes das mães dos agressores. Era uma grande algazarra em torno do idoso e da casa dele: — ei, Casaca Preta! Gritavam os moleques como o Edias, o Chico Antonio, o Biquim, os Negos do Chaguanrique. — O p. de tua mãe, jumento sem vergonha! Respondia ele. Saía com um facão, dando panadas no vento, amarrava um espeto numa vara e, pela parede de palha de sua casa tentava atingir os demônios. Eles se esgueiravam, saltavam e gritavam mais insultos, assoviavam... Uma vez por mês ele fazia uma viagem em seu jumento, passava dois ou três dias sumido. Retornava com o animal carregado de esmolas que recebia: feijão, milho, jerimum, batata doce, banana, melancia. Ele escanchado entre os fardos.

Mas as cenas mais comoventes são as da Laíde. Depois dela, todo sofrimento é pouco. Tratava-se de uma mulher miudinha. Pequena e magra. Parecia uma menina desnutrida de oito anos, olhos graúdos, rasos, esbugalhados e sem brilho. Mas era uma potência no trabalho, batia uma trouxa de roupas por dia no lajedo do rio da Pedra Preta. Seu marido era o Zé Meruoca, um homem de dois metros de altura e magro, vergando para frente, parecendo uma canaubeira torta. Era muito trabalhador, honesto, prestativo, extremamente manso e paciente. Além de roceiro, era rezador. Curava quebranto, bicheira de animal e ferida braba. Certa vez, um garrancho arranhou a perna de um dos filhos do seu Chico Balbino e com o

pouso da mosquitada infeccionou. Virou ferida e avermelhou, com pus e dor. Seu Meruoca passava em frente à casa dele e dona Auta o chamou para rezar no menino. Ele não disse nada, simplesmente pegou de uns galhos de vassourinha e passou para lá e para cá sobre a ferida, balbuciando em silêncio uma oração. Fazia uma cocegazinha relaxante, era gostoso. Com três dias a ferida murchou e iniciou a sarar. Rezou outras vezes, por outros motivos. Ele nada cobrava. Falava pouco, benzia-se antes de iniciar a cura. Lembrava a imagem de um apóstolo de Jesus.

Pois bem! A Laíde, mulher do Meruoca, também sofria de alcoolismo. Tinha crises terríveis. Eles eram moradores do Nonato Belo. Ela vinha fazer compra no povoado, Campanário, e iniciava a bebedeira, que durava vários dias. Quando nesse estado, os moleques de rua cercavam-na como cães acuando uma caça. Apelidavam, insultavam, puxavam-lhe o cabelo. E ela reagia com os nomes mais impróprios às partes das mães deles. Levantava o vestido, gritava e bradava. O Meruoca vinha resgatá-la. Punha-a no braço, como a uma criança, e ela esperneava com toda a potência do álcool, esmurrava-o e o xingava de todo nome. Mas, aquele santo, nada dizia nem revidava. Simplesmente partia com ela no braço. Não demorava muito e ela já estava de volta, a fazer o mesmo espetáculo. E ele novamente... Caminhava firme com ela no braço, apanhando na cara. Simplesmente ia virando o rosto para um lado e para o outro, tentando mudar de lugar das bofetadas. Nunca se viu a mínima cena de brutalidade dele. Esse, sim, era um exemplo de homem!

Tudo aquilo era muito estranho. Mas o povo em geral era indiferente, como se fosse normal a anormalidade no complexo daquela normalidade rude.

Ela gritava a todo o pulmão que tinha um espaço já garantido no céu, porque para lá Deus havia lhe levado dois coros de anjos. Um coro de anjo, dizia dona Auta, eram sete crianças

falecidas. Ou seja, a mortalidade infantil havia subtraído catorze filhos à infeliz Laíde.

Hoje, interpreta-se o sofrimento daquelas criaturas. A mãe que perdera um pedaço de si em cada filho que havia morrido não podia mais ter saúde mental, depois de velar catorze rebentos. Quantas noites insones, tendo que assistir a respiração esvair-se, até a consumação de cada criança. Tantas noites agônicas velando à luz de lamparina os pequenos finados, que nem ocuparam os registros públicos. Nem existiram perante a lei. Batizados em casa, em nome de José os meninos e de Maria as meninas, sob um punhado d'água, uma pitada de sal e uma vela acesa. Impossível imaginar o tamanho de cada dor, catorze vezes repetidas. E o Zé Meruoca suportava o peso de tanto suplício e mais a síndrome de sua sempre menina Laíde.

Todos eles trabalhavam muito, mas por muito pouco dinheiro, não tinham direitos, nem assistência de quem quer que fosse.

Todos esses personagens purgaram sob pesadas e cortantes cruzes. Seriam facilmente tratáveis em poucas sessões de médicos e psicólogos. No entanto, carregaram sozinhos seus fardos, obstinadamente, sem ajuda de Cireneu, nem uma única queixa, nem protesto. Apesar do vício de alguns, eram criaturas santas. Não ofendiam a ninguém e serviam a quantos os solicitassem, independentemente de retribuição. Não lhes faltavam tempo nem boa vontade para servir. E, a despeito de tanto suplício, nunca deixaram de crer em Deus, de venerar a Virgem Maria e bendizer o nome de Jesus.

Que as piabas do Chico Fulô, a microfeira do Pedro Amaro, os anjinhos do Carnaúba, os jumentos do Zacarias, a ceguinha do Mané Mata, os apelidos do Zé Domingos, os coros de anjos da Laíde e do Meruoca, as lavagens da Luzia Pedro tenham-se-lhes convertido em fontes de alegria, descanso, conforto, fartura e felicidade na vida eterna.

Esses personagens foram reais e são referenciais de valores, cuja bondade, desprendimento

e paciência admiram e inspiram. Esses nossos heróis morreram todos antes da hora, não de overdose de drogas, mas de overdose de sofrimento e de abandono pelo Poder Público. Salve-os Deus!

2.3. O concretismo antissocial em andamento no âmbito das decisões do STF

São vários pacotes de reformas que implicam reformas trabalhistas, umas veladas, embutidas em outras matérias, e outras ostensivas, como o da terceirização ilimitada e o da prevalência do negociado sobre o legislado. Por outro lado, a (de)reforma parte de várias frentes, como da própria Justiça, cf. se testemunha de várias decisões orquestradas da Suprema Corte (o STF), valendo destacar:

- a) a liminar pronunciada nos autos da ADPF — Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 323⁽⁶⁾, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen), que desautorizou a Súmula n. 227 do TST, a qual assegurava ultratividade das cláusulas negociais e assim havia instalado uma certa paz entre os patrões e os empregados. A respeitável decisão da Colenda Suprema Corte, *data venia*, reinstala a intranquilidade, a insegurança e, pior, estimula o conflito entre as categorias fortes e o total agachamento das categorias frágeis. Cabe a pergunta: a quem atendeu essa decisão tão infeliz? Ora, de pobreza, sofrimento e violência, já basta!;
- b) em outro julgado, pronunciado no Recurso Extraordinário (RE) n. 760.931, com repercussão geral reconhecida, desautoriza o item IV da Súmula n. 331 do TST, para exonerar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública nos contratos de terceirização. Será que os eminentes Ministros da Corte Suprema estão em Marte? Ignoram tamanha realidade? Senhores, os terceirizados estão morrendo de trabalhar,

por salário miserável, submetidos a humilhação canina e não estão recebendo seus direitos, sequer os salários. As empresas embolsam o dinheiro da contratante pública e desaparecem. Quem deve pagar o trabalho dispendido, senão o tomador do serviço?;

c) conferiu, nos autos do Recurso Extraordinário (RE) n. 590.415, com repercussão geral reconhecida, efeito liberatório total do acordo de Pedido de Desligamento Voluntário, demolindo uma tradição legal, cristalizada no art. 477, § 2º, da CLT e na Orientação Jurisprudencial n. 470 do Tribunal Superior do Trabalho. Assim, se o infeliz descobrir que havia uma diferença em seu favor, como se diz no popular, “dançou”, pois não pode mais reclamar seus direitos. Ora, quem já se viu dar quitação do abstrato, do desconhecido? O Código Civil (art. 320⁽⁷⁾), berço dessa matéria, preceitua que se quita o que efetivamente se recebe;

d) no RE n. 70.912, com repercussão geral reconhecida, põe abaixo toda uma tradição legal e jurisprudencial, reduzindo a prescrição trintenária do FGTS para quinquenal. Ora, é sabido que Previdência e FGTS são os direitos sociais mais sonegados pelas empresas de todos os portes. Daí a lei haver fixado a prescrição em trinta anos, que correspondia, à época da lei (Lei n. 8.036/89), ao tempo de serviço para aposentadoria voluntária. Assim, sendo esse recolhimento de fiscalização pela União, a leniência desta, como sói acontecer, vai acarretar um prejuízo desmedido para o trabalhador, que se surpreenderá no fim da vida com o calote que levou no seu Fundo (de Garantia);

e) mediante reiteradas decisões, reduz a competência da Justiça do Trabalho para

(7) Art. 330. A quitação, que sempre poderá ser dada por instrumento particular, designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante.

(6) BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

processar e julgar as reclamações envolvendo a contratação de servidor público sem concurso público. Por esse viés, a Suprema Corte do Brasil abre um salvo-conduto para a exoneração da responsabilidade da Administração Pública e de seus (ir)responsáveis gestores, que contratam servidores públicos sem concurso público, ao arrepio da Constituição, dando continuidade à colonial política de clientelismo, sem nenhuma consequência;

f) sepultou de vez a contribuição confederativa, cf. Súmula Vinculante n. 40.

Isto é só uma amostra do papel que vem desempenhando um dos instrumentos que seria de dar concretude ao Estado Social de Direito, no entanto, vem servindo eficientemente à infernal orquestra.

2.4. A serpente lançada pelo Poder Executivo

O projeto que o Governo encaminhou ao Congresso Nacional no final de 2016 aparenta ingênuo e simplório, apenas uma maquilagem no sistema já existente. Porém, é uma serpente, que, silenciosa e sorrateira, vem carregada de persona, trazendo o germe de um desmonte total do sistema.

Os termos acordados em negociações coletivas entre trabalhadores, por meio de sindicatos, e empresas podem prevalecer sobre a legislação em 12 pontos. Analisemos.

Alguns dos itens que poderão entrar em negociação: parcelamento das férias anuais em até 3 vezes, participação nos lucros, remuneração por produtividade, trabalho remoto, registro de ponto, banco de horas e o intervalo entre jornadas.

Esse item atende a um dos pilares do programa de flexibilização das relações de trabalho, que é a redução dos salários e sua submissão às leis de mercado, ou seja, só poucos trabalhadores de determinados setores da atividade econômica, e submetidos a situações cíclicas, gozarão de melhores remunerações.

A proposta mantém a jornada padrão de trabalho de 44 horas semanais com mais quatro horas extras, mas permite que a jornada em um dia chegue a 12 horas (oito padrão mais quatro extras), desde que respeitado o limite de 48 horas semanais. Aqui se abre a porta do retrocesso, o retorno à jornada de 48 horas vigente antes da Constituição de 1988. A remuneração das quatro horas extras, como é sabido, dificilmente ocorrerá.

Os representantes dos trabalhadores nessas negociações serão eleitos: no mínimo um e no máximo cinco por empresa. Ora, isto é uma inconstitucionalidade escrachada, pois o art. 8º, VI, da Constituição, preceitua que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”. Aliás, consta do abecedário trabalhista que a expressão “negociação coletiva” significa negociação com o sindicato profissional.

Esses representantes terão mandato de dois anos com possibilidade de reeleição, e garantia no emprego por seis meses após o fim do mandato. Outra redução de direito, pois no sistema da CLT e de outras leis trabalhistas, a estabilidade do dirigente sindical, da CIPA, do representante dos trabalhadores na empresa, do que sofreu acidente de trabalho etc. é de 12 meses após o fim do evento.

A contratação por trabalho parcial será ampliada de até 25 para até 26 horas semanais, com horas extras, ou até 30 horas semanais, sem horas extras. Dispensa comentários, porque já externa a intenção de escamotear o emprego regular.

Criação do Programa Seguro-Emprego (PSE) por mais 2 anos. É uma remasterização do Programa de Proteção ao Emprego (PPE), criado pela ex-presidente Dilma Rousseff e que terminaria no final desse ano.

As empresas em crise podem aderir de forma voluntária. Perdem o direito de demitir, mas ganham a possibilidade de cortar salários e jornadas. O governo compensa parte da perda

com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). Ou seja, as empresas podem forjar uma situação para se exonerar de parte dos salários dos trabalhadores, transferindo o respectivo encargo para os próprios obreiros, que são os genuínos titulares do Fundo de Amparo aos Trabalhadores.

2.5. Dez consequências antissociais da franca terceirização

A Lei n. 13.429/2017 liberou a terceirização para todos os níveis da atividade econômica e empresarial. Ao se referir ao tomador do serviço, expressa sempre o termo “empresa”, transparecendo que o setor público não empresarial não está ao seu alcance. No entanto, não vai demorar aplicar-se o § 1º do art. 2º da CLT, empresa por equiparação. Assim, com as interpretações permissivas, a lei abrange todas as atividades de todas as empresas e do setor público, com franquia para a subterceirização ou quarteirização.

As consequências imediatas são factuais, amplamente deduzidas da *marchandagem* já praticada à sombra da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a) redução salarial; b) aumento da jornada real de trabalho, ante a limitação imposta aos descansos; c) elevação da rotatividade da mão de obra; d) incremento dos acidentes de trabalho; e) sobrecarga no sistema de saúde e de previdência social; f) aumento da precarização das relações de trabalho; g) volta ao clientelismo político, em que os trabalhadores têm que pedir emprego em troca de voto; h) debilitação do sistema sindical; i) prejuízo para o contribuinte; j) queda da qualidade dos bens e serviços.

Conforme se lê da colocação sempre genérica do texto, vai ser possível a terceirização quase generalizada também nos serviços públicos da Administração direta e indireta, com incalculável prejuízo à regra do concurso público e do preenchimento dos cargos públicos pelo critério da meritocracia e da competência.

Outra consequência danosa para o serviço público será a responsabilidade subsidiária,

agora consagrada na lei para todos os que contratarem sob sua égide, pondo fim à irresponsabilidade da Administração Pública que a Suprema Corte vinha chancelando. Enfim, algo positivo! Com isso, o prejuízo do contribuinte vai se acentuar, pois ninguém ignora a realidade dos constantes calotes que as prestadoras de serviço aplicam nos seus empregados que mourejam no serviço público. A instituição pública paga duas vezes.

Certamente, vão se multiplicar as fraudes aos direitos trabalhistas, o calote nos trabalhadores e, por conseguinte, a demanda judicial, individual e coletiva.

As consequências mediatas também são palpáveis, como o aumento do acidente de trabalho, em virtude das jornadas extenuantes, falta de treinamento adequado e falta de compromisso do tomador do serviço com o trabalhador. O adoecimento será inevitável, inclusive os transtornos mentais decorrentes do trabalho, a demandar mais gastos da Previdência Social, com as licenças e as aposentadorias precoces. Por sua vez, desse conjunto da ópera, resultará o empobrecimento da população, concentração de renda e aumento da violência.

Nessa sinfonia maldita, a política de desemprego compõe um dos acordes mais salientes. Sim. Isto faz parte do plano de desmonte das estruturas trabalhistas, como o enfraquecimento das associações sindicais e a corrosão do próprio princípio protetor do trabalhador.

Confirmando o que dissera Jelinek, que o Estado é um sistema aparelhado de dominação, em que os que mandam dispõem do aparelho estatal para impor sua vontade, a ideologia diabólica que embala a insana reforma instaurou-se na cúpula dos Três Poderes da República, que, interdependentes e harmônicos (pelo menos neste ponto), promovem o mais devastador desmonte do Estado Social de Direito constante do programa da Constituição de 1988.

3. Reforma previdenciária

A PEC n. 287 propõe alterar os arts. 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social.

3.1. O saco de maldades do Governo

O “pacote” encaminhado pelo Governo ao Congresso sinaliza o aumento das dificuldades para se alcançar a aposentadoria. Certo que essa PEC ainda sofrerá muitos ajustes até a sua aprovação final. Porém, as diretrizes básicas já estão estabelecidas, a saber, nos limites das quais ocorrerão as negociações para aprovação:

- a) aumento da idade mínima para aposentadoria — 65 anos;
- b) maior tempo de contribuição;
- c) redução do valor das pensões;
- d) redução do valor das aposentadorias por invalidez;
- e) redução das aposentadorias rurais;
- f) liquida com o servidor público e seus dependentes: mais dificuldade para se aposentar por invalidez, o valor dos proventos serão limitados ao teto dos benefícios previdenciários, vedação de mais de uma aposentadoria e de acumulação de pensões por seus dependentes, redução vertiginosa do valor dos proventos e das pensões, dentre outros pontos.

O que entra na pauta de discussão das Casas Legislativas é apenas o grau das agravantes enumeradas. Certamente, se trata de uma redução demasiadamente excessiva de direitos, desproporcional ao necessário, pois se for feita a conta na ponta do lápis, representa um corte equivalente a dois terços do que é atualmente praticado. Algum ajuste é necessário, para eliminar abusos e corrigir injustiças no uso do sistema, porém, certamente não será necessário tanto. Assim, é justo que se eliminem os acúmulos de aposentadorias (salvo quanto aos cargos acumuláveis) e os acúmulos de pensões e de pensões com aposentadoria; que se exijam tempo mínimo de contribuição para o sistema

e se leve em conta a média das contribuições do último decênio; que se aproveite o potencial máximo do servidor antes de aposentá-lo por invalidez etc. Todavia, não atende aos critérios de justiça a proposta em relação aos valores dos proventos de aposentadoria por invalidez e das pensões aos dependentes, que ficarão reduzidos a estado de penúria.

3.2. Aposentadoria post mortem

Mas o que mais preocupa é a proposta de exigir do trabalhador filiado ao regime geral da Previdência Social o mínimo de 49 anos de contribuição para ter direito a aposentadoria com proventos integrais. Com efeito, a economia do Brasil registra elevadíssima rotatividade de mão de obra, em que os trabalhadores intercalam entre um e outro vínculo formal considerável tempo no desemprego ou na informalidade. Somente poucos trabalhadores de alguns segmentos da economia ou do setor público terão o privilégio de tamanha longevidade do vínculo formal. No trabalho braçal, mesmo que o pedreiro, o servente, o marceneiro, o estivador e equivalentes conseguissem trabalho formal continuamente, a saúde não lhes assistiria por esse tempo todo. Por idade, somente a partir dos 65 anos com 25 anos de contribuição. O resultado é que prevalecerão as aposentadorias proporcionais. Considerando que a média de expectativa de vida do homem brasileiro se aproxima de 72 anos de idade, sendo que a do homem piauiense não chega a 67 anos⁽⁸⁾, quem conseguir se aposentar usufruirá do benefício, em média, por pouco tempo. O Senador Paulo Paim relata que, pela proposta, o trabalhador precisa começar a contribuir com 16 anos. Se começar a trabalhar aos 20, passará dos 70 para ter direito a aposentadoria integral.

Como se vê, a proposta não é justa, maltrata demais todos os contribuintes do sistema, mas

(8) Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/expectativa-de-vida-do-brasileiro-ao-nascer-e-de-755-anos-diz-ibge.ghtml>>.

representa um roubo descarado aos mais humildes, porque os trabalhadores braçais e todos os mais pobres morrerão de trabalhar, darão a maior cota da contribuição previdenciária e usufruirão pouco das aposentadorias e das pensões, proporcionando considerável excedente de arrecadação em favor dos, digamos, “bacanas”, que vivem boas condições de vida e de trabalho e por consequência terão mais longevidade.

É de se repetir a frase de Cristo: *Vade retro satanás!*

3.3. *Levantai-vos heróis do Novo Mundo!*

Senhor Deus dos desgraçados!
Dizei-me vós, Senhor Deus,
Se eu deliro... ou se é verdade
Tanto horror perante os céus?!...
Ó mar, por que não apagas
Co'a esponja de tuas vagas
Do teu manto este borrão?
Astros! noites! tempestades!
Rolai das imensidades!
Varrei os mares, tufão! ...
(...)
Auriverde pendão de minha terra,
Que a brisa do Brasil beija e balança,
Estandarte que a luz do sol encerra
E as promessas divinas da esperança...
Tu que, da liberdade após a guerra,
Foste hasteado dos heróis na lança
Antes te houvessem roto na batalha,
Que servires a um povo de mortalha!...
(...)
Fatalidade atroz que a mente esmaga!
Extingue nesta hora o brigue imundo
O trilho que Colombo abriu nas vagas,
Como um íris no pélagos profundo!
Mas é infâmia demais!... Da etérea plaga

Levantai-vos, heróis do Novo Mundo!

Andrada! arranca esse pendão dos ares!

Colombo! fecha a porta dos teus mares!

4. Notas conclusivas

Do exposto, é possível concluir que as reformas trabalhistas propostas, as já aprovadas pelo Congresso Nacional e em concretização pelo Supremo Tribunal Federal estão retrocedendo as conquistas sociais aos limites da República Velha, anterior a 1930, encastelando as oligarquias econômicas em detrimento dos trabalhadores e dos mais pobres.

A Lei n. 13.429/2017 liberou a terceirização para todos os níveis da atividade econômica e empresarial, no âmbito privado e no setor público, com franquia para a subterceirização ou quarteirização, implicando a redução salarial dos trabalhadores, o aumento da jornada e da rotatividade da mão de obra, o incremento dos acidentes de trabalho e, por consequência, imporá uma sobrecarga no sistema de saúde e de previdência social, bem como a queda da qualidade dos bens e serviços e aumento da violência.

Por sua vez, a proposta de reforma da Previdência Social vem pulverizando as possibilidades de aposentadoria dos trabalhadores urbanos e rurais, públicos e privados, arrebatando-lhes o direito a um merecido descanso quando ainda houver vida.

As consequências dessas reformas implicam retroagir o Brasil aos níveis sociais das décadas anteriores a 1970, como narrado no item 1.2: aumento da concentração de renda, agravamento da saúde (ou melhor, das doenças), empobrecimento do povo, queda de arrecadação dos municípios. Mas o pior que vem nesse maldito embrulho é a violência generalizada, pois, como diz Dom Hélder Câmara, as injustiças sociais são fontes de violência.

Estão ressuscitando os Jecas Tatus e os heróis da era pré-social, que morreram de overdose de sofrimento e de abandono do Estado, dando

funcionalidade à Lei do Eterno Retorno, assim definida por Nietzsche⁽⁹⁾:

Esta vida, assim como tu vives agora e como a viveste, terás de vivê-la ainda uma vez e ainda inúmeras vezes: e não haverá nela nada de novo, cada dor e cada prazer e cada pensamento e suspiro e tudo o que há de indivisivelmente pequeno e de grande em tua vida há de te retornar, e tudo na mesma ordem e sequência — e do mesmo modo esta aranha e este luar entre as árvores, e do mesmo modo este instante e eu próprio.

5. Referências bibliográficas

ALVES, Castro. *Navio Negroiro*.

BARBOSA, Rui. A questão social e política do Brasil. In: *Revista Ciência e Trópico*, Recife, Editora Massagana, vol. 9, n. 2, jul./dez. 1981.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

_____. *Supremo Tribunal Federal*.

_____. *Lei n. 13.429/2017*, que altera a Lei n. 6.019/1974 e regulamenta a terceirização.

_____. IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<http://g1.globo.com/>

bemestar/noticia/expectativa-de-vida-do-brasileiro-ao-nascer-e-de-755-anos-diz-ibge.ghml>.

LIMA, Francisco Gerson Marques de; LIMA, Francisco Meton Marques de; MOREIRA, Sandra Helena Lima. *Repensando a doutrina trabalhista — o neotrabalhismo em contraponto ao neoliberalismo*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. O avanço dos direitos sociais nos 20 anos da Constituição. In: LIMA, Francisco Meton Marques de; PESSOA, Robertônio Santos. *Constitucionalismo, direito e democracia*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

_____. *O livro dos valores*. 2. ed. São Paulo: All Printe, 2017.

NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciência*. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal. São Paulo: Escala, [s.d.].

ORGANISTA, José Henrique Carvalho. *O debate sobre a centralidade do trabalho*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

PAIM, Paulo. Disponível em: <https://www.google.com.br/?gws_rd=cr&ei=8TLqWOuPM8e3wQTA8oegCg#q=reforma+da+previdencia>.

RAMAZZINI, Bernardino. *As doenças dos trabalhadores*. Trad. de Raimundo Estrela. Tradução de *Morbis artificum diatribe* São Paulo: Fundacentro, 2000.

(9) NIETZSCHE, Friedrich. *A Gaia Ciência* (1882).

A proteção do *Whistleblower*

Roberto Wakahara^(*)

Resumo:

- ▶ *Whistleblowing* é um instituto jurídico de origem norte-americana que busca proteger a figura do delator (*whistleblower*). Ao delatar, o empregado contribui para a sua empresa, evitando a repetição ou o agravamento da situação de desrespeito à lei, sendo importante instrumento de conformidade corporativa. A sociedade também tem seus benefícios, eis que eventuais ilicitudes são punidas e sanadas. No entanto, ao denunciar, o empregado coloca em risco sua reputação profissional e pode sofrer inúmeras represálias. Desse modo, mostra-se necessário assegurar instrumentos de proteção ao delator (como, por exemplo, indenização exemplar, possibilidade de reintegração, previsão de perseguição ao delator como tipo penal, estipulação de multa trabalhista a ser aplicada pela fiscalização trabalhista, etc.) e medidas de incentivo à delação (como, por exemplo, recompensas etc.). O artigo explora ainda quais pessoas podem ser *whistleblowers* (servidores públicos, empregados públicos, empregados privados, estagiários, prestadores de serviços, consultores etc.) e a quem deve ser dirigida a denúncia (órgãos internos, autoridade pública, mídia, organizações não governamentais, etc.) para que a proteção legal exsurja. São tecidos alguns comentários sobre a realidade brasileira atual dos delatores, o Projeto de Lei sobre *whistleblowers*, que tramita no Congresso, e as medidas que entendemos necessárias para o fortalecimento do instituto.

Palavras-chave:

- ▶ Delação — Delator — Perseguição — Retaliação — Proteção.

Abstract:

- ▶ Whistleblowing is a legal institute of American origin that seeks to protect the figure of the whistleblower. When the employee blows the whistle he contributes to his company, avoiding the repetition or the worsening of the situation of disrespect to the law, being important instrument of corporate compliance. The society also has its benefits because the illicitudes are punished and healed. However, by reporting, the employee puts his professional reputation at risk and may suffer numerous reprisals. Thus, it is necessary to ensure instruments of whistleblower's protection (such as exemplary damages, reintegration, criminalize the persecution of the whistleblower, stipulation of a labor fine to be imposed by labor inspection, etc.) and incentive measures (such as rewards, etc.).

(*) Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Mestre em Trabalho, Saúde e Ambiente pela Fundacentro. Auditor Fiscal do Trabalho em São Paulo.

The article further explores which people may be whistleblowers (public servants, private employees, trainees, service providers, consultants, etc.) and to whom the complaint should be addressed (internal organs, public authority, media, nongovernmental organizations, etc.) for legal protection. Some comments are made on the current Brazilian reality of whistleblowers, the Bill of Whistleblowers, which is being discussed in Congress, and the measures we believe necessary to strengthen the institute.

Key-word:

► Whistleblower — Whistleblowing — Persecution — Retaliation — Protection.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Vantagens do instituto
- 3. Quem pode ser *whistleblower*?
- 4. Quem deve ser o destinatário da denúncia?
- 5. Mecanismos de proteção contra represálias
- 6. Mecanismos de incentivo ao instituto
- 7. A situação do delator no Brasil
- 8. Projeto de Lei sobre o tema
- 9. Considerações finais
- 10. Referências bibliográficas

1. Introdução

O termo *whistleblower* significa primariamente a pessoa que assopra o apito. Por isso mesmo está ligada à ideia de delação, ou seja, de comunicar a alguém a existência de uma irregularidade. Portanto, pode ser traduzido como denunciante ou informante.

O instituto tem longa data nos Estados Unidos⁽¹⁾, sendo que uma das primeiras leis federais a tratar sobre o tema foi a Lei de Alegação Falsa (*False Claim Act*), de 1863, também conhecida como “*Lincoln Law*”, editada para combater fraudes perpetradas por fornecedores em prejuízo do governo norte-americano durante a Guerra Civil. Por meio dessa lei, o governo permitia o pagamento de até 15% do

valor recuperado pelo Estado como recompensa ao empregado da empresa fraudadora que delatasse a conduta de sua empregadora.

Outra importante norma, porém muito mais recente, a prever a figura é a *Sarbane-Oxley Act*, de 2002. Essa lei foi editada para estimular a criação de mecanismos de segurança, conformidade e auditoria interna e externa nas grandes empresas, a fim de que os investidores tivessem maiores informações sobre o real estado da empresa. Seus principais pilares são a garantia da independência e da fidedignidade das informações prestadas pelos auditores externos e internos, bem como a proteção ao empregado que delatasse problemas internos (“*whistleblower*”), de modo a salvaguardar os direitos dos investidores.

Destaque-se que a figura do *whistleblower* não está restrita à proteção dos interesses dos investidores no direito norte-americano.

(1) GOEL, Rajeev K.; NELSON, Michael A. Whistleblower laws and exposed corruption in the United States. *Applied Economics*, Londres, v. 46, n. 20, p. 2.331-2.341, 2014.

Outros bens jurídicos também são tutelados por esse instituto como os direitos dos consumidores (*Consumer Product Safety Improvement Act, Consumer Financial Protection Act, FDA Food Safety Modernization Act*), os riscos nucleares (*Energy Reorganization Act*), os sistemas de transporte (*Federal Railroad Safety Act, Surface Transportation Assistance Act*) e a proteção do meio ambiente (*Clean Air Act, Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act, Safe Drinking Water Act, Solid Waste Disposal Act, Toxic Substances Control Act, Whistleblower Protection Enhancement Act*), entre outros.

Na seara labor-ambiental existe o Programa de Proteção do Delator da OSHA (*OSHA's Whistleblower Protection Program*), que decorre da previsão da Seção 11 (c) da *OSH Act*, que data de 1970.

Embora a OSHA seja a agência norte-americana especializada em saúde e segurança do trabalho, com o passar dos anos, o Congresso Norte-Americano expandiu a autoridade da agência para apurar violações às proteções ao *whistleblower* de outras 22 leis quando houver perseguição a trabalhadores. São leis que tratam desde alimentos até energia nuclear, passando por resíduos sólidos, mercado financeiro, direito do consumidor e amianto, entre outros assuntos. Aliás, a apuração de casos de retaliação envolvendo a própria Sarbanes-Oxley é de responsabilidade da OSHA.

Algumas leis estipulam um prazo para a OSHA resolver a questão da retaliação do *whistleblower*. No caso da Sarbanes-Oxley, esse prazo é de 180 dias. Não havendo solução no órgão administrativo, é permitido ao denunciante ingressar com demanda judicial.

Para resolver o caso, é conferida à OSHA a atribuição de efetivamente decidir sobre a questão. Gerald Cavalsina, Richard Cavalsina e Eugene Cavalsina⁽²⁾ relatam que em um

caso em que a OSHA percebeu violações aos direitos do *whistleblower* praticados por uma companhia de transportes ferroviários, a agência governamental determinou que a empresa indenizasse o trabalhador em 350.000 dólares (*punitive and compensatory damages*) e apagas-se de seu histórico funcional qualquer menção negativa realizada após a data da denúncia.

Na esfera internacional, existem diversas Convenções que preveem a figura do *whistleblower* como instrumento de auxílio ao combate à corrupção. É o caso da Convenção contra a Corrupção da ONU (Organização das Nações Unidas); a Convenção Interamericana contra a Corrupção da OEA (Organização dos Estados Americanos) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico).

No âmbito privado norte-americano, a figura do *whistleblower* está ligada especialmente às grandes corporações para a detecção e combate de irregularidades, inclusive corrupção. Ou seja, trata-se de uma iniciativa da própria corporação na qual os funcionários relatam as irregularidades cometidas por outros funcionários a órgãos internos da própria empresa especializados em resolver demandas. Assim, internamente a empresa soluciona a irregularidade, atingindo maior grau de conformidade e eficiência, preservando a imagem da empresa, reforçando padrões éticos, etc. Tais previsões surgiram inicialmente em Códigos de Ética empresariais e, posteriormente, passaram a ser exigidos por órgãos interempresariais como uma associação de empresas ou até mesmo como requisito para figurar em algum mercado, como por exemplo, uma bolsa de valores.

Segundo estudo feito pela Revista Código de Ética⁽³⁾ no ano de 2014, das 500 maiores

(2) CALVASINA, Gerald; CALVASINA, Richard; CALVASINA, Eugene. Responding to Occupational Safety and Health Administration (OSHA) whistleblower investigations:

policy and practice issues for employers. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, Londres, v. 19, n. 1, p. 56-64, 2016.

(3) Instituto Brasileiro de Ética nos Negócios. Pesquisa Código de Ética Corporativo América Latina.

empresas na América Latina, 102 delas já possuíam canais internos para o *whistleblower* fazer a denúncia.

Em outras partes do mundo, segue-se a mesma tendência de proliferação do instituto. Em estudo de 2011, Janine Pascoe e Michelle Welsh⁽⁴⁾ relatam que das 200 maiores empresas da Austrália, 63 possuíam políticas e procedimentos para *whistleblowing*.

2. Vantagens do instituto

O instituto traz vantagens para a sociedade, para a própria empresa e para o trabalhador.

Para a sociedade, a delação auxilia a elucidação de crimes e irregularidades, evitando desvios de dinheiro, coibindo casos de corrupção, permitindo o reingresso de valores ao Fisco, aumentando a arrecadação e incrementando o respeito à lei.

Ademais, o instituto permite o equilíbrio do mercado, uma vez que evita a concorrência desleal, visto que empresas que descumprem as normas costumam auferir vantagens econômicas por meio dessas irregularidades.

Para a própria empresa, o *whistleblowing* aumenta a sua conformidade, reforça padrões éticos e coíbe condutas irregulares.

Para o empregado delator, as vantagens também estão presentes. Ao denunciar, o empregado sente-se em paz consigo mesmo, um verdadeiro cidadão. A angústia de uma situação irregular é algo que pode atormentar pessoas que tem na obediência à lei um valor moral. Ademais, os delatores podem ver punidas pessoas que desrespeitam o direito, alimentando um sentimento de justiça. Por fim, há hipóteses em que *whistleblowing* prevê incentivos ao delator, como, por exemplo, retribuições financeiras.

Revista *Ética nos Negócios*, Campinas, v. 6, n. 14, p. 2-71, 2014.

- (4) PASCOE, Janine; WELSH, Michelle. Whistleblowing, ethics and corporate culture: theory and practice in Australia. *Common Law World Review*, Thousand Oaks, v. 40, p. 144-173, 2011.

3. Quem pode ser *Whistleblower*?

As pessoas que podem ser beneficiadas pela lei na condição de delatores variam de legislação para legislação.

Em tese, podem ser delatores empregados privados, servidores públicos ou até mesmo outros profissionais.

Leonardo Valles Bento⁽⁵⁾ destaca que não é necessário que o *whistleblower* seja sequer empregado. Poderia ser um prestador de serviços, um consultor, um trabalhador voluntário ou mesmo um estagiário.

Rajeev K. Goel and Michael A. Nelson⁽⁶⁾ relatam que em 45 dos 50 estados norte-americanos e no Distrito de Columbia as leis de *whistleblowing* protegem tanto servidores públicos como empregados privados.

No entanto, existem casos em que os protegidos pela lei são apenas servidores públicos e outros em que os beneficiados pela norma são apenas os empregados privados.

4. Quem deve ser o destinatário da denúncia?

Para que exista proteção, o destinatário da denúncia pode variar. Existem legislações que protegem apenas denúncias formuladas a órgãos públicos, outras que salvaguardam apenas denúncias formuladas a órgãos de auditoria interna da empresa. Há regimes mistos também, em que denúncias formuladas tanto a órgãos internos como a autoridades públicas gozam de proteção. E há regimes em que a denúncia interna é uma fase para a denúncia a órgãos públicos e que se o empregado delatar inicialmente para os órgãos públicos não gozará de proteção.

-
- (5) BENTO, Leonardo Valles. O princípio da proteção ao denunciante: parâmetros internacionais e o direito brasileiro. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 2, p. 785-809, 2015.

- (6) GOEL, Rajeev K.; NELSON, Michael A. Whistleblower laws and exposed corruption in the United States. *Applied Economics*, Londres, v. 46, n. 20, p. 2.331-2.341, 2014.

Gerard Sinzduk⁽⁷⁾ explica que de acordo com as leis do Estado do Texas, o *whistleblower* empregado só tem proteção legal se reportar os ilícitos a uma agência governamental incumbida de fiscalizar e fazer cumprir a lei. Se a denúncia for encaminhada tão somente aos canais internos da empresa, o *whistleblower* não gozará das garantias. Desse modo, Sherron Watkins, delator do caso da Enron, que apenas reportou os ilícitos ao CEO da empresa, sofreu diversas perseguições sem que pudesse se socorrer das proteções legais.

O professor Sinzduk⁽⁸⁾ destaca que na maioria dos estados não existe proteção se a denúncia for feita a mídia ou a organizações não governamentais. No entanto, o professor discorda dessas normas. Para ele, a proteção deveria se estender aos *whistleblowers* que denunciam a canais internos corporativos, a autoridades constituídas, a organizações não governamentais de proteção de direitos ou mesmo a imprensa.

O fundamento de que a proteção só deve ser garantida a denúncias a agências públicas é a de que a proteção não é voltada ao trabalhador, mas ao instituto do *whistleblowing*, pois o bem jurídico resguardado é o bem-estar público, uma vez que a obediência à lei é o que torna sociedade um local de convivência e de coexistência harmônica. Assim, a proteção ao *whistleblower* não deveria ser entendida pela ótica do direito laboral, mas pela visão do direito público.

Sinzduk⁽⁹⁾ destaca ainda que em diversas leis estaduais norte-americanas o *whistleblower* é obrigado a primeiro delatar aos canais internos da empresa e somente se a demanda não for atendida pelo órgão interno que ele poderá relatar o caso às agências públicas. Trata-se

de uma norma claramente destinada às corporações. Seus fundamentos são a proteção da imagem da empresa, incrementar a lealdade do empregado, permitir a continuidade da boa relação entre empregador e empregado e preservar a figura de comando empresarial. Esse sistema, contudo, facilita o acobertamento de ilicitudes e encoraja a retaliação.

Sinzduk⁽¹⁰⁾ destaca ainda que a denúncia à imprensa pode ser útil, especialmente em casos em que a própria empresa e as autoridades públicas não dão andamento devido ao procedimento. Trazer as ilicitudes à luz da população certamente ajuda a sua correção. Contudo, a lealdade entre empregado e empregador fica estremecida.

Mas pergunta-se, deve existir lealdade ao empregador quando esse comete ilícitos?

5. Mecanismos de proteção contra represálias

Não basta a previsão legal da figura do *whistleblower*. Para que essa figura seja efetiva, é necessário que existam mecanismos jurídicos capazes de resguardar os interesses desses delatores. Represálias como perseguição, demissão, suspensão, transferência e rebaixamento são comuns⁽¹¹⁾ e formas de impedir essas condutas são essenciais para a sobrevivência do instituto.

Lance Dehaven-Smith⁽¹²⁾ relata o alto número de perseguições em casos de delações envolvendo grandes escândalos de corrupção no governo norte-americano. Afirma que quanto maior o nível de poder das pessoas

(7) SINZDAK, Gerard. An analysis of current whistleblower laws: defending a more flexible approach to reporting requirements. *California Law Review*, Berkeley, v. 96, p. 1.633-1.668, 2008.

(8) *Op. cit.*

(9) *Op. cit.*

(10) SINZDAK, Gerard. An analysis of current whistleblower laws: defending a more flexible approach to reporting requirements. *California Law Review*, Berkeley, v. 96, p. 1.633-1.668, 2008.

(11) SHERNO, Tricia. The Court of Appeals cracks open the small door to more whistleblower claims under the New York Labor Law. *Albany Law Review*, Albany, v. 78, n. 1, p. 93-104, 2014.

(12) DEHAVEN-SMITH, Lance. Myth and reality of whistleblower protections: official behavior at the top. *Public Integrity*, Washington, v. 13, n. 3, p. 207-220, 2011.

envolvidas com o crime, maior a probabilidade de retaliação.

Leonardo Valles Bento⁽¹³⁾ cita Edward Snowden como caso de retaliação ao *whistleblower*. Ele observa que as principais organizações não governamentais de defesa dos direitos humanos entenderam que o governo norte-americano havia violado a proteção ao *whistleblower* ao processar e perseguir Snowden. Ele afirma que não é possível se alegar que as informações são sigilosas, se tais informações representam, na realidade, atos ilícitos.

Dentre os mecanismos que protegem os delatores de represálias estão sanções penais, como a possibilidade de prisão da pessoa que ameaçar o delator, aplicação de multa e a vedação de o delator ser processado por crimes contra a honra do delatado⁽¹⁴⁾. Quanto às medidas civis e trabalhistas, podem-se citar a reintegração do delator que tenha sido injustamente demitido e a fixação de indenização integral, sendo, inclusive, possível a estipulação de “indenização exemplar” — “*exemplary damages*” — ou seja, aquela de grande vulto, cuja intenção é conferir o grau da exemplariedade da reprovabilidade da conduta.

6. Mecanismos de incentivo ao instituto

Jarod Spencer Gonzalez⁽¹⁵⁾ afirma que a opção de um indivíduo denunciar um ilícito cometido na empresa em que trabalha coloca em risco tanto sua reputação, como sua própria carreira. Desse modo, somente se houver efetiva contrapartida é que esse funcionário efetuará a denúncia. Por isso mesmo, o professor entende que o estabelecimento de recompensas

é fundamental para o bom funcionamento do sistema. Nesse sentido, deve-se entender que o instituto do *whistleblowing* não é benéfico apenas para o trabalhador ou para a empresa, mas, sobretudo, é um instituto benéfico para toda a sociedade.

Uma empresa que cumpre a lei auxilia toda a sociedade, beneficia o Estado e permite uma justa concorrência pelas empresas do mesmo setor. Se a empresa utiliza-se de artimanhas e burla o direito, ela prejudica os trabalhadores, os investidores, as companhias concorrentes e a sociedade como um todo.

Rita Murphy⁽¹⁶⁾ acredita que quanto mais incentivos forem dados ao *whistleblower*, maior será a preocupação de a empresa cumprir a lei.

7. A situação do delator no Brasil atual

O auditor da Controladoria Geral da União Leonardo Valles Bento⁽¹⁷⁾ observa que nem sempre os mecanismos criados, no Brasil, para receber as denúncias cumprem seu mister. Existem episódios nos quais as próprias corregedorias e órgãos de controle são utilizados indevidamente, constituindo-se em instrumentos de retaliação, desestimulando que outras denúncias sejam efetuadas e desqualificando os delatores. Por isso mesmo, é necessário aperfeiçoar tais sistemas, sempre.

Os estudos brasileiros acerca do tema dedicam-se quase que exclusivamente à questão da delação feita por funcionários públicos às autoridades públicas em casos de corrupção. Isso é o inverso do que ocorre nos Estados Unidos. Segundo Katie Lee e Brian Kleiner⁽¹⁸⁾, nos

(13) BENTO, Leonardo Valles. O princípio da proteção ao denunciante: parâmetros internacionais e o direito brasileiro. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 2, p. 785-809, 2015.

(14) FOX, Richard G. Protecting the whistleblower. *Adelaide Law Review*, Adelaide, v. 15, p. 137-163, 1993.

(15) GONZALEZ, Jarod Spencer. A pot of gold at the end of the rainbow: an economic incentives-based approach to OSHA whistleblowing. *Employee Rights and Employment Policy Journal*, Chicago, v. 14, p. 325-353, 2010.

(16) MURPHY, Rita. OSHA, AIR21 and whistleblower protection for aviation workers. *Administrative Law Review*, Washington, v. 56, n. 3, p. 901-925, 2004.

(17) BENTO, Leonardo Valles. O princípio da proteção ao denunciante: parâmetros internacionais e o direito brasileiro. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 2, p. 785-809, 2015.

(18) LEE, Katie; KLEINER, Brian. Whistleblower retaliation in the public sector. *Public Personnel Management*, Chicago, v. 40, n. 4, p. 341-348, 2011.

Estados Unidos, a proteção ao *whistleblower* empregado privado é muito maior do que ao *whistleblower* servidor público.

João Francisco da Mota Júnior⁽¹⁹⁾ cita que a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.257/11), que introduziu o art. 126-A no Estatuto do Servidor Público (Lei n. 8.112/90), previu certa proteção ao *whistleblower* no Brasil, uma vez que o servidor não pode ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública. A introdução do inciso VI, no art. 116, por sua vez estabeleceu o dever de denunciar.

João Francisco da Mota Júnior⁽²⁰⁾, contudo, entende que a proteção ao *whistleblower* só é aplicável ao servidor público, não sendo extensível ao empregado público.

Ousamos discordar. A parte final do art. 126-A, a nosso ver, cria proteção tanto a estatutários como a empregados públicos, ou seja, celetistas. Há menção expressa a “cargo, emprego ou função pública”. Assim entendemos que no tocante a essa proteção, a norma protege os empregados públicos.

Desse modo, empregados públicos de empresas como a Petrobras ou a Caixa Econômica Federal podem se beneficiar da proteção prevista na norma.

João Francisco da Mota Júnior⁽²¹⁾ destaca que pela norma brasileira a delação não precisa ser verdadeira. Basta que seja feita de boa-fé e

por razoáveis motivos, ou seja, que haja indícios de irregularidade.

A ausência de previsão de recompensa em nossa lei é criticada por João Francisco da Mota Júnior⁽²²⁾.

Note-se que como acentua Juliana Magalhães Fernandes Oliveira⁽²³⁾, o sucesso da Sarbanes-Oxley está umbilicalmente ligada à existência de uma retribuição financeira ao denunciante. A autora afirma que há necessidade de uma retribuição financeira, pois os denunciantes são geralmente muito mais prejudicados do que beneficiados por suas denúncias. Destaca que no Brasil tal se faz mais necessário ainda, eis que as instituições não são tão céleres e efetivas como nos Estados Unidos.

No que tange ao empregado privado brasileiro, observamos que não existe norma específica que trate do *whistleblower*. No entanto, entendemos que ele goza de algumas proteções no país.

No Brasil, o empregado pode fazer denúncias contra seu empregador: pode reportar à polícia um caso de corrupção, pode relatar à Receita Federal uma sonegação fiscal, pode relatar ao Ministério do Trabalho uma violação à legislação trabalhista, inclusive a normas de saúde e segurança do trabalho.

Quando verificamos a tradicional doutrina trabalhista, como, por exemplo, em Wagner Giglio⁽²⁴⁾, o professor explica que o ato lesivo à honra ou à boa fama do empregador é caracterizado como justa causa, no art. 482 da CLT, porque na relação de emprego existe um dever de lealdade.

No entanto, bem ressalta o professor que jamais pode ser considerada justa causa a denúncia fundamentada feita à autoridade pública,

(19) MOTA JÚNIOR, João Francisco da. A proteção do servidor público denunciante (*whistleblower*): Um enfoque na recente tutela jurídica brasileira. *Derecho y Cambio Social*, Lima, v. 1, p. 1-14, 2012.

(20) MOTA JÚNIOR, João Francisco da. A proteção do servidor público denunciante (*whistleblower*): Um enfoque na recente tutela jurídica brasileira. *Derecho y Cambio Social*, Lima, v. 1, p. 1-14, 2012.

(21) *Op. cit.*

(22) *Op. cit.*

(23) OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A urgência de uma legislação whistleblowing no Brasil*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão n. 175), 2015.

(24) GIGLIO, Wagner D. *Justa causa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 298.

eis que ela não possui a intenção de ofender alguém, mas de corrigir uma irregularidade. O mestre indica claramente que denúncias feitas à Delegacia Regional do Trabalho não podem ser caracterizadas como justa causa prevista no art. 482, “k”, da CLT⁽²⁵⁾.

Wagner Giglio⁽²⁶⁾ explica que o *animus corrigendi* descaracteriza a justa causa. *Animus corrigendi* é a intenção de corrigir, instruir, orientar, admoestar ou advertir. Ele afirma que a possibilidade de corrigir só existe do superior ao inferior.

Pensamos que uma releitura seja necessária. Acreditamos que em decorrência da proliferação desses instrumentos de *whistleblowing* nas empresas, o *animus corrigendi* possa ser encontrado em situações em que o subordinado busca corrigir a conduta de um superior hierárquico.

Mais razão tal argumento tem hodiernamente em que a função social da empresa se constitui como bem jurídico de suma relevância. A empresa atual não pode obter lucro se não for capaz de devolver benefícios à sociedade como um todo. As decisões empresariais não podem visar única e exclusivamente a seus interesses, mas devem visar ao bem comum.

Assim, hoje a empresa tem de respeitar as regras sociais, não podendo desrespeitar os direitos de outras empresas e dos cidadãos. Ela não pode poluir, sonegar impostos, desrespeitar normas sobre saúde e segurança do trabalho, divulgar propagandas enganosas, corromper autoridades públicas, etc.

Mas a mera previsão de que não se trata de justa causa não protege ninguém de perseguição, transferência ou demissão.

Assim, entendemos que qualquer prática de perseguição, transferência, rebaixamento por ter efetuado o trabalhador denúncia tanto aos órgãos competentes, como aos órgãos criados pela própria empresa, como, por exemplo,

canais de denúncia, configura-se em procedimento abusivo que deve ser rechaçado.

Aliás, se foi fruto de denúncia formulada a canal da própria empresa, entendemos mais abusiva ainda a situação, eis que o trabalhador caiu em verdadeira armadilha do empregador, que afirmou-se ético, requereu a participação do trabalhador e quando esse participou, retaliou-o.

Nesse sentido, o Enunciado n. 2, II, da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, que condena a despedida abusiva:

DISPENSA ABUSIVA DO EMPREGADO. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL. NULIDADE. Ainda que o empregado não seja estável, deve ser declarada abusiva e, portanto, nula a sua dispensa quando implique a violação de algum direito fundamental, devendo ser assegurada prioritariamente a reintegração do trabalhador.

Arion Sayão Romita defende que a despedida é abusiva quando fundada em perseguição, devendo o empregado receber indenização⁽²⁷⁾.

Aliás, existe verdadeiro abuso de direito no caso, sendo devida indenização com base no art. 927 do Código Civil.

Pode-se ainda buscar uma analogia com o art. 4º da Lei n. 9.029/95, que trata de discriminação no trabalho, e impor-se, além do direito à reparação pelo dano moral, a reintegração ou o pagamento em dobro de todo o período do afastamento.

No entanto, os direitos do delator no Brasil são apenas esses.

8. Projeto de Lei sobre o tema

A edição de uma lei sobre o tema poderia aperfeiçoar o instituto.

Janine Pascoe e Michelle Welsh⁽²⁸⁾ relatam que a introdução da figura do *whistleblower* na

(27) ROMITA, Arion Sayão. *Despedida arbitrária e discriminatória*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 95-100.

(28) PASCOE, Janine; WELSH, Michelle. *Whistleblowing, ethics and corporate culture: theory and practice in Australia*. *Common Law World Review*, Thousand Oaks, v. 40, p. 144-173, 2011.

(25) *Op. cit.*, p. 308.

(26) *Op. cit.*, p. 314-315.

legislação australiana em 2004 e a recomendação por parte da Bolsa de Valores no sentido de que as empresas deveriam possuir Códigos de Conduta estimularam o crescimento do instituto no país.

Observe-se que existe, no Brasil, projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados tratando sobre o *whistleblower*. Trata-se do PL n. 3.165/15, que pretende instituir o Programa de Incentivo à Revelação de Informações de Interesse Público. Nele existe a previsão de uma retribuição financeira no caso de a denúncia desencadear recuperação do montante desviado aos cofres públicos ou aumento de arrecadação. A retribuição será arbitrada pelo juiz em até 10% dos bens, direitos e valores efetivamente vertidos aos cofres públicos por força da revelação ou do dano efetivamente reparado por força da revelação ou do valor recuperado. Há ainda previsão de vedação de retaliação, represália, discriminação ou punição do *whistleblower*.

Só estão contemplados pelo projeto de lei, os trabalhadores que efetuarem a denúncia aos órgãos públicos competentes. Esse projeto abarca tanto servidores públicos, como empregados celetistas. No entanto, acerca dos celetistas não existe garantia provisória de emprego ou estabilidade. Autoriza-se apenas o pagamento da multa de 40% do FGTS mais indenização no valor de 10 salários.

Imaginamos que na seara trabalhista, poderá haver pagamento de recompensa no caso de ocorrer, em virtude da denúncia, incremento na arrecadação de contribuição previdenciária ou de depósitos fundiários ou mesmo da contribuição social rescisória (referente a 10% dos depósitos na conta vinculada do FGTS). Conseguimos imaginar ainda uma possibilidade de aumento de arrecadação decorrente de uma denúncia na área de saúde e segurança do trabalho: se houver subnotificação de acidentes e a denúncia importar na majoração do valor recolhido a título de SAT (Seguro de Acidente do Trabalho).

Outro grupo que estuda um Anteprojeto de Lei para o *whistleblower* é o capitaneado pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro do Ministério da Justiça e Segurança Pública. A Ação 4 do ano de 2016 tinha como meta “elaborar diagnóstico e proposição de aprimoramento do sistema brasileiro de proteção e incentivo ao denunciante e *whistleblower*”.

Entendemos que o Projeto de Lei n. 3.165/15 mereceria algumas melhorias.

Sugerimos proteção aos empregados que fazem denúncias aos órgãos internos das empresas.

Para nós a reparação meramente ressarcitória também mostra-se insuficiente. Acreditamos que uma indenização exemplar ou punitiva, nos moldes da *exemplary damages* ou da *punitive damages* norte-americana traria melhores resultados *de lege ferenda*.

Para coibir efetivamente práticas de perseguição, sugerimos a tipificação da perseguição ao *whistleblower* como crime. Tal medida encontra eco em diversas legislações mundo afora. Hoje, no Brasil, seria possível apenas enquadrar algumas condutas específicas nos tipos de coação no curso do processo (CP, art. 344), ameaça (CP, art. 147) ou frustração de direito assegurado por lei trabalhista (CP, art. 203). Mas essas normas não atendem perfeitamente ao interesse do instituto.

Por fim, recomendamos o estabelecimento de multas administrativas elevadas na legislação para coibir casos de *whistleblowing* a serem aplicadas pela fiscalização trabalhista.

9. Considerações finais

É necessário que o Judiciário Trabalhista esteja atento ao mundo empresarial atual e possa proteger aquele trabalhador que tem a coragem de denunciar uma situação ilícita, pois se trata de um importante instrumento de melhoria da condição de toda a sociedade.

A possibilidade de estipulação de uma indenização pela despedida abusiva e a possibilidade de reintegração do *whistleblower*

são os remédios cabíveis hodiernamente na legislação.

Entendemos que a tipificação da figura de perseguição ao *whistleblower* como crime, a previsão de indenização exemplar e/ou punitiva e não meramente ressarcitória, a previsão de uma recompensa no caso de recuperação de valores aos cofres públicos em virtude da denúncia e a previsão legal de multa administrativa de valor elevado a ser aplicada pela fiscalização trabalhista em caso de *whistleblowing* seriam medidas que contribuiriam muito para a consolidação do instituto, e, consequentemente para o desenvolvimento da cidadania e da sociedade.

10. Referências bibliográficas

- BENTO, Leonardo Valles. O princípio da proteção ao denunciante: parâmetros internacionais e o direito brasileiro. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 20, n. 2, p. 785-809, 2015.
- CALVASINA, Gerald; CALVASINA, Richard; CALVASINA, Eugene. Responding to Occupational Safety and Health Administration (OSHA) whistleblower investigations: policy and practice issues for employers. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, Londres, v. 19, n. 1, p. 56-64, 2016.
- DEHAVEN-SMITH, Lance. Myth and reality of whistleblower protections: official behavior at the top. *Public Integrity*, Washington, v. 13, n. 3, p. 207-220, 2011.
- FOX, Richard G. Protecting the whistleblower. *Adelaide Law Review*, Adelaide, v. 15, p. 137-163, 1993.
- GIGLIO, Wagner D. *Justa causa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GOEL, Rajeev K.; NELSON, Michael A. Whistleblower laws and exposed corruption in the United States. *Applied Economics*, Londres, v. 46, n. 20, p. 2.331-2.341, 2014.
- GONZALEZ, Jarod Spencer. A pot of gold at the end of the rainbow: an economic incentives-based approach to OSHA whistleblowing. *Employee Rights and Employment Policy Journal*, Chicago, v. 14, p. 325-353, 2010.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA NOS NEGÓCIOS. Pesquisa Código de Ética Corporativo América Latina. *Revista Ética nos Negócios*, Campinas, v. 6, n. 14, p. 2-71, 2014.
- LEE, Katie; KLEINER, Brian. Whistleblower retaliation in the public sector. *Public Personnel Management*, Chicago, v. 40, n. 4, p. 341-348, 2011.
- MOTA JÚNIOR, João Francisco da. A proteção do servidor público denunciante (whistleblower): Um enfoque na recente tutela jurídica brasileira. *Derecho y Cambio Social*, Lima, v. 1, p. 1-14, 2012.
- MURPHY, Rita. OSHA, AIR21 and whistleblower protection for aviation workers. *Administrative Law Review*, Washington, v. 56, n. 3, p. 901-925, 2004.
- OLIVEIRA, Juliana Magalhães Fernandes. *A urgência de uma legislação whistleblowing no Brasil*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado (Texto para Discussão n. 175), 2015.
- PASCOE, Janine; WELSH, Michelle. Whistleblowing, ethics and corporate culture: theory and practice in Australia. *Common Law World Review*, Thousand Oaks, v. 40, p. 144-173, 2011.
- ROMITA, Arion Sayão. *Despedida arbitrária e discriminatória*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SHERNO, Tricia. The Court of Appeals cracks open the small door to more whistleblower claims under the New York Labor Law. *Albany Law Review*, Albany, v. 78, n. 1, p. 93-104, 2014.
- SINZDAK, Gerard. An analysis of current whistleblower laws: defending a more flexible approach to reporting requirements. *California Law Review*, Berkeley, v. 96, p. 1.633-1.668, 2008.

A “reforma” trabalhista e a violação do direito fundamental de acesso à tutela jurídica justa do cidadão trabalhador

Juliane Caravieri Martins^(*)

Resumo:

- ▶ No Brasil, a “reforma” trabalhista aprovada pela Lei n. 13.467/2017 alterou vários artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, da Lei n. 6.019/74, da Lei n. 8.036/90 e da Lei n. 8.212/91 sob o argumento de que as normas trabalhistas devem ser modernizadas às “novas” relações de trabalho impostas pelo sistema capitalista. Entretanto, as alterações promovidas por esta lei, em sua larga maioria, impactarão negativamente no Direito Material do Trabalho (individual e coletivo) e no Direito Processual do Trabalho. No caso do processo do trabalho, as alterações realizadas promovem flagrante violação ao direito fundamental de acesso à tutela jurisdicional justa e efetiva (art. 5º, XXXV e LXXIV da Constituição) dos cidadãos trabalhadores.

Palavras-chave:

- ▶ Processo do trabalho — Reforma — Direitos fundamentais — Justiça.

Abstract:

- ▶ In Brazil, the labor “reform” approved by Law n. 13467/2017 amended several articles of the Consolidation of Labor Laws, Law 6.019/74, Law 8.036/90 and Law 8.212/91 on the grounds that Labor standards must be modernized to the “new” labor relations imposed by the capitalist system. However, the changes promoted by this law, in the vast majority, will negatively impact the Labor Material Law (individual and collective) and Labor Procedural Law. In the case of the labor process, the changes carried out clearly violate the fundamental right to access to the just and effective judicial protection (article 5º, XXXV and LXXIV of the Constitution) of workers’ citizens.

Key-words:

- ▶ Labor process — Reform — Fundamental rights — Justice.

(*) Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Coordenadora/Editora da Revista da Faculdade de Direito (UFU). Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutora em Ciências da Integração

da América Latina pela Universidade de São Paulo (PROLAM/USP). Mestra em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Braz Cubas.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A fundamentalidade dos direitos sociais laborais na ordem constitucional brasileira
- ▶ 3. Perspectivas negativas da “reforma” trabalhista no direito processual do trabalho para o acesso à justiça
 - ▶ 3.1. Art. 790, §§ 3º e 4º: beneficiários da gratuidade dos atos processuais
 - ▶ 3.2. Art. 790-B: honorários periciais
 - ▶ 3.3. Art. 791-A: honorários advocatícios
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

[...] a justiça é a virtude completa no mais próprio e pleno sentido do termo, porque é o exercício atual da virtude completa. Ela é completa porque a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo, uma vez que muitos homens exercem sua virtude nos assuntos privados [...] Portanto, nesse sentido a justiça não é uma parte da virtude, mas a virtude inteira; nem seu contrário, a injustiça, é uma parte do vício, mas o vício inteiro.

Aristóteles⁽¹⁾

1. Introdução

Em solenidade pública ocorrida em 1º de maio de 1943 no Estádio de São Januário, no Rio de Janeiro — capital da República na época —, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452 e assinada por Getúlio Vargas, mas a institucionalização do Direito do Trabalho no Brasil teve início a partir de 1930 com a ascensão de Vargas ao poder.

De 1930 a 1945, os direitos sociais, incluindo os trabalhistas, seguem na “dianteira”⁽²⁾, havendo a expedição de diversos decretos e medidas por Getúlio Vargas para a instituição

e ampliação dos direitos sociais e laborais como, por exemplo, a ampliação das Caixas de Aposentadoria e Pensão, excluindo os trabalhadores autônomos e domésticos, e a criação da Justiça do Trabalho em 1939⁽³⁾. Neste momento histórico, houve, de um lado, a repressão do governo getulista aos movimentos sindicais com o controle do Estado sobre a estrutura sindical e, de outro lado, a concessão de diversos benefícios e direitos individuais aos trabalhadores, o que se refletiu no texto aprovado para a CLT, mas, não há dúvida de que:

[...] hoje, a CLT traduz um Código do Trabalho que regula essencialmente quatro dimensões combinadas da vida laborativa: as relações empregatícias, além de outras relações trabalhistas *lato sensu* legalmente especificadas; as relações coletivas trabalhistas; as regras de atuação da Auditoria Fiscal do Trabalho e as regras processuais de resolução dos conflitos trabalhistas, individuais e coletivos, incluindo também

(1) ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti, São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 105.

(2) CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

(3) O Decreto n. 1.237, de 1º de fevereiro de 1939, elevou a Justiça do Trabalho a órgão autônomo em relação ao Poder Executivo e à Justiça Comum, passando a executar suas próprias decisões, entrando em funcionamento efetivo em 1º de maio de 1941 no país. Entretanto, apenas o Decreto-lei n. 9.777, de 09 de setembro de 1946, organizou a Justiça do Trabalho como órgão do Poder Judiciário e a Constituição de 1946 elevou-a ao patamar constitucional como pertencente ao Poder Judiciário da União.

a estrutura e funcionamento da Justiça do Trabalho⁽⁴⁾.

Em 13 de julho de 2017, foi aprovada a Lei n. 13.467, chamada de “reforma” trabalhista⁽⁵⁾ que alterou vários artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, da Lei n. 6.019/74, da Lei n. 8.036/90 e da Lei n. 8.212/91 sob o discurso falacioso de que as normas trabalhistas estão obsoletas, devendo haver a sua modernização e adequação às “novas” relações de trabalho impostas pelo sistema capitalista. As mudanças realizadas pela Lei n. 13.467/2017 impactaram no Direito Individual do Trabalho, no Direito Coletivo do Trabalho, no Direito Ambiental do Trabalho e no Direito Processual do Trabalho, esgarçando o sistema juslaboral de proteção ao trabalhador hipossuficiente num momento em que, no Brasil, há mais de quatorze milhões de desempregados⁽⁶⁾.

Em linhas gerais, analisando o texto da referida lei, verifica-se que as alterações, em sua larga maioria, foram realizadas com o único objetivo de desconstrução dos direitos sociais trabalhistas conquistados pelo cidadão trabalhador nos últimos séculos, sobretudo após a criação da Organização Internacional do Trabalho (1919), do despontar do Constitucionalismo Social e do processo de “reconstrução” dos direitos humanos no pós-1945.

Assim, o presente estudo realizará a análise crítica da “reforma” trabalhista (Lei n. 13.467/2017), enfocando algumas das modificações realizadas na seara do Direito Processual do Trabalho, estando dividido em duas partes. Primeiramente, buscou-se

compreender a fundamentalidade dos direitos sociais laborais na Ordem Constitucional brasileira. Posteriormente, analisou-se o comprometimento do pleno exercício do direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa e efetiva pelos cidadãos trabalhadores. Por fim, foram tecidas as considerações finais.

Como metodologia científica, a pesquisa utilizou os métodos dialético (contraposição entre tese e antítese) e histórico-sociológico (investigação de fatos, processos e instituições ao longo do tempo). Quanto à técnica de pesquisa, utilizou-se a bibliográfica.

Portanto, o estudo buscou contribuir para as discussões atualíssimas acerca da “reforma” trabalhista proposta para as relações de trabalho no Brasil as quais alterarão profundamente a configuração jurídica do ramo juslaboral, não objetivando exaurir os questionamentos em relação ao tema ora debatido.

2. A fundamentalidade dos direitos sociais laborais na ordem constitucional brasileira⁽⁷⁾

A Constituição de 1988, chamada de Constituição Cidadã, reconheceu a essencialidade do trabalho como um dos instrumentos mais importantes de afirmação da dignidade do trabalhador, seja no âmbito de sua individualidade como ser humano, seja em seu contexto familiar e social. A valorização do trabalho encontra-se enfatizada tanto no art. 1º, incisos III e IV da Constituição, marcando o anúncio dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, quanto consolidada no *Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, pois o trabalho se mostra como o bem jurídico necessário para a existência digna dos trabalhadores.

No Brasil, compete privativamente à União legislar sobre Direito do Trabalho e Direito Processual, incluído o Direito Processual do

(4) DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 70 anos: rumo a um direito do trabalho constitucionalizado. *Revista do TST*, Brasília, v. 79, n. 2, p. 292, abr./jun. 2013.

(5) Esta lei se encontra atualmente em *vacatio legis* de cento e vinte dias a partir de sua publicação, entrando em vigor no ordenamento jurídico pátrio a partir de novembro de 2017.

(6) Segundo informações divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) na *PNAD Contínua*, havia 14,2 milhões de pessoas desocupadas no primeiro trimestre de 2017. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/>>. Acesso em: 26 maio 2017.

(7) Para maiores detalhes, consulte MARTINS, Juliane Caravieri. *O parlamento do MERCOSUL no século XXI: integração regional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

Trabalho (art. 22, inciso I da Constituição), porém, há competência concorrente (art. 24 da Constituição) entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para legislar sobre proteção do meio ambiente e controle de poluição (inciso VI), sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente (inciso VIII), sobre previdência social, proteção e defesa da saúde (inciso XII), o que inclui o *meio ambiente do trabalho sadio e equilibrado* dentre os direitos sociais fundamentais do trabalhador (art. 7º, incisos XXII e XXIII, art. 225, *caput* c/c art. 200, inciso VIII da Constituição).

A Constituição — ancorada nos princípios da dignidade humana e da cidadania — trouxe extenso catálogo de direitos fundamentais arrolados no *Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, dentre outros dispersos ao longo do texto constitucional, incluindo não somente os *direitos civis e políticos*⁽⁸⁾ (*primeira dimensão*), mas também os *direitos sociais, econômicos e culturais*⁽⁹⁾ (*segunda dimensão*), privilegiando o tema dos direitos fundamentais.

Os direitos sociais buscam a implementação da justiça social⁽¹⁰⁾ mediante o fomento

integral da pessoa humana e o respeito à sua dignidade, almejando a concretização dos princípios constitucionais da isonomia e de não discriminação. Enfim, os direitos sociais fundamentais são, conforme preceitua Gregorio Peces-Barba Martínez⁽¹¹⁾, “[...] *derechos de la persona concreta y situada, donde, por razones culturales, sociales, físicas o psíquicas, personas o colectivos se encuentran en desigualdad de condiciones sobre otras. Son los derechos de la mujer, de los niños, de los ancianos, de los minusválidos, de los consumidores*”.

O sujeito passivo dos direitos sociais é o Estado enquanto responsável pelo seu atendimento ou concretização na convivência social; por outro lado, o objeto de tais direitos é tipicamente “uma contraprestação sob a forma da prestação de um serviço. [...] Ou, na impossibilidade de satisfazer o direito por uma prestação direta, uma contrapartida em dinheiro”⁽¹²⁾.

Ingo Wolfgang Sarlet⁽¹³⁾ aponta que os direitos sociais fundamentais não formam um conjunto homogêneo, não podendo ser definidos apenas como *direitos a prestações estatais*, pois:

(8) A primeira dimensão corresponderia aos direitos individuais e políticos que impõem limites à atuação do Estado, ou seja, representa uma prestação negativa, uma abstenção do Estado em prol dos indivíduos. “Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Entram na categoria do *status negativus* [...]” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 563).

(9) A segunda dimensão representaria os direitos sociais, econômicos e culturais que visam à melhoria das condições de vida e de trabalho das pessoas, representando uma atuação positiva do Estado, sendo “introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e os estimula” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 564).

(10) Luiz Carlos Lessa afirma que “a expressão ‘justiça social’ foi introduzida na Doutrina Social da Igreja

por Pio XI, que a usou com alguma frequência na *Quadragesimo Anno*. Bastos de Ávila, após percorrer brevemente sobre a interpretação dada por vários autores à expressão em tela, conclui que esta seria ‘a virtude que incumbe aos indivíduos e aos grupos, e os obriga aos atos mais conducentes ao maior bem comum’, acentuando que o importante é existirem ‘obrigações de justiça que pesam, não só sobre os indivíduos, mas também sobre os grupos, que incumbem à própria estrutura da sociedade’ (*Neoliberalismo, Socialismo, Solidarismo*, pp. 102-104)” (LESSA, Luiz Carlos. *Dicionário da doutrina social da Igreja: doutrina social da Igreja de A a Z*. São Paulo: LTr, 2004. p. 166, nota de rodapé 62).

(11) MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos sociales y positivismo jurídico: escritos de filosofía jurídica y política. Cuadernos Bartolome de Las Casas*, Madrid, Dykinson, n. 11, p. 65, 1999.

(12) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 50-51.

(13) SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. 1, p. 18-19, abr. 2001.

[...] não exercem a função precípua de direitos a prestações, podendo ser, na verdade, reconduzidos ao grupo dos direitos de defesa, como ocorre com o direito de greve (art. 9º, da CF), a liberdade de associação sindical (art. 8º, da CF), e as proibições contra discriminações nas relações trabalhistas consagradas no art. 7º, incs. XXXI e XXXII, de nossa Lei Fundamental. O mesmo fenômeno se verificava, ao menos em parte e na sua formulação original, na Constituição Portuguesa de 1976, [...].

Portanto, os direitos sociais possuiriam, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet⁽¹⁴⁾, duas categorias básicas: a) **direitos sociais de defesa**, de cunho negativo, seriam dirigidos a uma conduta omissiva por parte do seu destinatário - Estado ou particular -, assumindo a característica de “liberdades sociais”, possuindo *status negativus socialis* ou *status socialis libertatis* e b) **direitos sociais a prestações**, de cunho positivo, requerem uma prestação ou fazer do Estado ou particular, possuindo *status positivus libertatis* ou *status positivus socialis*.

Independentemente de sua categoria, os direitos sociais se enquadram na categoria de direitos fundamentais, pois sua fundamentalidade decorre da sua essência ancorada na dignidade da pessoa humana. Logo, tais direitos são compreendidos como indispensáveis e necessários para assegurar a todas as pessoas uma existência digna, livre e igual, minimizando as desigualdades sociais, reforçando o vínculo da cidadania, pois cidadão é “aquele que detém direitos civis (liberdades individuais) e políticos (participação política), mas também direitos sociais (trabalho, educação, habitação, saúde e prestações sociais em tempo de vulnerabilidade). O vínculo da cidadania, sob esse ponto de vista, materializa-se em duplo sentido”⁽¹⁵⁾.

Neste contexto, quando se analisa os direitos sociais trabalhistas, questiona-se: *serão*

todos os direitos sociais individuais e coletivos dos trabalhadores considerados direitos fundamentais? Essa questão do enquadramento dos direitos sociais na categoria de fundamentais (o conteúdo desses direitos) é debatida pela doutrina contemporânea (Lorenzo Martín-Retortillo Baquer e Ignacio de Otto y Pardo⁽¹⁶⁾, José Joaquim Gomes Canotilho⁽¹⁷⁾, Ingo Wolfgang Sarlet⁽¹⁸⁾, Arion Sayão Romita⁽¹⁹⁾ etc.), sendo o tema bastante controverso.

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer⁽²⁰⁾ questiona quais seriam os direitos fundamentais numa Ordem Constitucional:

[...] Se daría casi por sabido, pero si uno pregunta con énfasis, ‘¿quales son los derechos fundamentales?’ lo cierto resulta ser que no ha habido respuestas terminantes y unívocas. Acaso la respuesta suela venir por la vía siguiente: ‘Derechos fundamentales son los que la Constitución reconoce’. Pero ante tal afirmación, tras un momento de incertidumbre, viene inmediatamente el interrogante siguiente: ‘¿Y cuáles son los derechos fundamentales que la Constitución reconoce?’ Aquí sí que parece suma la perplejidad.

Porque, por de pronto, el texto constitucional está lleno de graduaciones, de revelies, de énfasis marcados. El jurista conocedor de su oficio que lee el texto de la Constitución observa que la sucesión de palabras es una sucesión de altibajos. E no especialista hablará sí, sin

(14) SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988...*, p. 18-19.

(15) MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos sociales y positivismo jurídico...*, p. 65, tradução nossa.

(16) BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988.

(17) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

(18) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 e Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. 1, p. 1-46, abr. 2001.

(19) ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.

(20) BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988. p. 65-66.

más complicaciones, del catálogo de derechos fundamentales y celebrará la amplitud, a que antes se hacía referencia, lo mismo que destacará, tal vez la incorporación de los derechos económicos y sociales. Como si todo fuera liso y uniforme. Pero ese talante no nos sirve por simplista, por inexacto. Porque la respuesta constitucional ha sido, como destacaba antes, muy compleja, cuajada de escalonamientos, valoraciones y graduaciones, expresados con frecuencia por referencias indirectas que no se aprecian a simple vista. No hay un tratamiento global y unitario sino, por el contrario, una pluralidad de respuestas que van a exigir luego precisiones sin fin.

Antonio Enrique Perez Luño⁽²¹⁾ também se debruça na temática da fundamentalidade dos direitos sociais ao se reportar a delimitação de seu conteúdo essencial para uma ordem constitucional, consoante determinado pelo Tribunal Constitucional na Espanha:

Al definir los derechos fundamentales, advertía de que uno de los presupuestos que más directamente contribuyen a perfilar su significado es el gozar de un régimen de protección jurídica reforzada. [...]

La protección de los derechos fundamentales quedaría en entredicho de no hallarse previstos instrumentos normativos de garantía dirigidos a evitar la alteración de su contenido. Los derechos fundamentales son parte del núcleo definitorio de la propia Constitución, cuya permanencia se hace necesaria para mantener y salvaguardar la propia identidad del texto constitucional. De ahí que la mutación del estatuto de los derechos fundamentales no implique una mera mutación parcial de la norma básica, sino que puede entrañar la sustitución de una Constitución por otra. [...]

El Tribunal Constitucional ha distinguido dos acepciones de la noción del contenido

esencial: la primera equivale a “la naturaleza jurídica de cada derecho” que se considera preexistente al momento legislativo; “en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta”, de forma que “los especialistas en Derecho pueden responder si lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo”; la segunda corresponde a “los intereses jurídicamente protegidos”, en el sentido de que se lesionaría “el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. Estos métodos de delimitar el contenido esencial no son alternativos, sino que “se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de todo concreto derecho, pueden ser conjuntamente utilizados, para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegar-se” (STC de 8 de abril de 1981, en BJC, 1981, n. 2, p. 93-94).

Assim, para a aferição da fundamentalidade dos direitos sociais, incluindo nesta categoria os direitos trabalhistas individuais e coletivos, adota-se o critério proposto por Maria Garcia⁽²²⁾ que se reportou ao questionamento de Lorenzo Martín-Retortillo Baquer⁽²³⁾ (*¿Pero, Quales son los derechos fundamentales?*):

[...] referindo não ter havido respostas terminantes e unívocas, algumas mesmo redundando na mesma resposta: “Direitos fundamentais são os que a Constituição reconhece”. Contudo, a questão permanece: “E quais são os direitos fundamentais que a Constituição reconhece?” Aqui ocorrerá suma perplexidade, porquanto — explicita

(21) LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 65 e p. 68-77, grifo nosso.

(22) GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 117-118, abr./jun. 2002.

(23) BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988. p. 65-69.

— o texto constitucional contém graduações, relevos, ênfases determinadas: “O jurista conhecedor de seu ofício que lê o texto da Constituição observa que a sucessão de palavras é uma sucessão de altos e baixos. O não especialista dirá, sim, sem mais complicações, do catálogo de direitos fundamentais e celebrará a amplitude e mesmo destacará, talvez, a incorporação dos direitos econômicos e sociais. Como se tudo fosse plano e uniforme. Mas isto não satisfaz, por simplista e inexato. Porquanto a resposta constitucional tem sido, como destacado, muito complexa, plena de escalonamentos, valorações e graduações, expressos frequentemente por referências imediatas indiretas que não se apreendem à simples vista. Não há um tratamento global e unitário senão, pelo contrário, uma pluralidade de respostas que irão exigir, de imediato, precisões sem fim.

E, mais à frente no ensaio, prossegue a autora⁽²⁴⁾:

O art. 5º, *caput*, da Constituição especifica cinco *direitos fundamentais básicos*: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, que constituem o fundamento de todos os demais direitos consagrados, quer pelos incisos do art. 5º, quer pelos dispositivos sequenciais, do mesmo Título II, bem como de toda a Constituição — dado que órgãos, bens, direitos, deveres, instituições refluem, todos, para um destinatário único, o ser humano.

Tais direitos fundamentais básicos assim o são, e devem ser, pelos fundamentos do Estado brasileiro, mediante um pacto fundamental firmado a partir de um enfoque do Direito Ocidental, conforme Jorge Miranda, compondo a família constitucional ocidental — portanto, por uma exigência de necessidade.

(24) GARCIA, Maria. *Mas, quais são os direitos fundamentais?...*, p. 122-123, grifo do autor.

Dentre todos os demais direitos e garantias consagrados pela Constituição — e, ainda, os direitos não expressos, mas previstos pela abrangência do § 2º do art. 5º⁽²⁵⁾, quais deles seriam também *direitos fundamentais*?

Todos os direitos e garantias diretamente vinculados a um dos cinco direitos fundamentais básicos constantes do art. 5º, *caput*. Os demais compõem apenas o quadro dos direitos constitucionais.

Assim vinculados diretamente ao *direito à vida*, os direitos sociais constantes do art. 6º (“a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”), o inciso L (“às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” — trata-se da proteção ao infante); o inc. V (“é livre a manifestação do pensamento”) indiretamente, alguns direitos constitucionais do art. 7º, XVI (“remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”);

— ao *direito à liberdade*: diretamente, art. 5º, IV (“é livre a manifestação do pensamento”); indiretamente, inc. XVIII (“a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”); ao *direito à igualdade*: art. 5º, V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo”) e indiretamente, inc. XXXIV, b (“a obtenção de certidões em repartições públicas”);

— ao *direito à propriedade*: diretamente, o inc. XXVII (“aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras”) e indiretamente

(25) “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (nota da autora).

(“transmissível aos herdeiros, pelo tempo que a lei determinar”), bem como inc. XXX (“é garantido o direito de herança”).

Por esse modo, parece impossível estabelecer, mediante critérios únicos, a natureza dos direitos e garantias fundamentais, na mesma condição de base, fundamento e necessidade inerentes à sua qualidade de fundamentais, e não outra — com toda a sua decorrência, no ordenamento jurídico.

Logo, serão considerados fundamentais todos os direitos sociais trabalhistas (individuais e coletivos) vinculados *diretamente a um dos cinco direitos fundamentais básicos: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade*, adotando-se o critério proposto por Maria Garcia.

Quando se analisa a Constituição brasileira de 1988, os direitos sociais trabalhistas individuais e coletivos encontram-se previstos nos arts. 7º a 11, enquanto desdobramentos do direito fundamental ao trabalho digno e, assim, vinculados aos direitos fundamentais básicos acima referidos, a saber⁽²⁶⁾:

a) **ao direito à vida:** inciso 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 que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”); **inciso VIII** (“décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria”); **inciso IX** (“remuneração do trabalho noturno superior à do diurno”); **inciso XII** (“salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei”); **inciso 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”); **inciso XIV** (“jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”); **inciso XV** (“repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos”); **inciso XVI** (“remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”); **inciso XVII** (“gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”); **inciso XVIII** (“licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”); **inciso XIX** (“licença-paternidade, nos termos fixados em lei”); **inciso XXIII** (“adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”); **inciso XXIV** (“aposentadoria”); **inciso XXV** (“assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas”), todos do art. 7º da Constituição;

b) **ao direito à igualdade:** **inciso V** (“piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”); **inciso XI** (“participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”); **inciso XX** (“proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”); **inciso XXX** (“proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”); **inciso XXXI** (“proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”); **inciso XXXII** (“proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos”); **inciso XXXIV**

(26) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

(“igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso”), todos do art. 7º da Constituição e, ainda, o direito dos trabalhadores de participarem, juntamente com os empregadores, nos colegiados dos órgãos públicos em que haja a discussão de seus interesses profissionais (art. 10);

c) **ao direito à segurança:** inciso I (“relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”); inciso II (“seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário”); inciso III (“Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”); inciso VI (“irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”); inciso VII (“garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável”); inciso X (“proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”); inciso XXI (“aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”); inciso XXII (“redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”); inciso XXVI (“reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”); inciso XXVII (“proteção em face da automação, na forma da lei”); inciso XXVIII (“seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”); inciso XXIX (“ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”); inciso XXXIII (“proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”), todos do art. 7º e, ainda,

o direito dos trabalhadores de possuir um representante eleito com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores (art. 11)⁽²⁷⁾;

d) **ao direito à liberdade:** está vinculada diretamente aos direitos coletivos dos trabalhadores, destacando-se a livre associação profissional ou sindical (art. 8º) e o direito de greve (art. 9º), oriundos dos movimentos sociais operários do século XIX em prol de condições de trabalho mais dignas. Esses direitos foram positivados em convenções internacionais pioneiramente aprovadas pela Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919, sendo, posteriormente, incorporados nas Constituições dos Estados democráticos.

Assim, os direitos sociais dos trabalhadores (individuais e coletivos), previstos nos arts. 7º a 11 da Constituição integram a categoria jurídica dos direitos fundamentais consoante critério proposto por Maria Garcia⁽²⁸⁾. Portanto, a compreensão da fundamentalidade⁽²⁹⁾

(27) Os direitos dos trabalhadores domésticos, previstos no parágrafo único do art. 7º, estão relacionados ao direito à vida e ao direito à segurança.

(28) GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais?... p. 122-123.

(29) Ingo Wolfgang Sarlet também entende pela fundamentalidade dos direitos sociais dos trabalhadores: “de acordo com a tradição do constitucionalismo brasileiro desde 1934, também, são denominadas de direitos fundamentais sociais as posições jurídicas diretamente vinculadas ao direito do trabalho, já que nesta esfera o antagonismo entre a liberdade e a igualdade real e formal se manifesta de uma forma particularmente aguda, de modo especial em virtude das gritantes desigualdades econômicas e sociais registradas nesta seara, salientando-se, contudo, mais uma vez, o fato de que apenas parte dos direitos atribuídos aos trabalhadores assume a feição de típicos direitos prestacionais. Ademais, não deve passar aqui sem menção a distinção entre os direitos sociais dos trabalhadores e os direitos sociais em geral, já que os primeiros podem, em princípio, ser considerados uma categoria específica destes, na medida em que sua titularidade — ao contrário dos direitos sociais a prestações em geral (saúde, educação, assistência social, etc.), que são direitos de todos — se encontra restrita à classe dos trabalhadores, além de terem como destinatários principalmente as

dos direitos sociais laborais é primordial para a efetiva tutela a tais direitos que extrapolam a característica de normas puramente programáticas para adquirir a condição de “direitos públicos subjetivos” capazes de viabilizar o acesso à maior justiça social, reduzindo as desigualdades sociais e a pobreza.

3. Perspectivas negativas da “reforma” trabalhista no direito processual do trabalho para o acesso à justiça

A “reforma” trabalhista (Lei n. 13.467/2017), em amplo debate na atualidade, está inserida no bojo de ações e políticas neoliberais adotadas pelo governo ao buscar a concessão de vantagens exclusivas ao capital no contexto da reestruturação empresarial⁽³⁰⁾ empreendida no último século em nível mundial. Tais alterações implicam em efeitos perversos para o mundo do trabalho e as relações laborais porque promovem a diminuição de postos de emprego formalizados para a adoção de outras modalidades de trabalho mais precárias e flexíveis sem o correspondente aumento da ocupação da mão de obra.

Muitos doutrinadores e operadores do direito, críticos desta “reforma” trabalhista, detêm-se apenas às alterações realizadas no Direito Individual do Trabalho e no Direito Coletivo do Trabalho, não se aprofundando o debate sobre as perversas mudanças legislativas operadas no **processo do trabalho**, enquanto instrumental viabilizador dos direitos sociais constitucionalmente resguardados aos trabalhadores os quais foram descumpridos durante a execução do contrato de trabalho. Portanto, é imperioso discutir também as alterações ocorridas no Direito Processual do Trabalho,

entidades privadas (os empregadores)” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 218).

- (30) Para maiores detalhes, consulte POCHMANN, Márcio. *O trabalho sob fogo cruzado: exclusão, desemprego e precarização no final do século*. São Paulo: Contexto, 1999. p. 35-36.

em especial relacionadas ao cerceamento do acesso à tutela jurídica justa e efetiva na qualidade de direito fundamental do cidadão.

A Constituição destacou, no seu Preâmbulo, a Justiça como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada no comprometimento com a solução pacífica dos conflitos, salvaguardando o exercício dos direitos individuais e coletivos e suas garantias. O acesso à ordem jurídica justa e à tutela jurídica efetiva (art. 5º, incisos XXXV e LXXIV da Constituição) são garantias da cidadania, enquanto fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso II da Constituição). Logo, consoante pondera Alf Ross, “como princípio do direito, a justiça delimita e harmoniza os desejos, pretensões e interesses conflitantes na vida social da comunidade”⁽³¹⁾.

Entretanto, muitos órgãos do Poder Judiciário ainda estão distantes do cotidiano do homem comum e de seus anseios, pois não acompanharam os ditames impostos pela Constituição nas últimas décadas. Porém, a Justiça do Trabalho, formalmente instituída pelo Decreto-lei n. 1.237/39, caminhou à luz das diretrizes e princípios da Constituição de 1988, pois se pauta na busca da justiça social na prestação da tutela jurisdicional às pessoas marginalizadas pelo capitalismo⁽³²⁾.

- (31) ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008. p. 313.

- (32) De acordo com Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, “a História da Justiça do Trabalho destaca-se como enigmática evolução no sentido afirmativo de instituição direcionada à justiça social na estrutura da sociedade civil e Estado brasileiros. Iniciando-se, aparentemente, como um experimento datado integrante das políticas sociais elaboradas nas décadas de 1930 a 1945, afirmou sua identidade e seu papel social, econômico e jurídico no período democrático subsequente (1945-1964), preservando-se e se impondo também na regressão autoritária de 1964 a 1985. Com a democratização do país em 1985 e subsequente promulgação da Constituição da República de 1988, encontrou seu inteiro papel como a Justiça Social da República brasileira, contribuindo, decisivamente, para a realização da essencial função de desmercantilizar o trabalho humano no moinho

Houve alterações de cunho constitucional que impactaram no acesso à justiça no Poder Judiciário trabalhista com reflexos para o processo do trabalho enquanto instrumental viabilizador desse acesso. Destaca-se a Emenda Constitucional n. 45, de 31 de dezembro de 2004, conhecida como Reforma do Judiciário, que prestigiou a Justiça do Trabalho com o *alargamento de sua competência material* (art. 114 da Constituição), pois da análise e julgamento de litígios que envolvessem a relação de emprego e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho *apenas quando autorizada por lei*, passou a ser competente para apreciar os litígios que envolvessem a relação de trabalho que é conceito mais amplo do que relação de emprego, pois, além desta, abrange outras formas de trabalho remuneradas com graus variados de subordinação e informalidade.

A Justiça do Trabalho obteve também competência no âmbito da fiscalização do trabalho para analisar as penalidades administrativas impostas aos empregadores, em especial envolvendo o meio ambiente do trabalho, no âmbito da responsabilidade civil decorrente de acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais, nos casos de ações possessórias envolvendo o exercício do direito de greve etc., enfim, ampliaram-se as lides sob a competência do Poder Judiciário trabalhista. Tais alterações constitucionais impactaram no processo do trabalho que objetiva a efetivação dos direitos sociais constitucionalmente assegurados aos trabalhadores, atendendo aos anseios de busca pela tutela jurídica justa e efetiva.

O Direito Processual do Trabalho, apesar de ser autônomo em relação ao Direito Material do Trabalho e ao Direito Processual Civil, atualmente está mais próximo deste, sobretudo com a edição do novo Código de Processo Civil

incessante da economia e da sociedade” (DELGADO, Mauricio Godinho e DELGADO, Gabriela Neves. *Justiça do trabalho: 70 anos de justiça social. Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 2, p. 116, abr./jun. 2011).

(Lei n. 13.105/2015), bem como está ancorado nos *princípios*⁽³³⁾ *constitucionais do processo*, a saber: devido processo legal (CF, LIV, art. 5º); contraditório e ampla defesa (CF, LV, art. 5º); inafastabilidade da prestação jurisdicional ou acesso à justiça (CF, XXXV, art. 5º); vedação da prova ilícita (CF, LVI, art. 5º); publicidade dos atos processuais (CF, LX, art. 5º); juiz natural e vedação aos tribunais de exceção (CF, XXXVII e LIII, art. 5º); duplo grau de jurisdição (CF, inciso LV, *in fine*, art. 5º); duração razoável do processo (CF, LXXVIII, art. 5º), motivação das decisões judiciais (CF, IX, art. 93) etc.⁽³⁴⁾

Em face da crescente judicialização dos direitos impulsionada pela vigente Constituição, é imperioso garantir aos cidadãos, sobretudo trabalhadores, o acesso à tutela jurídica justa e efetiva (art. 5º, incisos XXXV e LXXIV da Constituição), seja no caso de ameaça ou já de efetiva lesão a direito, como integrante do plexo de direitos e garantias fundamentais,

(33) De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, “princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura neles esforçada” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed., rev., ampl. e atual., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 299-300).

(34) Para o estudo aprofundado dos princípios constitucionais do processo do trabalho, consulte GAMBA, Juliane Caravieri Martins e MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Princípios constitucionais do direito do trabalho: relevância e aplicabilidade, rediscutindo paradigmas. *Revista Trabalhista da ANAMATRA*, São Paulo: LTR, v. 41, 2012, p. 62-79.

consoante preleciona Carlos Henrique Bezerra Leite⁽³⁵⁾:

O problema do acesso à justiça ganhou nova dimensão a partir da Constituição Federal de 1988 que, inovando substancialmente em relação à Carta que lhe antecedeu, catalogou os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal no rol dos direitos e garantias fundamentais, especificamente no capítulo concernente aos direitos e deveres individuais e coletivos. Amplia-se, então, no plano mais elevado do nosso ordenamento, o conceito jurídico de acesso ao Poder Judiciário, não somente para a tutela jurisdicional na hipótese de lesão, mas, também, na de ameaça a direito. E mais, a expressão “direito”, embora esteja gramaticalmente empregada no singular, comporta interpretação extensiva e sistemática, isto é, abarca tanto os “direitos” como os “interesses”, quer sejam “individuais”, quer sejam “coletivos” *lato sensu*.

Não é incorreto afirmar, pois, que esses dois princípios constitucionais — indeclinabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) e devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV) — servem de aporte à temática do efetivo acesso, tanto individual quanto coletivo, ao Poder Judiciário brasileiro.

Nesse contexto, é primordial a compreensão dos princípios constitucionais e peculiares⁽³⁶⁾ do Direito Processual do Trabalho, com ênfase no

princípio da proteção processual⁽³⁷⁾, são primordiais porque é mais grave violar o princípio do que transgredir a regra.

Então, na seara do Direito Processual do Trabalho e à luz dos seus princípios norteadores, serão verificadas as alterações promovidas pela “reforma” trabalhista no art. 790, §§ 3º e 4º; art. 790-B e art. 791-A da CLT cujo cerne da discussão diz respeito à gratuidade dos atos processuais e, conseqüentemente, ao direito fundamental de acesso à tutela jurídica justa e efetiva do cidadão trabalhador.

3.1. Art. 790, §§ 3º e 4º: beneficiários da gratuidade dos atos processuais

A gratuidade dos atos processuais inclui o direito do requerente ao não pagamento de taxas judiciárias, custas processuais, emolumentos, honorários periciais, despesas com editais etc. (art. 98, § 1º do CPC).

No processo do trabalho, o pedido de gratuidade dos atos processuais se embasava no

(35) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 85.

(36) Os princípios peculiares do Direito Processual do Trabalho mais significativos são: da proteção processual, da finalidade social do processo, da busca da verdade real, da indisponibilidade, da conciliação, da normatização coletiva, da finalidade ou efetividade social do processo, do *ius postulandi*, da celeridade, da simplicidade, da despersonalização do empregador etc. Para maiores detalhes, consulte BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 109 e ss.

(37) De acordo com Mauro Schiavi, “[...] o Processo do Trabalho tem característica protetiva ao litigante mais fraco, que é o trabalhador, mas sob o aspecto da relação jurídica processual (instrumental) a fim de assegurar-lhe algumas prerrogativas processuais para compensar eventuais entraves que enfrenta ao procurar a Justiça do Trabalho, devido à sua hipossuficiência econômica e, muitas vezes, à dificuldade em provar suas alegações, pois, via de regra, os documentos da relação de emprego ficam na posse do empregador. De outro lado, o processo do trabalho deve observar os princípios constitucionais do processo que asseguram equilíbrio aos litigantes. Por isso, denominamos esta intensidade protetiva do processo do trabalho de princípio de *proteção temperada ao trabalhador*. Modernamente, poderíamos chamar esse protecionismo do processo trabalhista de princípio da *igualdade substancial nas partes* no processo trabalhista, que tem esteio constitucional (art. 5º, *caput* e inciso XXXV, da CF), pois o Juiz do Trabalho deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A correção do desequilíbrio é eminentemente processual e deve ser efetivada pelo julgador, considerando não só as regras do procedimento, mas também os princípios constitucionais e infraconstitucionais do processo do trabalho, as circunstâncias do caso concreto e o devido processo legal justo e efetivo” (SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*: de acordo com novo CPC. 12. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 125-126).

art. 5º, inciso LXXIV da Constituição, no art. 790, § 3º da CLT cuja redação estabelece este direito aos trabalhadores que recebam *salário igual ou inferior ao dobro do mínimo* ou declarem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas. Esta declaração encontra fundamento na Lei n. 7.115/83 — que dispõe no art. 1º sobre a veracidade de declaração assinada pelo postulante — e no art. 99, § 3º do CPC que trata da hipossuficiência presumida de pessoa natural cuja aplicação subsidiária se verifica no processo trabalhista (art. 769 da CLT).

Há possibilidade, ainda, de a assistência judiciária gratuita ser prestada pelo sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador, nos moldes do art. 14, § 1º da Lei n. 5.584/70, ou seja, ao trabalhador 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 seu próprio sustento ou da sua família.

Este benefício normalmente é requerido e concedido ao empregado desempregado, na qualidade de reclamante, por declaração pessoal ou de seu advogado, podendo ser requerido em qualquer fase do processo, nos termos do art. 99, *caput*, do CPC e da Orientação Jurisprudencial n. 269, SDI-1, do TST⁽³⁸⁾.

Entretanto, já é admitido pela jurisprudência trabalhista o pedido de gratuidade dos atos processuais no caso de empregadores pessoas físicas (empregador doméstico, pequenos empreiteiros etc.) e pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos, desde que demonstrem a insuficiência de recursos em respeito ao direito

(38) OJ n. 269, SDI-1, TST: JUSTIÇA GRATUITA. REQUERIMENTO DE ISENÇÃO DE DESPESAS PROCESSUAIS. MOMENTO OPORTUNO (inserida em 27.9.2002). 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.

de acesso à justiça. A Súmula n. 481⁽³⁹⁾ do Superior Tribunal de Justiça já previa esta possibilidade, juntamente com o art. 98 do CPC que estabelece a concessão de gratuidade às pessoas jurídicas com insuficiência de recursos, sendo defendida sua aplicação supletiva no processo do trabalho (art. 769 da CLT e art. 15 do CPC) por alguns doutrinadores⁽⁴⁰⁾.

É necessário frisar que, além dos beneficiários da justiça gratuita, são isentos do recolhimento de custas, de acordo com o art. 790-A da CLT, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e respectivas autarquias e fundações públicas federais estaduais e municipais que não explorem atividade econômica, o Ministério Público do Trabalho e a massa falida (Súmula n. 86 do TST⁽⁴¹⁾).

Entretanto, ainda que o empregador consiga a gratuidade dos atos processuais, este benefício não alcança o depósito recursal cuja natureza jurídica é de garantia da execução e do juízo a fim de que os créditos alimentares do reclamante sejam devidamente pagos. Logo, o depósito recursal representa a mera antecipação da condenação, pois, garantido o juízo e atingido o limite previsto em lei, nenhum outro valor deverá ser depositado (§ 6º do art. 899 da CLT).

A Lei n. 13.467/2017 alterou o § 3º do art. 790, bem como incluiu o § 4º nos seguintes termos:

Art. 790. (...)

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de

(39) Súmula 481, STJ: Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

(40) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho...*, p. 401.

(41) Súmula n. 86 do TST: DESERÇÃO. MASSA FALIDA. EMPRESA EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL (incorporada a Orientação Jurisprudencial n. 31 da SBDI-1) – Res. n. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005 – 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.

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.

Apesar de possuir limite fixado para a concessão da gratuidade dos atos processuais no valor de quarenta por cento do teto máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social⁽⁴²⁾, sendo até maior ao patamar atualmente previsto (salário igual ou inferior ao dobro do mínimo), verifica-se que a redação anterior do § 3º do art. 790 da CLT exigia apenas mera declaração do reclamante acerca da sua necessidade, declaração a qual se presume verdadeira (presunção *iuris tantum*) porque foi assinada pelo postulante ou seu advogado (Lei n. 7.115/83 e art. 99, § 3º, do CPC).

Entretanto, o § 4º incluído pela “reforma” no art. 790 da CLT passa a exigir a **comprovação da hipossuficiência do trabalhador**, muito mais do que a simples declaração, pois no caso de pessoa natural a hipossuficiência é presumida no art. 99, § 3º do CPC cuja aplicação é subsidiária no processo do trabalho (art. 15 do CPC e art. 769 da CLT). Esta alteração dificultará sobremaneira ao trabalhador o pleno exercício do seu direito fundamental de acesso à tutela jurisdicional justa (art. 5º, incisos XXXV e LXXIV da Constituição) e a efetivação dos direitos sociais trabalhistas resguardados na Constituição, bem como viola o princípio da proteção processual, mandamento nuclear no Direito Processual do Trabalho.

(42) Atualmente este valor seria de R\$ 2.212,53 (dois mil e duzentos e doze reais e cinquenta e três centavos), pois a partir de 1º de janeiro de 2017, o teto dos benefícios previdenciários passou a ser de R\$ 5.531,31 (cinco mil e quinhentos e trinta e um reais e trinta e um centavos), segundo a Portaria n. 08, de 13 de janeiro de 2017, do Ministério da Fazenda.

3.2. Art. 790-B: honorários periciais

O art. 225, *caput*, da Constituição ao afirmar que o meio ambiente é um direito de *todos*⁽⁴³⁾, procurou alcançar todas as pessoas que residem no território brasileiro, sem distinção de sexo, idade, etnia, nacionalidade etc., em respeito aos princípios da isonomia e de proibição de discriminação. Ademais, os valores sociais do trabalho representam pilares da Ordem Econômica (art. 170, CF) e da Ordem Social (art. 193, CF), impondo plena proteção à saúde e à integridade físico-psíquica do trabalhador no meio ambiente onde exerce suas atividades.

A saúde também foi categoricamente reconhecida como direito fundamental, estando discriminada no rol dos direitos sociais do art. 6º e no art. 196⁽⁴⁴⁾ da Constituição na condição de garantia de todas as pessoas, inclusive dos trabalhadores, sendo decorrente do próprio direito à vida. Portanto, a saúde impõe o dever ao Estado e à sociedade em realizar ações e políticas tendentes a proteger e garantir à saúde e à integridade físico-psíquica das pessoas trabalhadoras no meio ambiente aonde exercem suas atividades laborativas. Logo, o meio ambiente do trabalho equilibrado e hígido é direito fundamental do cidadão trabalhador (art. 7º, inciso XXII, no art. 225, *caput* c/c o art. 200, inciso VIII da Constituição), nos estritos termos impostos pelas normas constitucionais pátrias e normas internacionais de direitos humanos.

Caso o trabalhador atue em meio ambientes insalubres ou perigosos, basicamente aqueles locais aonde se fazem presentes os riscos ergonômicos, físicos, químicos, biológicos e

(43) A expressão “todos” representaria os brasileiros e estrangeiros residentes no país, ou seja, a coletividade de pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato.

(44) Art. 196 – A saúde é um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

de acidentes, é preciso que a caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade sejam aferidas mediante perícia a cargo de médico do trabalho ou engenheiro do trabalho (art. 195, *caput* da CLT). Se durante a execução do contrato de trabalho não houver o pagamento, a arguição em juízo da insalubridade e da periculosidade no ambiente de trabalho deve ser comprovada por perícia técnica (art. 195, § 2º, da CLT). Havendo dispensa da mesma no caso de ser impossível a sua realização pelo fechamento da empresa (Orientação Jurisprudencial n. 278 da SDI-1 do TST⁽⁴⁵⁾).

Ademais, é imprescindível a realização da perícia médica se, no exercício da atividade laborativa, o empregado que sofrer *acidente de trabalho*⁽⁴⁶⁾ ou for acometido por *doença profissional*⁽⁴⁷⁾ ou *do trabalho*⁽⁴⁸⁾ — as quais se

equiparam ao acidente de trabalho (art. 20 da Lei n. 8.213/91) —, no intuito de se estabelecer o nexo causal entre a redução da capacidade laborativa e a atividade exercida pelo trabalhador, bem como os limites para a reparação civil dos danos sofridos a qual deve ser analisada no contexto da proteção jurídica ao meio ambiente do trabalho⁽⁴⁹⁾.

Portanto, a produção da prova pericial (ambiental ou médica) é de suma importância no processo do trabalho, sendo requerida, na sua grande maioria, pelos empregados na qualidade de reclamantes que objetivam comprovar as desconformidades ocorridas no meio ambiente de trabalho.

No caso da produção da prova pericial, a redação anterior do art. 790-B da CLT determinava que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais era da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia. Caso a sucumbência fosse parcial, normalmente era atribuída à empresa reclamada a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais.

Acerca da perícia realizada na fase de execução, Mauro Schiavi⁽⁵⁰⁾ pontua:

Pensamos que na execução, em razão da realização de perícia contábil, o reclamado deva ser responsabilizado pelos honorários periciais, pois deu causa à perícia e também em razão de que na execução não existe sucumbência própria da fase de conhecimento, pois a obrigação já está consagrada

prestado ou das condições específicas do ambiente de trabalho. O grupo atual das LER/DORT é um exemplo oportuno das doenças do trabalho, já que podem ser adquiridas ou desencadeadas em qualquer atividade, sem vinculação direta a determinada profissão” (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional...*, p. 47).

(49) Para maiores detalhes, consulte GAMBÁ, Juliane Caravieri Martins. Responsabilidade civil objetiva do empregador pelos danos à saúde do trabalhador: visão constitucional do meio ambiente do trabalho. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, p. 127-164, 2010.

(50) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho...*, p. 804-805.

(45) OJ n. 278 do TST: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PERÍCIA. LOCAL DE TRABALHO DESATIVADO (DJ 11.8.2003) – A realização de perícia é obrigatória para a verificação de insalubridade. Quando não for possível sua realização, como em caso de fechamento da empresa, poderá o julgador utilizar-se de outros meios de prova.

(46) Segundo do art. 19 da Lei n. 8.213/91, o *acidente típico do trabalho* é aquele que: “[...] exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”. No intuito de amparar o trabalhador doente, o art. 21, inciso IV, alínea “d”, da Lei n. 8.213/91 equipara a acidente do trabalho os chamados acidentes de trajeto ou acidentes *in itinere*.

(47) Doença profissional é “aquela peculiar a determinada atividade ou profissão, também chamada de doença profissional típica, tecnopatia ou ergopatia. O exercício de determinada profissão pode produzir ou desencadear certas patologias, sendo que, nessa hipótese, o nexo causal da doença com a atividade é presumido. É o caso, por exemplo, do empregado de uma mineradora que trabalha exposto ao pó de sílica e contrai silicose (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2007. p. 47).

(48) A doença do trabalho, também chamada mesopatia ou doença profissional atípica, “apesar de ter origem na atividade do trabalhador, não está vinculada necessariamente a esta ou aquela profissão. Seu aparecimento decorre da forma em que o trabalho é

no título. Não obstante, em casos de conduta abusiva do autor ao apresentar cálculos muito acima dos valores encontrados pelo perito, deve o reclamante responder pelos honorários do perito.

Em razão dos princípios da proteção processual e da finalidade social do processo, não se exige o depósito prévio dos honorários periciais no processo do trabalho quando a lide for decorrente da relação de emprego, consoante entendimento da jurisprudência trabalhista⁽⁵¹⁾.

A Lei n. 13.467/2017 alterou a parte final do *caput* do art. 790-B e incluiu os §§ 1º a 4º, a saber:

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.

A modificação da parte final do *caput* do art. 790-B da CLT passando a exigir o pagamento

dos honorários periciais da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia mesmo na condição de a parte ser beneficiária da gratuidade dos atos processuais viola frontalmente o princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional que também se transmuta no direito fundamental à tutela jurisdicional justa e efetiva (art. 5º, incisos XXXV e LXXIV da Constituição) da pessoa humana trabalhadora.

Associado à parte final do *caput* do referido artigo, o § 4º autorizou a utilização de créditos, **frise-se de natureza alimentar**, obtidos pelo trabalhador na ação em curso ou noutro processo para o pagamento dos honorários periciais, verdadeiro confisco dos créditos trabalhistas. Tal dispositivo chancela o cerceamento de direito do empregado reclamante ao resguardo do seu direito fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável e hígido, afrontando nitidamente o devido processo legal constitucional (CF, LIV, art. 5º) e os princípios peculiares do Direito Processual do Trabalho, em especial o da proteção processual, o da finalidade social do processo, o da busca da verdade real e o da indisponibilidade.

Não se deve olvidar que o objetivo primordial da produção da prova pericial, seja ambiental, seja médica, é a comprovação das desconformidades ocorridas no meio ambiente de trabalho as quais atingem frontalmente a integridade físico-psíquica dos trabalhadores. Portanto, esta alteração proposta pela reforma trabalhista mostra-se inconstitucional ao violar direitos fundamentais e constitucionais dos trabalhadores garantidos pela Constituição de 1988, em especial o direito à vida e à saúde no meio ambiente do trabalho, o devido processo legal, bem como o direito fundamental de acesso à tutela jurídica justa e efetiva.

Tais propostas contribuem para a afronta ao direito fundamental dos trabalhadores ao meio ambiente de trabalho saudável e hígido (art. 7º, inciso XXII, art. 225, *caput* c/c art. 200, inciso VIII da Constituição), fragilizando

(51) OJ n. 98, SDI-II do TST: MANDADO DE SEGURANÇA. CABÍVEL PARA ATACAR EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO DE HONORÁRIOS PERICIAIS (nova redação) – DJ 22.08.2005 – É ilegal a exigência de depósito prévio para custeio dos honorários periciais, dada a incompatibilidade com o processo do trabalho, sendo cabível o mandado de segurança visando à realização da perícia, independentemente do depósito. Art. 6º da Instrução Normativa n. 27/2005 do Tribunal Superior do Trabalho: Os honorários periciais serão suportados pela parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária da justiça gratuita. Parágrafo único. Faculta-se ao juiz, em relação à perícia, exigir depósito prévio dos honorários, ressalvadas as lides decorrentes da relação de emprego.

as normas de proteção à saúde e segurança no trabalho o que, certamente, aumentará de modo expressivo o número de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais nos próximos anos no Brasil.

3.3. Art. 791-A: honorários advocatícios

Conforme a jurisprudência trabalhista majoritária, no processo do trabalho, os honorários advocatícios não decorrem da mera sucumbência, sendo, *em regra*, indevidos porque a contratação de advogado pela parte é mera faculdade em razão do *ius postulandi* (art. 791 da CLT). Assim, nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários de sucumbência seriam devidos no caso de o empregado ser beneficiário da gratuidade dos atos processuais e estiver assistido por sindicato da categoria (art. 14, § 1º da Lei n. 5.584/70).

Entretanto, como o uso do *ius postulandi* está limitado às instâncias ordinárias (Varas do Trabalho e Tribunais Regionais do Trabalho), não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do TST (Súmula n. 425 do TST), os honorários advocatícios de sucumbência também seriam devidos nestas situações.

Após a Emenda Constitucional n. 45/04 que ampliou a competência material da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho fixou o entendimento de que os honorários advocatícios decorrentes da sucumbência seriam devidos, ainda, nas lides que não decorressem da relação de emprego (art. 5º, Instrução Normativa n. 27/05 do TST).

Sobre o tema, também permanece o entendimento consubstanciado nas Súmulas n. 219 e 329 do TST⁽⁵²⁾ que espelham a aplicação do

princípio da proteção processual ao empregado reclamante que, como regra geral, não pagariam os honorários sucumbenciais.

Regulamentando o pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, a Lei n. 13.467/2017 inseriu o art. 791-A na CLT com o teor seguinte:

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;

percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art. 14, § 1º, da Lei n. 5.584/1970). (ex-OJ n. 305 da SBDI-I). II – É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista. III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego. IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90). V – Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º). VI – Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil. Súmula n. 329 do TST: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) – Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula n. 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

(52) Súmula n. 219 do TST: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) – Res. n. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.3.2016. I – Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a

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 arbitrarará honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

A análise deste artigo será realizada sob o enfoque do empregado reclamante (§ 4º) e não especificamente a partir das considerações da atuação profissional do advogado e do seu direito ao recebimento dos honorários nos mesmos percentuais previstos no art. 85, § 2º do CPC em razão do princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF).

O § 4º do art. 791-A na CLT estabelece que mesmo o empregado beneficiário da gratuidade dos atos processuais, em caso de ser vencido na lide, deverá arcar com o pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência calculados 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, inclusive com créditos porventura obtidos em outros processos sejam trabalhistas ou não (o texto não faz distinção).

Este dispositivo desrespeita explicitamente os princípios peculiares do Direito Processual do Trabalho: da proteção processual, da finalidade social do processo, da busca da verdade

real, da indisponibilidade e da finalidade ou efetividade social do processo.

Caso não haja créditos em nome do reclamante vencido, o pagamento de tais honorários ficará em condição suspensiva de exigibilidade por dois anos aguardando o surgimento de créditos em nome do reclamante vencido ou caso seja demonstrado que a situação de hipossuficiência financeira deixou de existir.

O art. 791-A, § 3º da CLT estabelece também os honorários de sucumbência recíprocos em caso de procedência parcial dos pedidos, ou seja, quando o empregado reclamante seja parcialmente vencido na lide. A maioria dos processos trabalhistas não logra a obtenção de procedência total dos pedidos, sempre ocorrendo a procedência parcial, logo, esta previsão legal limitaria o empregado na busca do Poder Judiciário trabalhista, afrontando novamente o direito fundamental de acesso à justiça do trabalhador que se sentirá constrangido a interpor quaisquer ações trabalhistas.

4. Considerações finais

A Lei n. 13.467/2017, conhecida como “reforma” trabalhista, que recentemente foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro, alterou significativamente vários artigos da Consolidação das Leis do Trabalho, da Lei n. 6.019/74, da Lei n. 8.036/90 e da Lei n. 8.212/91 sob o discurso da necessidade de adequação à nova realidade que o capitalismo impõe às relações de trabalho: plantas empresariais mais enxutas, contratos de trabalho mais flexíveis, encargos trabalhistas menores para a rescisão contratual etc.

Muitos afirmam, falaciosamente, que as normas trabalhistas estão obsoletas, devendo ser modernizadas a fim de atender aos anseios da reestruturação empresarial capitalista impulsionada pela globalização econômica das últimas décadas. Porém, é nítido que “[...] a CLT não cristalizou com a passagem do tempo [...] amparada no vigor da interpretação constitucional, mantém força e compromisso

social, assumindo novos traçados, ângulos e projetos de renovação e de proteção ao trabalho regulado, em respeito aos padrões sociais historicamente maturados no período de redemocratização brasileiro⁽⁵³⁾.

Analisando o texto da referida lei, verifica-se que as alterações realizadas no âmbito do Direito Individual do Trabalho, do Direito Coletivo do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho, **em sua expressiva maioria**, objetivam tão somente a desconstrução dos direitos sociais trabalhistas que foram conquistados pelo cidadão trabalhador nos últimos séculos.

Na seara do Direito Processual do Trabalho, foram estudadas as alterações realizadas no art. 790, §§ 3º e 4º que delimitou os beneficiários da gratuidade dos atos processuais; no art. 790-B que tratou dos honorários periciais e, por fim, no art. 791-A que disciplinou os honorários advocatícios. Tais mudanças foram compreendidas à luz dos princípios constitucionais e peculiares do processo do trabalho, bem como do direito fundamental de acesso à tutela jurídica justa e efetiva do cidadão trabalhador.

É de suma importância a compreensão dos princípios constitucionais e peculiares do Direito Processual do Trabalho e seu significado ante as alterações propostas pela reforma trabalhista, pois é mais grave violar o princípio do que transgredir a regra. Os princípios jurídicos representam determinada concepção valorativa norteadora do direito, conferindo-lhe racionalidade, direção, unidade e harmonia. Eles alicerçam todo o sistema jurídico, suprimem omissões e imperfeições das regras positivadas, organizam e fundamentam o sistema e irradiam-se pelos diferentes ramos do direito, aqui, em especial, no Direito Processual do Trabalho.

A evidente desigualdade econômica do empregado em face do empregador, o desequilíbrio na produção das provas com reflexos na

instrução probatória, a ausência de proteção contra a despedida arbitrária, o desemprego estrutural inerente às economias capitalistas etc. são situações que não podem ser secundárias, mas devem ser transpostas para o processo do trabalho.

No intuito de minimizar as desigualdades fáticas entre os litigantes mais comuns da ação trabalhista (empregados e os empregadores), vislumbra-se a necessária aplicação dos princípios peculiares do Direito Processual do Trabalho, tais como: o da proteção processual, o da finalidade social do processo, o da busca da verdade real, o da indisponibilidade e, principalmente, o da finalidade ou efetividade social do processo. Os princípios incorporam valores éticos norteadores de todo o sistema normativo construído e positivado, eles se apresentam como pressuposto de existência do próprio direito enquanto sistema.

No tocante à gratuidade dos atos processuais, a lei incluiu o § 4º do art. 790 da CLT que exige a **comprovação da hipossuficiência do trabalhador**, ou seja, muito mais do que a simples declaração. No caso de pessoa natural, a hipossuficiência é presumida no art. 99, § 3º do CPC cuja aplicação é subsidiária no processo do trabalho (art. 15 do CPC e art. 769 da CLT). Esta alteração dificultará ao trabalhador o pleno exercício do seu direito fundamental de acesso à tutela jurisdicional justa (art. 5º, incisos XXXV e LXXIV da Constituição) e a efetivação dos direitos sociais trabalhistas resguardados na Constituição, bem como viola o princípio da proteção processual.

Em relação aos honorários periciais, a alteração da parte final do *caput* do art. 790-B da CLT exige o pagamento dos honorários periciais da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia **mesmo na condição de a parte ser beneficiária da gratuidade dos atos processuais**. Tal dispositivo viola frontalmente o princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional que também se transmuta no direito fundamental à tutela jurisdicional justa

(53) DELGADO, Gabriela Neves. *A CLT aos 70 anos: rumo a um direito do trabalho constitucionalizado...*, p. 292.

e efetiva (art. 5º, incisos XXXV e LXXIV da Constituição) do trabalhador.

O § 4º do art. 790-B da CLT autoriza a utilização de créditos de natureza alimentar obtidos pelo trabalhador na ação em curso ou noutro processo para o pagamento dos honorários periciais, chancelando também o cerceamento de direito do empregado reclamante ao resguardo do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável e hígido. Esta alteração mostrou-se inconstitucional ao violar direitos fundamentais e constitucionais dos trabalhadores, em especial o direito à vida e à saúde no meio ambiente do trabalho, o devido processo legal e o direito fundamental de acesso à tutela jurídica justa e efetiva.

Por fim, o § 3º do art. 791-A da CLT estabeleceu os honorários de sucumbência recíprocos em caso de procedência parcial dos pedidos que representa a maioria das ações trabalhistas, cerceando o acesso à justiça ao trabalhador. O § 4º do art. 791-A na CLT disciplinou o pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência determinando que o empregado ao ser vencido na lide — ainda que beneficiário da gratuidade dos atos processuais — deverá arcar com o pagamento dos referidos honorários calculados 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, inclusive com créditos porventura obtidos em outros processos sejam trabalhistas ou não. Além disso, não existindo créditos em nome do reclamante vencido, o pagamento de tais honorários ficará em *condição suspensiva de exigibilidade por dois anos* e aguardará o surgimento de créditos em nome do reclamante vencido ou caso seja demonstrado que a situação de hipossuficiência financeira deixou de existir.

Estes parágrafos desrespeitam explicitamente os princípios peculiares do Direito Processual do Trabalho: da proteção processual, da finalidade social do processo, da busca da verdade real, da indisponibilidade e da finalidade ou

efetividade social do processo, bem como afrontam o direito fundamental de acesso à justiça do trabalhador que se sentirá constrangido a interpor quaisquer ações trabalhistas.

Em suma, tais dispositivos celetistas alterados pela “reforma” trabalhista promovem o cerceamento dos empregados reclamantes ao pleno exercício do *direito constitucional de ação* na qualidade de *direito público subjetivo de todo cidadão brasileiro, inclusive trabalhador*, principalmente quando se está em busca da efetivação de direitos laborais que foram reiteradamente descumpridos pelo empregador ou tomador de serviços no transcorrer do contrato de trabalho.

Não se pode olvidar que a valorização do trabalho marca o anúncio dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV da Constituição), consolidando-se no âmbito dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (arts. 6º a 11 da Constituição), estando consagrado como princípio da Ordem Econômica (art. 170 da Constituição) e da Ordem Social (art. 193 da Constituição), conferindo, assim, finalidade ao Estado brasileiro.

A aprovação dessa “reforma” representa profundo retrocesso social ao Estado Democrático de Direito, desconstruindo direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, colocando o país no caminho inverso ao que propõe a Constituição de 1988 ao estabelecer que, dentre os objetivos do Estado brasileiro, está a construção de uma sociedade justa e solidária com a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, incisos I e III da CF).

A “reforma” trabalhista, na configuração ora realizada, beneficia exclusivamente os interesses do capital global e não promoverá a geração de empregos como alardeado pelos seus defensores, muito ao contrário, aprofundará as mazelas sociais do país. Não é reduzindo/retirando direitos sociais dos cidadãos brasileiros (educação, saúde, trabalho, previdência social

etc.) que haverá a retomada do crescimento econômico. A criação de empregos depende primordialmente do crescimento da economia brasileira que deve, necessariamente, implicar num ajuste fiscal e monetário com a diminuição dos gastos públicos com cargos de confiança, combate à corrupção e aos desvios de verbas públicas, redução das benesses concedidas aos agentes políticos e diminuição do dispêndio de dinheiro público com favores eleitores para que o governo federal, cuja legitimidade está questionada pelo povo brasileiro, mantenha-se no poder a qualquer custo até as próximas eleições.

5. Referências bibliográficas

- ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo; OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid: Civitas, 1988.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- DELGADO, Gabriela Neves. A CLT aos 70 anos: rumo a um direito do trabalho constitucionalizado. *Revista do TST*, Brasília, v. 79, n. 2, p. 268-294, abr./jun. 2013.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. Justiça do trabalho: 70 anos de justiça social. *Revista do TST*, Brasília, v. 77, n. 2, p. 103-117, abr./jun. 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GARCIA, Maria. Mas, quais são os direitos fundamentais? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 10, n. 39, p. 115-123, abr./jun. 2002.
- GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Responsabilidade civil objetiva do empregador pelos danos à saúde do trabalhador: visão constitucional do meio ambiente do trabalho. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 18, p. 127-164, 2010.
- GAMBA, Juliane Caravieri Martins; MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Princípios constitucionais do direito do trabalho: relevância e aplicabilidade, rediscutindo paradigmas. *Revista Trabalhista da ANAMATRA*, São Paulo, LTr, v. 41, p. 62-79, 2012.
- IBGE. *PNAD contínua*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/>>. Acesso: 26 maio 2017.
- LESSA, Luiz Carlos. *Dicionário da doutrina social da Igreja: doutrina social da Igreja de A a Z*. São Paulo: LTr, 2004.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.
- MARTINS, Juliane Caravieri. *O parlamento do MERCOSUL no século XXI: integração regional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos sociales y positivismo jurídico: escritos de filosofía jurídica y política. Cuadernos Bartolome de Las Casas*, Madrid, Dykinson, n. 11, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed., rev., ampl. e atual., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2007.
- POCHMANN, Márcio. *O trabalho sob fogo cruzado: exclusão, desemprego e precarização no final do século*. São Paulo: Contexto, 1999.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: LTr, 2007.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução e notas de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. 1, p. 01-46, abr. 2001.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho: de acordo com novo CPC*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2017.

Reforma trabalhista e desenvolvimento humano: uma análise legislativa à luz do fenômeno da “pejotização”

Vinícius Pinagé Alves de Lima^(*) e Jaílton Macena de Araújo^(**)

Resumo:

- A reforma trabalhista vem sendo apontada pelo discurso neoliberal desenvolvimentista como a alternativa para acabar a recessão e retomar o crescimento econômico do Brasil. É justamente de discurso que se trata o desenvolvimento, termo que ganhou popularidade, mas que apenas reflete as aspirações mais abstratas e comuns à maioria dos indivíduos e das coletividades de uma nação, razão pela qual os maiores detentores do poder econômico, devido a ampla representatividade no Congresso Nacional, lograram difundir eficientemente a mensagem de que a legislação trabalhista é arcaica e se faz de óbice ao desenvolvimento (econômico). Compartilhando com a reforma trabalhista a mesma origem — aqui chamada de onda neoliberal precarizante do trabalho humano —, surgiu o fenômeno da “pejotização”, prática de se exigir de um trabalhador a constituição de pessoa jurídica para que possa ser contratado, o que tende a se expandir no mercado. Através de uma análise da legislação brasileira promulgada nos últimos anos, tratando direta ou indiretamente da pejotização, e como plano de fundo à reforma trabalhista, este artigo questiona esse discurso “pseudo” desenvolvimentista em busca de respostas à crise que não impliquem na redução dos direitos dos trabalhadores.

Palavras-chave:

- Reforma trabalhista — Desenvolvimento humano — Precarização — Pejotização — Trabalho decente — Valor social do trabalho.

Abstract:

- The labor reform has been pointed by a neoliberal-developmental speech as an alternative to end recession and recover Brazilian economic growth. This brings to mind that development means no more than speech, considering its popularity in spite of the fact that it reflects the most abstract and common social hopes, reason why the economically powerful groups, due to enough representativeness in National Congress, managed to propagate efficiently that labor law is an ancient legislation that hinders (economic)

(*) Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.

(**) Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba.

development. Sharing with that reform the same origin — here called neoliberal wave of labor precarization, the “hiring-free-of-labor-rights” phenomenon has risen as a practice whereby potential workers are demanded to constitute themselves a legal person in order to get hired, which tends to spread throughout the job market. By analyzing recently promulgated legislation, focusing the “hiring-free-of-labor-rights” phenomenon and having the labor reform as a background, this article questions that developmental speech and searches for answers to the slump that do not imply on labor rights reduction.

Key-words:

- ▶ Labor reform — Human development — Precarization — Decent work — Hiring-free-of-labor-rights — Social value of work.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Trabalho como alicerce do desenvolvimento humano
 - ▶ 2.1. Desenvolvimento como discurso e como paradigma
 - ▶ 2.2. Valor social do trabalho e trabalho decente: nortes principiológico e instrumental para o alcance do desenvolvimento
- ▶ 3. Reforma trabalhista e pejetização na esteira da onda neoliberal precarizante do trabalho humano
 - ▶ 3.1. Reestruturação produtiva, flexibilização e precarização
 - ▶ 3.2. A pejetização (e a reforma trabalhista) no contexto do terceiro espírito do capitalismo
- ▶ 4. A desconformidade da reforma trabalhista com a realização do desenvolvimento humano
 - ▶ 4.1. A pejetização no contexto da reforma trabalhista
 - ▶ 4.2. Alternativas à crise através do trabalho decente
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A adoção político-econômica do neoliberalismo pelas nações iniciada nos anos 1970 gerou para as empresas um receituário de flexibilização das relações de produção e de trabalho, surgindo daí novos perfis ideais de trabalho e de trabalhador, os quais, por sua vez, deram origem a formas atípicas e precarizantes de exploração como a terceirização — mais comum — e a “pejetização⁽¹⁾”, prática

de se exigir que um trabalhador constitua pessoa jurídica como requisito para a sua contratação.

Paralelamente, empreendeu-se no Brasil uma verdadeira tentativa de desconstrução dos direitos sociais, que se iniciou lenta e sorrateiramente para agora ser operada de modo escancarado, porém apoiada por um discurso desenvolvimentista. Trata-se do que se pretende chamar de reforma trabalhista, o braço

(1) O termo advém do acrônimo “PJ”, utilizado para representar a expressão pessoa jurídica. Optou-se por trazê-lo inicialmente entre aspas, considerando que se

trata de um neologismo ainda não consolidado como parte do Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa — VOLP.

jurídico-normativo de uma onda neoliberal precarizante do trabalho humano.

Há de se observar inicialmente que o desenvolvimentismo deve ser questionado diante do reconhecimento da existência do direito humano ao desenvolvimento, uma vez que o termo “desenvolvimento” deixou, há algum tempo, de ser relacionado apenas com o seu aspecto econômico, passando a contemplar também as dimensões social, cultural e política.

Por outro lado, a reforma trabalhista deve ser encarada como um processo há muito iniciado e não apenas com a aprovação da Lei n. 13.467/2017, cuja justificativa de existência é a “adequação” da CLT às novas formas de trabalho — das quais a pejotização, embora ilícita, faz parte. Assim, a reforma trabalhista deve ser questionada também enquanto resposta ao discurso neoliberal desenvolvimentista que busca na redução dos direitos trabalhista uma solução para a crise econômica.

De grande importância, este tema se destaca nas ciências jurídicas e sociais e especificamente no direito do trabalho pela atualidade e iminência de se irromper um desmonte na teia de proteção social ao trabalho e ao trabalhador prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e também no Regime Geral de Previdência Social.

Nesse sentido, tendo a reforma trabalhista como plano de fundo e o fenômeno da pejotização como foco, de modo a demonstrar suas desconformidades com a realização do desenvolvimento humano, empreender-se-á análise crítica da legislação pertinente, após a qual se buscará encontrar soluções à recessão que não envolvam a redução de direitos trabalhistas.

2. Trabalho como alicerce do desenvolvimento humano

Conceituar o vocábulo desenvolvimento parece uma tarefa tão cheia de possibilidades quanto estabelecer seus fins e seus meios, suas

causas de promoção, o que se lhe faz de obstáculo e quais são seus destinatários, pois no imaginário da sociedade em geral e no meio acadêmico a ideia de desenvolvimento por muito tempo esteve restritamente identificada com o crescimento econômico.

Posteriormente, com o advento de uma nova conjuntura na qual as pressões sociais clamavam por um olhar atento do Estado no sentido de promover maior distribuição das riquezas e reduzir desigualdades, o discurso sobre o desenvolvimento encontrou-se com diversos outros temas sobre os quais nunca havia dialogado, deixando de permanecer apenas na seara econômica.

Nesse contexto, se já era possível observar uma relação estreita entre a geração de emprego e renda e o desenvolvimento local, regional e nacional, com a mudança de enfoque — ou pelo menos a sua ampliação — para abranger o indivíduo e a coletividade, a qual requer uma investigação sobre o impacto da oferta de trabalho na vida das pessoas, percebe-se de plano a mesma conexão.

2.1. Desenvolvimento como discurso e como paradigma

As primeiras menções ao desenvolvimento nas ciências sociais certamente são contemporâneas ao movimento em torno da prosperidade e do acúmulo de riquezas das ex-colônias (africanas, americanas e asiáticas) para se estabelecerem como nações autônomas e sem qualquer lastro de dependência com suas respectivas metrópoles⁽²⁾.

O período pós-guerra (final da década de 1940 e década de 1950) foi aquele no qual surgiram as primeiras propostas de acordos de cooperação, através de organismos internacionais, influenciados pelo contexto de polarização político-ideológica da chamada

(2) AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento — um conceito ultrapassado ou em renovação? Da teoria à prática e da prática à teoria. *Cadernos de Estudos Africanos*, v. 4, ano 4, p. 5, 2003.

Guerra Fria, com o escopo de assegurar mais aliados para os blocos capitalista e comunista, o que trazia, para os novos países, a chance de se modernizar e de alcançar os padrões de crescimento econômico, de industrialização e de uso de tecnologia das nações consideradas desenvolvidas, razão pela qual o desenvolvimento era explicado através da dualidade com o subdesenvolvimento.

Então, quando o desenvolvimento passou a ser amplamente discutido no nível acadêmico-científico, surgiram os mitos do economismo, do produtivismo, do consumismo, do tecnologismo e do urbanicismo, que reforçaram a identificação do desenvolvimento com o crescimento econômico e posteriormente com a industrialização, *conditio sine qua non* e única via para o êxito das nações nesse sentido⁽³⁾.

Ocorre que vários fatores, dentre eles a insatisfação social com o modelo de desenvolvimento idealizado até então, as crises econômicas da década de 1970 em diante, que se mostraram cíclicas, e a descoberta da necessidade de se conceber um desenvolvimento sustentável do ponto de vista social, ambiental e econômico fizeram efervescer debates e estudos acerca do desenvolvimento nos quais se buscaram novos conceitos, que se tornariam cada vez mais complexos.

Houve, portanto, uma evolução na maneira de compreender o desenvolvimento em virtude da qual o aspecto econômico abriu espaço para as acepções social, cultural e política, sendo o economista indiano Amartya Sen um dos principais defensores desse movimento, eis que é responsável pela ideia de desenvolvimento

humano reconhecido como um “processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam”⁽⁴⁾.

Por conseguinte, o desenvolvimento humano importa no respeito às liberdades substantivas de realizar as escolhas básicas de vida e as escolhas complexas como as que envolvem a participação política⁽⁵⁾, ou seja, a liberdade seria o fim e o principal instrumento do desenvolvimento, classificada em cinco tipos principais: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora⁽⁶⁾.

No entanto, o desenvolvimento “possui base de conceituação controvertida e complexa, não existindo definição universal, globalmente válida”⁽⁷⁾, eis que varia, em suas premissas, de acordo com a cultura de cada nação, dificuldade normalmente encontrada na discussão sobre os direitos humanos.

Em uma posição mais crítica, situada também ao lado daqueles que não conseguem vislumbrar, na literatura, conceitos bem delineados de desenvolvimento, Rist o tacha de fetiche e de crença da “religião da modernidade”, tendo em vista que o desenvolvimento não passaria de um processo em busca de uma condição socioeconômica ideal para a nação, intentada através de práticas muitas vezes conflitantes entre si e que transformam (e destroem) o meio ambiente e as relações sociais para aumentar a produção⁽⁸⁾.

(3) AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento — um conceito ultrapassado ou em renovação? Da teoria à prática e da prática à teoria. *Cadernos de Estudos Africanos*, v. 4, Ano 4, 2003, p. 9. O autor descreve em poucas linhas o pensamento acerca do desenvolvimento na época: “Nesse sentido, o subdesenvolvimento era visto como um atraso no desenvolvimento, a tradição um obstáculo à modernização, o campo e os meios rurais um passo atrás na caminhada para as cidades e para o progresso, as culturas e mentalidades não europeias um constrangimento à eficiência produtiva e ao bem-estar material etc”.

(4) SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000. p. 17.

(5) *Ibidem*, p. 95.

(6) SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000 p. 55.

(7) FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Direito econômico do desenvolvimento e direito humano ao desenvolvimento. Limites e confrontações. In: FEITOSA, M. L.; FRANCO, F.; PETERKE, S (Orgs.). *Direitos Humanos de Solidariedade*. Avanços e Impasses. Curitiba: Appris, 2013. p. 211.

(8) RIST, Gilbert. *The History of Development*. From western origins to global faith. 3. ed. . Londres e Nova Iorque: Zed Books, 2002. p. 13.

Se o desenvolvimento funciona objetivamente como conjunto de metas utópicas da sociedade e subjetivamente como a utopia de cada indivíduo ou coletividade⁽⁹⁾, pode-se afirmar que desenvolvimento é discurso.

Parece mais proveitoso considerar que o significado de desenvolvimento é múltiplo e complexo, e que, diante da necessidade de pontuar o que é importante para a sua compreensão, torna-se adequado vislumbrar um paradigma de desenvolvimento, que contém as seguintes características: a interdisciplinaridade, a retirada do enfoque nas necessidades dos indivíduos para o direcionamento à capacidade, a ligação com a ideia de cidadania e conceitos como empoderamento, e, por fim, a multiplicidade de caminhos e de sujeitos envolvidos no desenvolvimento, que é visto mais como um processo no qual lhes é devida participação.

Com essa tônica foi vislumbrado o direito (humano) ao desenvolvimento, previsto na Declaração de 1986 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em seu art. 1, abaixo transcrito⁽¹⁰⁾:

Art. 1

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Com efeito, se o desenvolvimento hoje é tomado como um processo global de evolução no campo social, cultural e político, além do econômico, o direito humano ao desenvolvimento traz consigo uma forte ênfase no aspecto procedimental, isto é, no processo

de desenvolvimento, e nos pressupostos de realização desse processo, dentre os quais se destacam a participação popular e o respeito aos demais direitos humanos e fundamentais.

Portanto, pode-se enxergar o direito humano ao desenvolvimento como típico direito de terceira dimensão, considerando a existência de tutela coletiva, a exigência de respeito à participação dos sujeitos (ideal democrático) e aos demais direitos humanos, fazendo integração entre eles, e os deveres impostos ao Estado e sociedade civil, nela compreendida todos os indivíduos, nas esferas individual, coletiva e universal, que conferem ao processo de desenvolvimento uma conotação de solidariedade e que se efetivam na realização do valor social do trabalho.

2.2. Valor social do trabalho e trabalho decente: nortes principiológico e instrumental para o alcance do desenvolvimento

Pode-se entender por valor social do trabalho a importância desta categoria para a vida social, o que se opera no âmbito político e jurídico através de um reconhecimento da posição central do trabalho na sobrevivência humana, na construção da cidadania e da riqueza das nações, esta através do processo produtivo.

Exemplo dessa compreensão do trabalho como parte da construção da cidadania e da dignidade, a Declaração da Quarta Cúpula das Américas de Mar Del Plata de 2005, em seu parágrafo 76, dispõe⁽¹¹⁾:

[...] Reconhecemos uma vez mais o valor do trabalho como atividade que estrutura e dignifica a vida de nossos povos, como um instrumento eficaz de interação social e um meio para a participação nas realizações da sociedade, objetivo primordial de nossa ação governamental para as Américas.

Torna-se importante notar que apesar das diversas circunstâncias, isto é, dos contextos

(9) RISTER, Carla. *Direito ao Desenvolvimento*. Antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2017. p. 267.

(10) ONU. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. Adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas. Nova Iorque, 1986.

(11) OEA – Organização dos Estados Americanos. *Declaração da Quarta Cúpula das Américas*. Mar del Plata, 2005.

históricos — e suas vertentes políticas, econômicas, sociais e culturais — que influenciaram o mundo do trabalho, este, enquanto elemento essencial da condição humana, tem sido uma constante e inegável certeza, pois “não existe nítida dissociação entre vida e trabalho”⁽¹²⁾.

Cecato defende a interpretação dos dispositivos da Declaração da Organização das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento em estreita ligação com o trabalho, não obstante o documento internacional não lhe faça menção, sendo o vínculo plenamente justificado pelas relações entre o trabalho e o desenvolvimento⁽¹³⁾.

O processo inclusivo, emancipador e multidimensional de expansão das capacidades e liberdades dos indivíduos conhecido como desenvolvimento, com o qual cada um terá o direito de contribuir, dele participando ativamente e fruindo continuamente dos benefícios de tal reprodução, tem, nos seus três momentos de execução, a presença intangível do trabalho a possibilitar a atuação de cada pessoa de modo a garanti-la este direito humano.

Nesse sentido, o valor social do trabalho significa o reconhecimento jurídico-político de sua essencialidade no tecido social (mesmo naquele inserido no modo de produção capitalista), de sua condição de fator de emancipação e de promoção da cidadania⁽¹⁴⁾. Foi com a verdadeira instituição de um direito constitucional do trabalho, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que se elevou o trabalho

à categoria de valor social⁽¹⁵⁾, com a previsão de um “direito ao trabalho” como direito fundamental e social, de igual importância em relação a direitos como os de moradia, alimentação e saúde, no art. 6º, abaixo transcrito⁽¹⁶⁾:

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

Em outro trecho, a Carta Magna brasileira atual, mais precisamente ao elencar os fundamentos da República Federativa do Brasil, coloca o valor social do trabalho ao lado da dignidade da pessoa humana, da soberania e da cidadania, porém deixando o termo “valor social” no plural, indicando simultaneamente os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa⁽¹⁷⁾.

No capítulo reservado à ordem econômica, o art. 170 da CRFB/1988 contém mais uma menção ao trabalho e imposição de sua valorização, novamente junto da ideia de livre-iniciativa e a elevação da busca do pleno emprego a patamar de princípio⁽¹⁸⁾:

Art. 170. 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 os seguintes princípios:

[...]

VIII – busca do pleno emprego.

Isso significou o reconhecimento de uma ordem econômica capitalista na qual os fins do trabalho não se resumem à geração de riqueza,

(12) CECATO, Maria Áurea Baroni. Interfaces do trabalho com o desenvolvimento: inclusão do trabalhador segundo os preceitos da declaração de 1986 da ONU. *Prima Facie*, v. 11, n. 20, ano 11, p. 40, jan./jun. 2012.

(13) *Ibidem*, p. 25.

(14) ARAÚJO, Jailton Macena. *Função emancipadora das políticas sociais do estado brasileiro*: conformação das ações assistenciais do programa bolsa família ao valor social do trabalho. 2016. 400 f. Tese (Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento) – Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016. p. 93.

(15) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 62.

(16) BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 dez. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 fev. 2017.

(17) *Idem*.

(18) *Idem*.

mas abrangem o sustento, a capacitação, o desenvolvimento individual do trabalhador e o exercício da cidadania. Compatibilizar ambos os valores é **tarefa de extrema dificuldade**, ainda mais diante de fortes pressões do setor empresarial, abundantemente representado no Congresso Nacional, pela flexibilização das normas de direito do trabalho.

A construção desse processo ideológico de “readequação” dos valores sociais às necessidades do mercado tem revelado verdadeiro desprezo à Constituição e ao fato de que o ordenamento juslaboral no Brasil já é, por si só, bastante flexível, se comparado à maioria dos Estados estrangeiros, conforme demonstrou-se pela análise de algumas das parcelas trabalhistas mais comuns, como a hora extra, a hora noturna e as férias remuneradas.⁽¹⁹⁾

Entretanto, a proteção do trabalhador não se exaure no plano da concretude, isto é, na aplicação da lei trabalhista e na previsão constitucional de normas que tenham o escopo de proteger o trabalhador da exploração injusta, da alienação ou de quaisquer males causados na relação de trabalho, mas deve se ampliar ao ponto de ser, ao mesmo tempo, proteção do trabalho enquanto garantia de sustento do indivíduo e da família e enquanto principal arma da sociedade contra a força subjugante do capital.

As propostas e pressões pela flexibilização das normas trabalhistas, que visam a desmantelar o princípio da proteção, podem ganhar força ao trazerem argumentos falaciosos acerca da questão da igualdade. Na acertada visão de Araújo

O capital é apresentado como uma pressuposição externa que contrapõe o capitalista e o trabalhador em uma situação de aparente igualdade, entretanto, o aprofundamento das relações econômicas revela a real condição

de ambos os polos dessa relação socioeconômica. As reflexões acerca do princípio da proteção, portanto, são confirmadas, uma vez que a simples aparência de igualdade faz cair por terra as justificativas do capital de que deve imperar a igualdade formal. Revela-se, pois que a apropriação da riqueza pelos donos do capital, não pelo trabalho próprio, mas pela exploração do trabalho alheio, estabelece um parâmetro de desigualdade que seria impossível de ser superado com a abstenção legal.⁽²⁰⁾

Com efeito, a positivação do valor social do trabalho junto ao da livre-iniciativa é sinal de esperança de que, no presente e no futuro, seja sempre considerada inconstitucional qualquer medida de cunho administrativo, legislativo ou judicial que sobreponha as necessidades da economia de mercado aos direitos dos trabalhadores.

Compreendido o norte principiológico surgido da relação entre trabalho e desenvolvimento, é importante observar que embora nenhuma investigação sobre o desenvolvimento humano possa preterir o trabalho enquanto elemento de extrema relevância sobre o assunto, eis que se faz de alicerce para a realização deste direito, não é qualquer trabalho que leva ao desenvolvimento aqui tratado.

No que concerne à resposta que se pode dar à indagação sobre a maneira de efetivar a expansão do desenvolvimento para os âmbitos social e político, é o trabalho decente que surge como modelo de trabalho que afluí para o desenvolvimento, ou seja, como um modelo de trabalho para o novo paradigma de desenvolvimento.

Se um novo paradigma só resultará de “um novo enfoque que se atenha ao indivíduo, suas necessidades, suas aspirações e suas capacidades

(19) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Direito do Trabalho e Desenvolvimento Econômico*. Um contraponto à Teoria da Flexibilização. 1999. p. 6-7.

(20) ARAÚJO, Jailton Macena. *Função emancipadora das políticas sociais do estado brasileiro: conformação das ações assistenciais do programa bolsa família ao valor social do trabalho*. 2016. 400 f. Tese (Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento) – Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016. p. 134.

no centro do esforço do desenvolvimento”⁽²¹⁾, o trabalho decente deve ser dotado da mesma multidimensionalidade, pois são várias as metas relativas à relação de trabalho a serem cumpridas para que se lhe considere promotor de desenvolvimento humano.

A definição dada pela Agenda Nacional de Trabalho Decente é a de “um trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna”, cuja perseguição se divide em quatro pilares ou objetivos estratégicos: “respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho [...], promoção do emprego de qualidade, extensão da proteção social e diálogo social”⁽²²⁾.

O primeiro e o segundo deles se referem às relações de trabalho, pressupondo a existência de trabalho, que preferencialmente é o emprego, uma vez que goza de maior proteção. Todavia, a formalização da atividade desempenhada a título de trabalho ou de emprego não garante, necessariamente, a decência das relações estabelecidas entre o trabalhador e o tomador dos seus serviços.

O terceiro pilar, isto é, a proteção social, através do trabalho/emprego de qualidade, no qual existe bem-estar e valorização profissional, permite ao trabalhador manter-se, desenvolver suas potencialidades e, com a ajuda da seguridade social, evita ou atenua a vulnerabilidade. Trata-se, portanto, da extensão da decência que pode existir na relação de trabalho que alcança os desempregados e inativos, protegendo-os da pobreza pela inclusão no mercado de trabalho e pela seguridade social.

O último objetivo estratégico — o diálogo social — é um meio e não um fim em si mesmo.

Consiste no “espaço político ocupado pelo trabalhador, coletivamente organizado, espaço este em que se faz sua mais importante participação nas definições políticas e sociais e, portanto, no processo de desenvolvimento”⁽²³⁾.

Essa participação se dá mediante a representação do trabalhador enquanto membro de uma coletividade, que pode ser mais restrita ou mais ampla a depender da discussão empreendida. Isso porque o diálogo social está presente tanto nas negociações coletivas de trabalho — convenções e acordos coletivos — como nas decisões de planejamento, gestão, execução e avaliação de políticas públicas de trabalho e emprego e de seguridade social.

A Agenda Nacional do Trabalho Decente traz no seu rol de prioridades o fortalecimento dos atores tripartites e o diálogo social como um instrumento de governabilidade democrática para atingir o trabalho decente, o que será efetivado através da regulamentação da participação das centrais sindicais nos fóruns de discussão e elaboração das políticas públicas, criação de conselhos que funcionarão como mecanismos de diálogo social, dentre outras ações⁽²⁴⁾.

Percebe-se, portanto, a forte incidência do valor social do trabalho no chamado direito constitucional do trabalho e no próprio direito infraconstitucional, o que se opera mediante o princípio da proteção, por exemplo, e que o trabalho é a única oportunidade, para a maioria dos indivíduos, de se inserir no processo de desenvolvimento, o que só pode ocorrer, contudo, através do trabalho decente.

3. Reforma trabalhista e pejotização na esteira da onda neoliberal precarizante do trabalho humano

Reforma trabalhista é a alcunha pela qual ficou conhecido o Projeto de Lei da Câmara n. 38/2017, iniciado como Projeto de Lei – PL

(21) SANTILLÁN, E. G.; GARZA, E. G.; PALENCIA, E. P. El trabajo decente: nuevo paradigma para el fortalecimiento de los derechos sociales. *Revista Mexicana de Sociología*, v. 73, n. 1, p. 78, jan./mar. 2011.

(22) BRASIL. Governo Federal. *Agenda Nacional de Trabalho Decente*. Brasília: OIT, 2006. p. 5.

(23) CECATO, Maria Áurea Baroni. *Op. cit.*, p. 36.

(24) BRASIL. BRASIL. Governo Federal. *Agenda Nacional de Trabalho Decente*. Brasília: OIT, 2006. p. 16-17.

n. 6.787/2016, que visava à alteração da CLT em vários pontos e, em menos pontos, das Leis ns. 6.019/1974 (do trabalho temporário), 8.036/1990 (do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS) e 8.212/1991 (do plano de custeio da seguridade social), o qual foi aprovado e tornou-se a Lei Federal n. 13.467 no dia 13 de julho de 2017.

Quanto a CLT, as alterações que se destacam são, dentre outras, a prevalência do pactuado sobre o legislado em alguns pontos do direito individual do trabalho, o fim da contribuição sindical e das horas *in itinere*; e no que concerne à Lei n. 6.019/1974, as emendas realizadas pela Câmara dos Deputados afetaram diretamente a temática da pejetização, embora não a tenham tornado prática lícita.

Muitas das construções hodiernas acerca da categoria social-trabalho têm impactado negativamente a vida de milhões de trabalhadores pela redefinição da organização empresarial e das formas de exploração do trabalho pretensamente justificadas ante a situação de crise econômica, social e política estabelecida no Brasil. Essa conjuntura de constante avanço no sentido da precarização do trabalho tem numa onda neoliberal-desenvolvimentista o seu marco ideológico.

3.1. Reestruturação produtiva, flexibilização e precarização

A força do discurso de cunho neoliberal que sustenta a atual corrida pela “modernização” da CLT se deve a sua capacidade de oferecer respostas para a crise com um bom potencial de aceitação, o que se confirma pela adoção de medidas de desregulação econômica nas últimas décadas do século XX no Brasil.

Orquestrada de acordo com o ideal do *laissez-faire*, tal abertura desencadeou paulatinamente uma desregulamentação trabalhista desde o início do declínio do Estado Social brasileiro entre as décadas de 1970 e 1980, sendo a evolução dos sistemas produtivos o

elo entre a vitória política do neoliberalismo e a flexibilização das relações de trabalho e da legislação pertinente.

Tamanha propagação do neoliberalismo é identificada com a intensificação da globalização⁽²⁵⁾, que se caracterizou como processo de internacionalização do capital que tem como bases: a dispersão geográfica da produção, nela compreendidas a tecnologia e a força de trabalho; a massificação do modelo civilizatório capitalista (consumo e costumes) e a nova divisão internacional do trabalho, que concretiza tal processo⁽²⁶⁾.

Nesse sentido, a ideia de reestruturação produtiva despontou como conceito-chave para a compreensão da onda neoliberal precarizante que tem provocado mudanças na morfologia do trabalho e, principalmente, na esfera da cidadania do trabalhador. Uma definição precisa e objetiva de reestruturação produtiva é a realizada por Palmeira Sobrinho, para quem esta compreende o “[...] conjunto de inovações tecnológicas e organizacionais que afetaram os processos de gestão da produção, da força de trabalho e das relações entre as empresas, visando o aumento da competitividade, da flexibilidade produtiva e dos índices de produtividade”⁽²⁷⁾.

Trata-se de um fenômeno intrínseco ao capitalismo, pois é um desdobramento de suas crises naturalmente cíclicas, estando presente no trinômio crise-reestruturação-reorganização, responsável pela impressionante capacidade de adaptação do sistema às diferentes fases da

(25) VICENTE, Maximiliano Martin. *História e comunicação na ordem internacional*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. p. 127.

(26) IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 57-58.

(27) PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Reestruturação produtiva e terceirização: o caso das empresas contratadas pela Petrobrás no RN*. 2006. 259 folhas. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006. p. 161.

evolução da civilização humana, e às consequentes mudanças políticas, tecnológicas, sociais e culturais envolvidas⁽²⁸⁾.

A transformação do modo de produzir gerou a desnecessidade (ou pelo menos a descartabilidade) de emprego do trabalho vivo, causando desemprego estrutural, uma vez que a geração de riquezas para os donos do capital assentou-se na especulação financeira. Como consequência direta desse novo modelo de organização empresarial foram inseridos conceitos como a *lean production*, assim entendida como uma empresa flexível, pautada na gestão de competências, que exige cada vez mais a multifuncionalidade dos trabalhadores, no sistema de metas, na subordinação sem fronteiras e limites de tempo, propiciada pelo uso perverso da tecnologia, do teletrabalho e da mínima utilização da força de trabalho humano, seja na indústria, seja na prestação de serviços (intelectuais ou não).

Paralelamente, a verdadeira “reforma”, ou melhor, contrarreforma trabalhista — que como se disse, não se resume à Lei n. 13.467/2017 —, intensificou-se e agudizou os processos de redução de direitos sociais, através de leis esparsas como a Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/1974) e notável (des)construção jurisprudencial em favor da terceirização⁽²⁹⁾.

Naturalmente inclinadas a promover o corte de gastos com a folha de pagamento, as empresas aproveitaram sem moderação as chamadas modalidades atípicas de contratação

que a lei trabalhista permitia. A flexibilização, portanto, ocorreu no âmbito gerencial e no Direito do Trabalho, e gerou, a partir da drástica redução do número de postos de trabalho do tipo repetitivo, um exército reserva de desempregados que significa, para cada um deles, tensão constante que pode levá-los a aceitar as piores condições de trabalho possíveis para sobreviver.

É nesse sentido em particular que se observa a ligação entre a flexibilização e a precarização do trabalho, conforme explica Antunes:

A pirâmide social do trabalho se segmenta ainda mais em sua estrutura: no topo, temos trabalhos ultraqualificados que atuam no âmbito informacional, das chamadas tecnologias de informação e comunicação; na base, avança a precarização e o desemprego, ambos estruturais, gerando uma força sobrando de trabalho monumental e impossível de ser incorporada pelo capital⁽³⁰⁾.

Sobre essa questão, importante lembrar que em pesquisa realizada pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), utilizando dados oficiais como o RAIS — Relatório Anual de Informações Sociais e os do CAGED — Cadastro Geral de Empregados e Desempregados, revelou-se, em números, a precarização dos trabalhadores terceirizados, os quais se mostraram sujeitos a jornadas maiores e por menor remuneração em contratos que duram bem menos tempo⁽³¹⁾.

Dentre muitos dados importantes, os que mais chamam atenção são os que rechaçam as explicações para as piores condições de trabalho impostas aos terceirizados. Assim, o argumento de que a menor qualificação e que

(28) PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Reestruturação produtiva e terceirização: o caso das empresas contratadas pela Petrobrás no RN*. 2006. 259 folhas. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006. p. 37.

(29) A regulação normativa da terceirização, inicialmente firmada com a súmula n. 331 do TST, que aventava alguns limites objetivos e estabelecia (embora não o tenha feito da forma ideal) a responsabilização pelos prejuízos causados aos direitos dos trabalhadores, foi modificada com a recente Lei n. 13.429/2017, que ampliou as circunstâncias de licitude da utilização da mão de obra terceirizada, para permitir a terceirização da atividade-fim das empresas.

(30) ANTUNES, Ricardo. Desenhando a nova morfologia do trabalho: as múltiplas formas de degradação do trabalho. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 83, p. 23, 2008.

(31) 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: Central Única dos Trabalhadores, 2014, *passim*.

o trabalho em empresas de pequeno porte geraria a diferença entre empregados diretos e terceirizados não se sustenta. Apontou-se, por exemplo, que a diferença entre a parcela de trabalhadores com ensino médio completo, faixa de maior representatividade tanto nos setores tipicamente contratantes quanto terceirizados, é de apenas 0,1%; e, relativamente ao perfil de empresas, a diferença entre a parcela de terceirizados e efetivos nas empresas de pequeno porte é de 1,4%, demonstrando que para os terceirizados existe mais intensa e ampla precarização⁽³²⁾.

Outro tipo de trabalho precarizante, muito comum na Europa, e que foi objeto de alterações da Lei n. 13.467/2017 é o trabalho em regime parcial, cuja jornada máxima foi aumentada para 30 (trinta) horas semanais, antes restrita a 25 (vinte e cinco) horas.

Nos países em que houve reformas pautadas na redução de direitos eufonizada pelo termo flexibilização, percebeu-se aumento considerável no número de postos de trabalho em regime de tempo parcial, o que mascarou o aumento do desemprego como um verdadeiro “milagre empregatício”⁽³³⁾, o que já era previsto desde a virada de século, considerando os altos índices de emprego dessa natureza em relação ao total de vagas nos Estados Unidos (20%), na Inglaterra (22%) e na Holanda (36%)⁽³⁴⁾.

Nesse sentido, a promessa de crescimento das taxas de emprego que vêm nas propostas de flexibilização como a pretensa reforma da Lei n. 13.467/2017 deve ser tratada com cuidado e até ceticismo, uma vez que a experiência de outros Estados, onde ações como estas foram adotadas, significou a precarização do trabalho. Logo, não se pode olvidar que esta nova

morfologia, representada pelo predomínio do trabalho precarizado em todos os setores da economia, não afeta apenas os indivíduos com menor qualificação, mas também aqueles que exercem atividades de alta especialização, de natureza predominante ou exclusivamente intelectual, inicialmente os alvos da pejetização.

3.2. A pejetização (e a reforma trabalhista) no contexto do terceiro espírito do capitalismo

Para entender a origem da pejetização é necessário revisitar alguns conceitos das ciências sociais e acompanhar historicamente a construção sociológica do contexto em que surgiu tal prática, partindo do mesmo marco neoliberal: a década de 1970.

A flexibilização gerou precarização pelo desemprego estrutural e pela redução de direitos na relação de trabalho, fazendo com que a informalidade crescesse entre os trabalhadores⁽³⁵⁾, os quais, preferindo buscar uma forma de trabalho independente, ainda que precária, abraçaram a condição de “autônomo”.

O modelo de organização produtiva orientado por relações de cooperação e colaboração que, assim como a figura do trabalhador multitarefa — ainda necessário às empresas mesmo em face da tecnologia empregada, os quais remontam aos princípios toyotistas —, iniciou severas mudanças no perfil de exploração do trabalho, agora majoritariamente intelectual.

Com efeito, a ideia de colaboração passa pela utilização do saber do trabalhador em favor do lucro da empresa, e pelo “sequestro da subjetividade do obreiro”⁽³⁶⁾ de tal modo que a inserção do trabalhador na empresa o

(32) *Ibidem*, p. 19.

(33) STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Tradução de Cristina Antunes. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2014. p. 31.

(34) DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Entrevista a Maria Serena Palieri. Tradução de Léa Manzi. 10. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. p. 106.

(35) CONSERVA, Marinalva de Sousa. ARAÚJO, Anísio José da Silva. Informalidade e precarização nos mundos do trabalho. *Teoria política e social*, v. 1, n. 1, p. 87, dez. 2008.

(36) ORBEM, Juliani Veronezi. *A construção sociojurídica da pejetização e o espírito do capitalismo*. 2015. 214 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2015. p. 64.

torna parte dos mesmos ideais da organização — a expressão “vestir a camisa da empresa” tornou-se parte do aculturação exploratório e alienante.

Desse modo, após a máxima exploração do trabalhador dentro dos quadros da empresa, a percepção do potencial de ampliação da lucratividade com a ideia de colaboração impõe ao trabalhador o retorno à condição anterior como parte do sistema de produção, mas não como empregado. A pejetização direciona os empregados para a condição de empresários, como “profissionais autônomos”, embora ainda sujeitos à organização empresarial a qual se vinculavam, num simulacro de autonomia que tem por escopo burlar a legislação trabalhista.

Ao se falar em autonomia, no que concerne à relação laboral, não se pode deixar de associá-la à informalidade tal como é associada ao trabalho intelectual exercido por profissionais de maior qualificação. Evidentemente, quanto a esta última identificação, a relação de estabilidade do trabalhador autônomo, qualificado e que realiza um trabalho intelectual, não pode ser comparada àquele de menores possibilidades econômicas e que se sujeita à criação de um registro no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas) como forma de manter um vínculo — ainda que precário — com uma empresa.

O trabalho autônomo enquanto fuga dos padrões legais é cada dia mais estimado em detrimento do trabalho assalariado e subordinado, o que pode ser explicado pelos diferentes paradigmas de trabalho que surgem como predominantes no imaginário da sociedade inserida no capitalismo e que geram mais ampla e intensa exploração.

Tais paradigmas são perfis ideais de trabalho e de trabalhador típicos de cada um dos diferentes espíritos do capitalismo. Estes, por sua vez, são racionalidades que promovem o engajamento dos indivíduos no sistema através de uma corrida pela acumulação sem grandes chances de sucesso, justificando-o e o

legitimando, ainda que seja irremediavelmente injusto⁽³⁷⁾.

Diferentemente do chamado primeiro espírito do capitalismo, que enxergava no trabalho uma oportunidade para adquirir emancipação da vida doméstica e familiar, servindo de base para a mobilidade social e espacial⁽³⁸⁾, e do segundo espírito, que vislumbra as chances de construção de uma carreira sólida em razão da qual se poderia “viver ‘burguesmente’ em regime salarial”⁽³⁹⁾, o terceiro espírito do capitalismo é o que se reproduz hodiernamente.

Esse novo espírito, responsável pelas atuais ações de desconstrução dos direitos laborais, nasceu no contexto da reestruturação produtiva e de uma sociedade pós-industrial orientada pelo modelo de colaboração e cooperação cujo instrumento-chave de atuação é o projeto, que, por seu turno, favorece e promove o destaque daqueles que possuem boas habilidades interpessoais e múltiplas competências, tanto mais especializadas quanto possível.

Em outro plano, a prévia experiência e o sucesso nos projetos já finalizados conferem a credibilidade e o poder de atração de ofertas de trabalho, que conduzem o “ex-empregado” à condição de colaborador. Tais atributos construídos por cada indivíduo compõem a chamada “empregabilidade”, que, diante da preferência da autonomia à subordinação, torna mais vantajoso tornar-se “empresa” que manter-se empregado.

Todavia é importante destacar que embora contar com a empregabilidade e ser “PJ” pareça ser o trunfo de muitos indivíduos inseridos no competitivo e incerto mercado de trabalho, é a sujeição a uma relação formalmente igualitária entre duas empresas que o torna ainda mais vulnerável, uma vez extirpada completamente a condição de empregado.

(37) BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 38-39.

(38) *Ibidem*, p. 425-427.

(39) *Ibidem*, p. 24.

Dessa forma, para todos os indivíduos, o terceiro espírito do capitalismo faz com que haja um desejo forte de autonomia, que é impulsionado ainda mais pelas condições de trabalho precárias e pelo desemprego estrutural, especialmente, para os trabalhadores de atividades manuais ou intelectuais de baixa complexidade.

Usufruindo dessa ampliação ideológica neoliberal, derivada da crise econômica, as práticas de flexibilização das relações de trabalho e das leis trabalhistas antes consideradas impensáveis e ilícitas, têm se tornado aceitáveis. Surgiram, então, novas possibilidades de contratação, chamadas formas atípicas, mas que, no caso da pejetização, mesmo praticada frequentemente, não possui respaldo jurídico algum.

Contrariando a lógica protetiva laboral, a pejetização consiste na prática de se exigir de um trabalhador a constituição de pessoa jurídica para trabalhar, travestindo-se de prestação de serviços de natureza cível uma relação jurídica que contém todas as características do emprego descritas no art. 3º da CLT: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação⁽⁴⁰⁾.

A pejetização, de forma simplificada, subverte a lógica da relação jurídico-laboral entre prestador e tomador dos serviços, que deixam de ser trabalhador e empregador, respectivamente, para se tornarem apenas contraentes. Neste caso, o tomador dos serviços se beneficia da inexistência de encargos sociais e trabalhistas, obtendo significativa redução de gastos, enquanto o prestador pejetizado é tolhido dos direitos correspondentes, muitas vezes em troca de maior remuneração.

Ressalte-se que a pejetização pode ser vista tanto como um processo amplo, uma tendência

de aumento do registro de pessoas jurídicas com o intuito de contratar prestação de serviços, quanto como o caso individualmente considerado de pré-contratação no qual a empresa exige do profissional a constituição de pessoa jurídica ou assim pactua com o empregado demitido e recontratado imediatamente como empresa prestadora de serviços.

Assim como as formas legalizadas de trabalho flexível, a exemplo da terceirização e do trabalho temporário, a pejetização serve apenas aos interesses do capital — a empresa tomadora do serviço —, tornando ainda mais frágil a relação do “novo empresário”, profissional pejetizado. O profissional contratado sob a constituição do CNPJ enfrenta os ônus empresariais sem participar dos seus bônus, isto é, sem a liberdade de atuar perante várias empresas ou em vários projetos, uma vez que, em muitos casos, se operam nos contratos de prestação de serviço desta natureza cláusulas de exclusividade.

A pejetização consiste, então, em uma fraude jurídica na qual se tenta contratar trabalho sem a respectiva garantia de direitos para o obreiro, isto é, sem o correspondente dever da contratante de, incidindo algum direito trabalhista, agir de modo a cumpri-lo. Delgado destaca a importância da realidade na aplicação do direito do trabalho, principalmente quando se trata da caracterização da relação de emprego, ao descrever os elementos dessa relação jurídica:

Esses elementos ocorrem no mundo dos fatos, existindo independentemente do Direito (devendo, por isso, ser tidos como elementos fáticos). Em face de sua relevância sociojurídica, são eles porém captados pelo Direito, que lhes confere efeitos compatíveis (por isso devendo, em consequência, ser chamados de elementos fático-jurídicos).⁽⁴¹⁾

Devem prevalecer, portanto, para a resolução das lides, os elementos fático-jurídicos

(40) BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. *Diário Oficial da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 15 maio 2017

(41) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 300.

da relação estabelecida na pejetização, quais sejam, os pressupostos de reconhecimento da existência de emprego, ainda que, formalmente, haja um contrato de prestação de serviços e uma pessoa jurídica devidamente registrada em cartório civil competente no polo contratado.

Ainda sobre os pressupostos da relação de emprego, é importante mencionar que os casos de pejetização, em razão do perfil de atividade que nela muitas vezes está envolvida — trabalho intelectual e não intelectual que sofre a influência do terceiro espírito do capitalismo, em torno do qual se valoriza a autonomia —, podem se diferenciar um dos outros no que diz respeito à subordinação jurídica observada. É que a subordinação varia de intensidade de acordo com a natureza da prestação de trabalho, tornando-se mais tênue à medida que passa do trabalho predominantemente material para o intelectual⁽⁴²⁾.

Assim, a teoria da subordinação estrutural, segundo a qual o trabalhador não recebe ordens diretas, mas pode estar submetido a uma organização imposta pela rotina de trabalho⁽⁴³⁾, é de extrema importância para a verificação de casos de pejetização, uma vez que é esta e não a subordinação clássica ou intensa que se observa majoritariamente.

4. A desconformidade da reforma trabalhista com a realização do desenvolvimento humano

A reforma trabalhista, conforme visto, não deve ser considerada apenas relacionada à Lei n. 13.467/2017, recentemente aprovada. Ao contrário, a contrarreforma laboral há muito se espraia no cenário brasileiro, tendo como objetivo a flexibilização, que evidentemente abre caminhos para a precarização do trabalho.

Embora a reflexão sobre os pontos específicos da reforma seja necessária, opta-se, por uma compreensão metodológica, lançar luzes e aprofundar o debate sobre a pejetização enquanto ponto da “reforma trabalhista” a agudizar a exploração do trabalho humano pelo afastamento da proteção que o valor social do trabalho determina como ponto de convergência para a cidadania a partir do trabalho.

4.1. A pejetização no contexto da reforma trabalhista

Em 31 de março de 2017 foi sancionado o projeto de lei que autorizou irrestritamente a terceirização, a Lei n. 13.429/2017. Mais recentemente, promulgou-se a Lei n. 13.467/2017, que contemplou a alteração da CLT em diversos pontos, alguns deles bastante sensíveis em relação à classe trabalhadora, como a prevalência dos acordos e convenções coletivas sobre a lei em vários assuntos.

Trata-se de guinada legislativa em direção ao retrocesso no que tange à proteção do trabalho e do trabalhador; desta feita, não se pode falar em reforma, mas em contrarreforma trabalhista. Diante da crise econômica e política atualmente enfrentada, o Poder Legislativo, com um discurso pela geração de empregos, tem alterado sucessivamente a já flexível legislação para autorizar práticas antes combatidas pela Justiça e pelo Ministério Público do Trabalho, patrocinando os interesses do setor empresarial.

Desse modo, a pejetização também pode ser observada dentro da contrarreforma trabalhista, o que vem ocorrendo, pela primeira vez, desde a edição da Lei n. 11.196/2005, em seu art. 129, que assim dispõe⁽⁴⁴⁾:

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural,

(42) RIVA SANSEVERINO, Luisa. *Curso de Direito do Trabalho*. Tradução de Elson Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976, *apud* BARROS. Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 210.

(43) DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 2, n. 02, p. 37, 2007.

(44) BRASIL. Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 nov. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11196.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017

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 n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil.

Pereira⁽⁴⁵⁾ menciona que essa mudança legislativa viabilizou a prática da pejotização, que, no contexto de crise econômica vivenciado no Brasil, numa visão superficial, poderia ser reconhecida como vetor de valorização profissional, de aumento de vagas de trabalho e poder de barganha dos trabalhadores, bem como de novas possibilidades de aquisição de renda, como a simultaneidade de contratos com diferentes empresas.

Contudo, a norma contida no excerto em comento não torna lícita a pejotização porque teria que promover o desprezo da existência de relação de emprego no caso concreto e, consequentemente, de muitos direitos contidos no art. 7º da CRFB/1988, razão pela qual poderia ser prontamente declarada inconstitucional. Se o mencionado artigo ou qualquer outra norma jurídica puder “viabilizar” a pejotização, será indiretamente e através de uma lógica hermenêutica que confira às pessoas uma margem de segurança quanto à legalidade de determinados contratos.

Trata-se de uma necessidade do sistema, pois para que se concretizem as medidas de legitimação da opressão, a classe trabalhadora deve crer que a mudança, mesmo maléfica, é pressuposto de sua manutenção, ou seja, que seus direitos configuram “um risco para sua existência”⁽⁴⁶⁾.

Igualmente, a quebra de paradigmas visivelmente prejudicial pode se consolidar quando as forças de opressão investidas do poder logram

enganar a sociedade com falsas promessas e eufemismos, como aqueles em que se substitui o termo “empregos precários” por “novas formas de emprego”⁽⁴⁷⁾ ou legalizam práticas antes informais e que só beneficiavam parte de um segmento. É o caso da Lei n. 13.352/2016, que alterou a Lei n. 12.592/2012.

Enquanto a Lei n. 12.592/2012 apenas regulamentava as profissões do ramo da beleza, indicando parcas normas como o dia nacional da profissão, o dever de agir com higiene e a data de entrada em vigor, aquela instituiu o contrato de parceria entre os chamados salões-parceiros e profissionais-parceiros, alterando a primeira de tal modo que o conteúdo acrescido atualmente quase corresponde à totalidade do texto legal.

O projeto de alteração contava inicialmente com uma quantidade de dispositivos inferior à existente em sua versão final, prevendo, por exemplo, que a contratação de parceria configurava uma excludente de relação de emprego e/ou de sociedade. Das emendas que recebeu, uma se destaca como de grande importância para este estudo: o art. 1º-C da atual redação da Lei n. 12.592/2012, abaixo transcrito junto ao art. 1º-A, §11⁽⁴⁸⁾:

Art. 1º-A – Os salões de beleza poderão celebrar contratos de parceria, por escrito, nos termos definidos nesta Lei, com os profissionais que desempenham as atividades de Cabeleireiro, Barbeiro, Esteticista, Manicure, Pedicure, Depilador e Maquiador.

[...]

§ 11 – O profissional-parceiro não terá relação de emprego ou de sociedade com o salão-parceiro enquanto perdurar a relação de parceria tratada nesta Lei.

(45) PEREIRA, Leone. *Pejotização: o trabalhador como pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59.

(46) CRUZ, Ricardo Gauterio. Antinomias do pensamento burguês e a precarização das relações de trabalho. *Trabalho necessário*, v. 10, n. 14, p. 15, 2012.

(47) HIRATA, Helena. A Precarização e a Divisão Internacional e Sexual do Trabalho. *Sociologias*, v. 11, n. 21, p. 24-41, jan./jun. 2009.

(48) BRASIL. Lei n. 12.592, de 18 de janeiro de 2012. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12592.htm>. Acesso em: 4 abr. 2017.

Art. 1º-C – Configurar-se-á vínculo empregatício entre a pessoa jurídica do salão-parceiro e o profissional-parceiro quando:

I – não existir contrato de parceria formalizado na forma descrita nesta Lei; e

II – o profissional-parceiro desempenhar funções diferentes das descritas no contrato de parceria.

O art. 1º-C configura uma proteção para durante e após a conclusão do contrato, fazendo com que em relações de trabalho fraudulentas (desvio de finalidade em relação ao pactuado) ou não regularizadas como parceria seja reconhecido o vínculo empregatício nos termos do art. 3º da CLT.

Todavia, esse dispositivo não é suficiente para proteger da precarização o trabalho daqueles profissionais que apesar de serem formalmente colocados como parceiros permanecem trabalhando nas condições reais de empregado, pois são afastados da fruição dos benefícios que realmente deveriam ter em virtude do emprego.

Isso pode acontecer porque não obstante a parceria deva se configurar como faceta do trabalho realmente autônomo, uma janela hermenêutica deixada pelos arts. 1º-A, §11 e 1º-C, I e II da Lei n. 12.592/2012 tornou possível aos profissionais do ramo da beleza contratar parceria em quaisquer termos — mesmo que se esteja ocultando uma relação empregatícia — desde que se sigam as formalidades previstas e que os referidos termos sejam respeitados ao longo da contratualidade.

Percebe-se que para incentivar e introduzir novas (e precárias) formas de exploração do trabalho, a contrarreforma trabalhista, antes de ser operada escancaradamente, utilizou-se de artifícios para ocultar o seu real desiderato. Exemplo disso é a já mencionada Lei n. 11.196, que consiste em uma verdadeira “colcha de retalhos legislativa”, o que se observa pela ausência de afinidade temática entre o citado art. 129 e o restante dos dispositivos.

Outro ponto a se destacar é o processo legislativo que culminou na edição da Lei n.

13.467/2017, que chama atenção pela existência, na versão inicial que ingressou na Câmara dos Deputados no dia 7.12.2016 como PL n. 6.787/2016, com proposta de alteração em apenas sete artigos da CLT, número que passou para mais de cem pontos após o voto do relator no dia 25.4.2017, sendo o projeto posto em tramitação urgente, votado em menos de quatro dias e remetido ao Senado Federal, que ratificou, através de suas comissões (à exceção da Comissão de Assuntos Sociais) e do Plenário, a proposta tal como veio da outra Casa⁽⁴⁹⁾.

A preocupação com o debate que precede a edição das leis é imperativo de um Estado Democrático de Direito como o Brasil, exigência que se materializa, enquanto norma jurídica, no princípio do devido processo legal (CRFB/88, art. 5º, LIV), concebido a partir de seu viés substantivo (*substantive due process of law*), dentre cujas acepções se extrai o devido processo legislativo.

Por fim, a Lei n. 13.467/2017, na sua redação final, contém dois pontos que não podem deixar de ser comentados neste estudo, sendo um deles o novo art. 442-B da CLT, disposto a seguir:

Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

Por sua vez, os arts. 5º-C e 5º-D da alteração da Lei n. 6.019/1974, mencionam:

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

(49) Informações e conclusões (estas do autor) retiradas dos portais da Câmara dos Deputados e do Senado Federal na Internet, para acompanhamento do PL n. 6.787/2016 e PLC n. 38/2017, respectivamente. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>> e <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados.

Art. 5^a-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.

O art. 442-B, da CLT, inequivocamente, suprime os direitos do trabalhador que, apesar de se declarar autônomo e cumprir as formalidades exigidas para sua contratação, se estiver em condição de exclusividade, terá a essência de tal autonomia tolhida, inclusive tornando a pejotização, de certa forma, desnecessária, já que seria possível ocultar a relação de emprego sem pessoa jurídica.

Os outros dois artigos da Lei n. 6.019/1974 são pretensas fórmulas de combate à pejotização, que teriam o efeito de impedir a imediata contratação de ex-empregado demitido como pessoa jurídica com o fito de mascarar a relação de emprego e evitar os custos que daí surgirem para a empresa tomadora do serviço.

Entretanto, verdadeira medida de prevenção seria a proibição absoluta *ad aeternum* da referida prática, considerando que a limitação em dezoito meses não obsta o fenômeno da pejotização enquanto prática disseminada de fraude. A se dizer expressamente, em situações nas quais o trabalhador, em virtude de prévias contratações pejotizadas ou pela sensação de legalidade que certamente brotará após a recente aprovação da dita “reforma trabalhista”, venha a contratar prestação de serviços na qualidade de pessoa jurídica com uma empresa à qual nunca esteve vinculado, como forma de defraudar a legislação trabalhista.

Após essas discussões, torna-se clara a intenção de se legalizar formas precárias de exploração do trabalho carregada com a Lei n. 13.467/2017, o que pode ser corroborado através da interpretação de outros pontos propostos.

4.2. Alternativas à crise através do trabalho decente

Percebe-se que a reforma da CLT e de leis trabalhistas esparsas, nos termos vistos na Lei n. 13.467/2017, que a aprovou, significa a desconstrução dos direitos sociais a partir do ataque ao aparato de proteção social do trabalhador, que continuará com a chamada “reforma da previdência social”.

Essa contrarreforma revela, então, a existência um paradoxo na busca do Estado brasileiro pelo trabalho decente, comum a toda a América Latina como um problema estrutural, segundo Espinosa:

O paradoxo que se apresenta, neste sentido, é que para criar um Trabalho Decente se deveriam aplicar leis que vão na direção oposta às que hoje os Estados em sua maioria aplicam. Com ele se volta, então, ao antes dito quando se afirma que o Estado se transforma em reprodutor da desigualdade social e em uma razão hipócrita no seu intento de garantir seguridade enquanto respalda a flexibilização laboral. (tradução livre)⁽⁵⁰⁾

Tais alterações legislativas, consideradas sempre perversas, são inerentes à constante busca do capitalismo por uma condição em que seja possível manter ou aumentar a acumulação existente, perseguição que hoje, no contexto de crise dos sistemas financeiros — pautados na especulação —, requer inovações de produtividade e enxugamento dos gastos

(50) ESPINOSA, Mario Alejandro Millones. Límites del Trabajo Decente: la precarización laboral como problema estructural en América Latina. *Revista Gaceta Laboral*, v. 18, n. 1, p. 101, 2012. Cf. texto original: “La paradoja que se presenta, en este sentido, es que para crear un TD se deberían aplicar leyes que vayan en opuesta dirección a las que hoy los Estados en su mayoría aplican. Con ello, se vuelve entonces a lo antes dicho cuando se afirma que el Estado se transforma en reprodutor de la desigualdade social y en una razón hipócrita en su intento de entregar seguridad mientras respalda la flexibilización laboral”.

com pessoal, o que é possível através da gestão e do trabalho flexíveis.⁽⁵¹⁾

Assim, observa-se que a reforma que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro quanto às normas de direito do trabalho contraria os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro na Agenda Nacional de Trabalho Decente, os quais podem ser resumidos em três eixos ou prioridades de atuação:

Prioridade 1: Gerar Mais e Melhores Empregos, com Igualdade de Oportunidades e de Tratamento.

Prioridade 2: Erradicar o Trabalho Escravo e Eliminar o Trabalho Infantil, em especial em suas piores formas.

Prioridade 3: Fortalecer os Atores Tripartites e o Diálogo Social como um instrumento de governabilidade democrática.⁽⁵²⁾

As três prioridades descritas possuem ligação direta com o desenvolvimento humano, ligando-se ao processo de desenvolvimento nos módulos ou momentos da contribuição e da participação, devendo, portanto, serem alcançadas para que se garanta o direito humano ao desenvolvimento.

Para tanto, o Estado brasileiro assumiu o compromisso de promover o: “desenvolvimento local, das redes ou cadeias produtivas e dos arranjos produtivos locais, com foco no fortalecimento das micros e pequenas empresas e de programas de economia solidária e cooperativas”⁽⁵³⁾.

Dentre as alternativas disponíveis à economia brasileira para a superação do estado de recessão em que se encontra, o emprego decente, pelo seu plexo de direitos, ainda é a forma de trabalho mais adequada para a reprodução da economia com o devido respeito ao valor social do trabalho, sendo particularmente

importantes os setores da agricultura familiar e da micro e pequena empresa.

Em relação ao primeiro deles, a reforma agrária e o incentivo à agricultura familiar, mais que políticas sociais, “são alavancas importantes das estratégias de desenvolvimento”⁽⁵⁴⁾, pois proporcionariam a elevação do já alto potencial de geração de emprego do setor agrícola através do crédito, da cobrança de resultados e do fomento ao empreendedorismo rural sob a forma de cooperativas e associações.

Quanto às micro e pequenas empresas, Sachs⁽⁵⁵⁾ explica que se o fomento a elas destinado fosse mais efetivo, impediria a alta taxa de mortalidade dos pequenos negócios e permitiria que a quantia gasta em assistência social para combater a pobreza de forma paliativa fosse despendida para o desenvolvimento deste setor, promovendo inclusão social efetiva pelo trabalho decente. Souto Maior também traz excelentes propostas para a geração de emprego:

a) incentivo ao turismo; b) reforma agrária; c) redistribuição da riqueza; d) melhorar a educação; e) incentivo à produção agropecuária; f) melhoria da produtividade, com melhoria da educação (quanto à educação, destaque-se que 63% da mão de obra empregada no Brasil não chegou a completar o primeiro grau); g) linha de crédito para as microempresas [...] ⁽⁵⁶⁾

Dessa forma, resulta do questionamento da reforma trabalhista como solução apontada pelo discurso neoliberal desenvolvimentista a certeza de que não só esta se faz inadequada e contrária ao desenvolvimento humano (e seu paradigma) buscado pelo Estado brasileiro, mas também desnecessária diante de tantas alternativas para a retomada do crescimento,

(51) SOUSA, Fernanda. Terceirização e flexibilização das normas trabalhistas. *Revista Prolegômenos — Derechos y Valores*, v. 16, n. 31, p. 191, 2013.

(52) BRASIL. Governo Federal. *Agenda Nacional de Trabalho Decente*. Brasília: OIT, 2006. p. 9.

(53) *Ibidem*, p. 10.

(54) SACHS, Ignacy. Inclusão social pelo trabalho decente. *Estudos avançados*, v. 18, n. 51, p. 29, 2004.

(55) *Ibidem*, p. 41.

(56) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Direito do trabalho e desenvolvimento econômico*. Um contraponto à teoria da flexibilização. 1999. p. 6-7.

ainda que se vislumbrem apenas os índices econômicos.

A pejotização, por sua vez, amplia a exploração do trabalhador, que se submete a novas formas de contratação sem qualquer tipo de proteção da legislação trabalhista — embora exista sempre a possibilidade de ajuizamento de ação que vise ao reconhecimento do vínculo laboral, a mera suposição dessa prática já viola claramente o valor social do trabalho e a ideia de dignidade que deve defluir das relações laborais.

5. Considerações finais

À guisa de conclusão, pode-se entender que, na época atual, há um embate travado entre os adeptos do discurso neoliberal e as entidades representativas de classe, representando a tensão entre a economia e os direitos sociais.

Conquanto o desenvolvimento seja utilizado como linha de argumentação de ambos os lados (neoliberais e sociais), o seu viés econômico deve ser compreendido para além das acepções de mercado, abrangendo as acepções social, cultural e política. Aliás, é nesse sentido que a maioria dos Estados na ordem internacional reconhecem o desenvolvimento, conforme trata a Declaração de 1986 das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento.

Por isso, e diante de um direito constitucional do trabalho, assentado no valor social do trabalho, as relações entre trabalho e desenvolvimento devem ser vislumbradas sob a perspectiva da inserção dos indivíduos nos três momentos do processo de desenvolvimento — a contribuição, a participação na tomada de decisões e a fruição dos benefícios dele resultantes.

Percebe-se que o trabalho decente deve servir de modelo e norte instrumental para o alcance do desenvolvimento na medida em que o paradigma do desenvolvimento pelo trabalho está fundado no bem-estar social e na participação política. Igualmente, revela-se inequívoco que toda a política de emprego

do Estado brasileiro deve estar alicerçada na Agenda Nacional de Trabalho Decente, logo conformada ao valor social do trabalho.

Desta feita, a reforma trabalhista aprovada no Congresso Nacional, sendo fruto do ideário neoliberal precarizante, configura verdadeira ameaça aos direitos sociais e ao direito ao desenvolvimento. Esse contrafluxo social traz consigo formas atípicas e precárias de exploração do trabalho, a exemplo da pejotização, que, sob o manto de uma contratação empresarial, burla a proteção legislativa trabalhista.

Através de expedientes antidemocráticos, o processo legislativo da chamada “reforma trabalhista” (Lei n. 13.467/2017), conduzido de forma irregular e desprovida de amplas discussões, bem como a tensão social e a instabilidade política vivida no Brasil, acobertaram graves mudanças normativas que afetarão sobremaneira a classe trabalhadora, quando a construção social do trabalho enquanto valor e enquanto elemento de liberdade precisa ser direcionada ao verdadeiro desenvolvimento humano.

Por isso, mostram-se contrariados pelas medidas legislativas recentemente adotadas os objetivos de trabalho decente assumidos pelo Estado Brasileiro, razão pela qual devem ser buscadas alternativas de geração de emprego, dentre as quais o fortalecimento das microempresas e da agricultura familiar bem como políticas de inserção dos jovens e qualificação dos trabalhadores se revelam as mais promissoras.

6. Referências bibliográficas

AMARO, Rogério Roque. Desenvolvimento: um conceito ultrapassado ou em renovação? Da teoria à prática e da prática à teoria. *Cadernos de Estudos Africanos*, v. 4, ano 4, p. 35-70, 2003.

ANTUNES, Ricardo. Desenhando a nova morfologia do trabalho: as múltiplas formas de degradação do trabalho. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 83, p. 19-34, 2008.

ARAÚJO, Jailton Macena. *Função emancipadora das políticas sociais do estado brasileiro: conformação das ações assistenciais do programa bolsa*

família ao valor social do trabalho. 2016. 400 f. Tese (Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento) — Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2016.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 dez. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 fev. 2017.

_____. Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. *Diário Oficial da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 7 fev. 2017.

_____. Governo Federal. *Agenda Nacional de Trabalho Decente*. Brasília: OIT, 2006.

_____. Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 22 nov. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11196.htm>. Acesso em: 3 abr. 2017.

_____. Lei n. 12.592, de 18 de janeiro de 2012. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 jan. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112592.htm>. Acesso em: 4 abr. 2017.

CECATO, Maria Áurea Baroni. Interfaces do trabalho com o desenvolvimento: inclusão do trabalhador segundo os preceitos da declaração de 1986 da ONU. *Prima Facie*, v. 11, n. 20, Ano 11, p. 23-42, jan./jun. 2012.

CONSERVA, Marinalva de Sousa. ARAÚJO, Anísio José da Silva. Informalidade e precarização nos mundos do trabalho. *Teoria Política e Social*, v. 1, n. 1, p. 75-91, dez. 2008.

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: Central Única dos Trabalhadores, 2014.

CRUZ, Ricardo Gauterio. Antinomias do pensamento burguês e a precarização das relações de trabalho. *Trabalho necessário*, v. 10, n. 14, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 2, n. 02, p. 11-40, 2007.

DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. Entrevista a Maria Serena Palieri. Tradução de Léa Manzi. 10. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

ESPINOSA, Mario Alejandro Millones. Límites del Trabajo Decente: la precarización laboral como problema estructural en América Latina. *Revista Gaceta Laboral*, v. 18, n. 1, p. 87-106, 2012.

FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Direito econômico do desenvolvimento e direito humano ao desenvolvimento. Limites e confrontações. In: FEITOSA, M. L.; FRANCO, F; PETERKE, S (Orgs.). *Direitos Humanos de Solidariedade*. Avanços e Impasses. Curitiba: Appris, 2013.

HIRATA, Helena. A precarização e a divisão internacional e sexual do trabalho. *Sociologias*, v. 11, n. 21, p. 24-41, jan./jun. 2009.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

OEA. *Declaração da Quarta Cúpula das Américas*. Mar del Plata, 2005.

ONU. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. Adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas. Nova Iorque, 1986.

ORBEM, Juliani Veronezi. A (re)construção de uma “nova” modalidade de trabalho denominada “pejotização” no contexto sociocultural brasileiro. *Áskesis*, v. 5, n. 1, p. 143-156, jan./jun. 2016.

PALMEIRA SOBRINHO, Zéu. *Reestruturação produtiva e terceirização: o caso das empresas contratadas pela Petrobrás no RN*. 2006. 259 folhas. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006.

PEREIRA, Leone. *Pejotização: o trabalhador como pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIVA SANSEVERINO, Luisa. *Curso de Direito do Trabalho*. Tradução de Elson Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976.

RIST, Gilbert. *The History of Development*. From western origins to global faith. 3. . Londres e Nova Iorque: Zed Books, 2002.

RISTER, Carla. *Direito ao desenvolvimento*. Antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2017.

SACHS, Ignacy. Inclusão social pelo trabalho decente. *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, p. 23-49, 2004.

SANTILLÁN, E. G.; GARZA, E. G.; PALENCIA, E. P. El trabajo decente: nuevo paradigma para el fortalecimiento de los derechos sociales. *Revista Mexicana de Sociología*, v. 73, n. 1, p. 73-104, jan./mar. 2011.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

SOUSA, Fernanda. Terceirização e flexibilização das normas trabalhistas. *Revista Prolegómenos — Derechos y Valores*, v. 16, n. 31, p. 189-201, 2013.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Direito do trabalho e desenvolvimento econômico*. Um contraponto à teoria da flexibilização. 1999. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaiorm.com/uploads/5/3/9/1/53916439/direito_do_trabalho_e_desenvolvimento_econ%C3%94mico..pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

STANDING, Guy. *O precariado: a nova classe perigosa*. Tradução de Cristina Antunes. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

VICENTE, Maximiliano Martin. *História e comunicação na ordem internacional*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

Reforma trabalhista e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Luna Provázio Lara de Almeida^(*)

Resumo:

- ▶ Esse artigo destina-se ao estudo da viabilidade de aplicação, no instituto da desconsideração da personalidade jurídica, das recentes inovações introduzidas no novo Código de Processo Civil (CPC/2015) à luz do Projeto de Lei n. 38/2017 que consubstancia a reforma trabalhista. E, com base na análise principiológica do tema, pondera-se acerca da segurança jurídica e do prejuízo de se utilizar, ilimitadamente, as inovações do processo comum na execução trabalhista, em razão de suas singularidades.

Abstract:

- ▶ The objective of this article is to discuss the disregard doctrine by the recent innovations introduced in the new Code of Civil Procedure (CPC) and PLC n. 38/2017, which establishes the labor reform.

Palavras-chave:

- ▶ Desconsideração — Personalidade — Jurídica — Execução Trabalhista — *Disregard Doctrine*.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Da execução na Justiça do Trabalho
- ▶ 3. Da responsabilidade patrimonial primária e secundária
- ▶ 4. Da desconsideração da personalidade jurídica e Teoria Inversa
- ▶ 5. A desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC e sua aplicabilidade no processo do trabalho
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Advogada. Graduada pela PUC-GO, especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-SP.

1. Introdução

O Direito do Trabalho é marcado por grande eletrividade social que se justifica por estar arraigado no dia a dia das pessoas e por sofrer de forma direta os impactos das mudanças sociais, políticas e econômicas, sendo, portanto, um local fértil para eclosão dos mais variados conflitos de interesses.

No Brasil, o assunto que ocupa os noticiários desde o início do ano de 2017 é a reforma trabalhista (Lei n. 13.467/17), aprovada pela Câmara dos Deputados, que promete a modernização da legislação trabalhista, colocando o país na rota do crescimento econômico e impulsionando a geração de empregos.

A princípio, o projeto de reforma trabalhista surgiu com pontuais alterações legislativas, mas transformou-se num arcabouço jurídico que modifica mais de cem artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com repercussões no âmbito material e processual trabalhista.

Com efeito, o principal problema do sistema justralhista é a crise na efetividade da jurisdição, que se prova com o expressivo número de processos trabalhistas arquivados com dívida na fase de execução.

Nesse sentido, a fim de melhorar o desempenho da jurisdição trabalhista, os operadores do direito, preocupados com a morosidade da execução trabalhista e atentos às inovações incorporadas no novo Código de Processo Civil (CPC), estão importando estas novidades para o processo do trabalho.

Ocorre que, pela sistemática justralhista, as regras do Código de Processo Civil somente podem ser aplicadas ao processo do trabalho, se forem compatíveis com a principiologia e singularidades do âmbito justralhista.

A questão do laconismo e incompletude do sistema processual trabalhista sempre foi um assunto polêmico, especialmente quanto ao seu impacto na prestação jurisdicional efetiva e célere.

A chegada do novo Código de Processo Civil promove um convite para que o intérprete e o aplicador do Direito Processual do Trabalho reflitam sobre o atual cenário da Justiça do Trabalho e o potencial de efetividade de suas tutelas jurisdicionais.

Nesse diapasão, o presente trabalho visa delinear as peculiaridades da execução na Justiça do Trabalho, dedicando-se à análise doutrinária e jurisprudencial do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, espalhando-se na ideia de efetividade da prestação jurisdicional e as inovações trazidas pelo novo CPC, como uma possível solução para os entraves processuais existentes.

2. Da execução na Justiça do Trabalho

Hodiernamente, a execução trabalhista é regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no Capítulo V, arts. 876 a 892, e por outras leis esparsas como, por exemplo, a Lei n. 5.584/70, o Decreto-lei n. 779/69, a Lei de Execuções Fiscais — Lei n. 6.830/80 e pelo Código de Processo Civil.

Enfatiza-se que a CLT conta com 17 artigos para regular todo o procedimento da execução, estando alguns dispositivos, inclusive, revogados.

Há, inclusive, um desprestígio da aplicação da Lei n. 6.830/80 na execução trabalhista em razão da maior efetividade do Código de Processo Civil em muitos aspectos. Soma-se a esse argumento o fato de que a Lei de Execuções Fiscais, que dispõe sobre a forma de execução por título executivo extrajudicial, não foi idealizada para o credor trabalhista, o qual, na maioria das vezes, executa um título executivo judicial.

Essa diversidade de fontes e lacunosidade das regras da execução trabalhista, somado à vigência do novo CPC, geraram uma multiplicidade de entendimentos díspares e conflitantes entre os estudiosos do Direito do Trabalho. Sobretudo por força do art. 15 do novo Código

de Processo Civil que previu a aplicação supletiva e subsidiária desse Código na ausência de normas que regulem os processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos.

No cenário da justiça do trabalho, a execução tem sido apontada como um grande entrave à satisfação do crédito, cedendo terreno para a inadimplência, o que contribui, inclusive, para a falta de credibilidade da jurisdição trabalhista.

Ressalta-se que os créditos trabalhistas têm a natureza jurídica de créditos alimentares, pelo que se impõe a necessidade de assegurar a efetividade do título executivo, especialmente quando a fase de execução é o principal ponto de estagnação do processo judicial.

Nesse contexto, uma nova corrente doutrinária vem defendendo a utilização do Código de Processo Civil de forma direta e ilimitada no processo de execução trabalhista, desde que as normas ali constantes tenham maior efetividade do que as contidas, inclusive, na Consolidação das Leis do Trabalho, recorrendo-se à heterointegração das normas trabalhistas.

A heterointegração da lei consiste em preencher essas lacunas, recorrendo aos preceitos fornecidos por outra fonte do Direito, ou seja, pela equidade, pelos costumes, pelos princípios do direito, pela doutrina, pela jurisprudência e pelo direito comparado. Diferencia-se da autointegração, terminologia de Carnelutti, uma vez que se destina ao preenchimento de lacunas da lei por meio de recurso da própria fonte que se mostra incompleta.

Tal procedimento é defendido por Luciano Athayde Chaves⁽¹⁾ pois “não se pode reduzir o alcance da expressão omissão, de que trata o art. 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, apenas ao nível das lacunas normativas”, pelos seguintes motivos:

Precisamos avançar na teoria das lacunas do direito (quer sejam estas de natureza

normativa, axiológica ou ontológica), a fim de reconhecer como incompleto o microssistema processual trabalhista (ou qualquer outro) quando — ainda que disponha de regramento sobre determinado instituto — este não apresenta fôlego para o enfrentamento das demandas contemporâneas, carecendo da supletividade de outros sistemas que apresentem institutos mais modernos e eficientes.

Nessa perspectiva, a heterointegração do processo civil no processo trabalhista pressupõe a interpretação evolutiva do art. 769 da CLT, para permitir a aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC não somente na situação de lacuna normativa do processo laboral, mas também quando a norma do processo trabalhista apresentar lacunas ontológicas e axiológicas.

A propósito, leciona Maria Helena Diniz⁽²⁾ que são três as principais espécies de lacunas: normativa, ontológica ou axiológica. A lacuna normativa ocorre quando há ausência de norma sobre determinado caso. Na lacuna ontológica, há norma, mas ela não corresponde aos fatos sociais. É o que ocorre quando o grande desenvolvimento das relações sociais, políticas e econômicas acarretam a estagnação da norma positivada. E, por fim, na lacuna axiológica, existe a norma, mas ela se revela insatisfatória ou injusta.

Em virtude das recentes alterações legislativas do CPC que consagram a otimização do princípio da efetividade da prestação jurisdicional, reconhece-se a importância de sua aplicação, subsidiária e supletiva, no processo trabalhista, inclusive na fase executiva, a fim de colmatar as lacunas normativas, ontológicas e axiológicas das regras constantes da CLT e estabelecer, mediante o diálogo das fontes normativas, a efetivação dos princípios constitucionais concernentes à jurisdição justa e tempestiva.

(1) CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum: reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 28-29.

(2) DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 437.

3. Da responsabilidade patrimonial primária e secundária

O tema parte da distinção entre débito e responsabilidade, da qual não escapa a lógica justrabalhista, que também regula relações obrigacionais.

Esses dois conceitos andam juntos, de tal modo que sua eventual desvinculação — tal como ocorre nos casos de desconsideração da personalidade jurídica — é excepcional.

Nos termos do art. 789, do NCPC, a responsabilidade patrimonial, em regra, é do devedor, ou seja, daquele que contraiu a dívida e consta do título executivo, de modo que seu patrimônio será o primeiro a ser atingido pela execução. Trata-se da chamada responsabilidade patrimonial primária.

Em contraparte, na responsabilidade patrimonial secundária um terceiro responde pelo débito com o seu patrimônio, embora não tenha assumido a dívida em seu nome. Trata-se de situação excepcional, de sorte que depende de expressa previsão legal, que impute a terceiro a responsabilidade pelas dívidas de outrem.

Nesse contexto, registra-se que a personificação da pessoa jurídica constitui um criativo artifício admitido pela ordem jurídica para estimular o empreendedorismo econômico, mediante a distinção — criada por ficção jurídica — entre o patrimônio da sociedade personificada e o patrimônio particular dos sócios da respectiva pessoa jurídica, na medida em que funciona como um importante redutor do risco empresarial.

A principal consequência da personificação das sociedades é o reconhecimento da sociedade como sujeito de direitos, como ente autônomo dotado de personalidade distinta da pessoa dos seus sócios e com patrimônio também autônomo, que não se confunde com o patrimônio dos sócios.

A aquisição da personalidade jurídica incorpora à pessoa jurídica, portanto, dois grandes

efeitos: autonomia patrimonial e limitação da responsabilidade. Assim, tendo em vista o reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades a par da dos seres humanos, o patrimônio pessoal dos sócios e o patrimônio da sociedade são realidades completamente distintas e incomunicáveis. E, em razão disso, em regra, é a sociedade que responde pelos seus débitos.

Não obstante a importância do princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas para a economia do País e, especialmente, para o direito empresarial e trabalhista, ele não pode ser visto como um dogma absoluto, sobretudo porque a história das relações econômicas demonstrou que o uso das pessoas jurídicas e a autonomia patrimonial podem dar ensejo a abusos.

4. Da desconsideração da personalidade jurídica e Teoria Inversa

Fruto de construção jurisprudencial, notadamente a jurisprudência inglesa e norte-americana, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*, na Inglaterra), busca coibir o uso abusivo e deturpado da personalidade jurídica.

Em relação ao surgimento do instituto de desconsideração da personalidade jurídica, a doutrina majoritária afirma que sua história começou na Inglaterra, no ano de 1897, no famoso caso *Salomon v. Salomon & Co.*

O caso, em síntese, envolve a história do empresário individual, Aaron Salomon, que, cansado de responder ilimitadamente por suas dívidas, decide constituir uma empresa, a *Salomon Company* (equivalente a uma S. A. brasileira), juntamente com mais seis membros de sua família, recebendo cada um deles quotas irrisórias, reservando-se para Aaron a maioria das quotas, a fim de lograr, com claro propósito fraudulento, responsabilidade limitada ao capital social integralizado, de modo que suas dívidas não atingissem seu patrimônio pessoal.

Em razão da evidência de má-fé, a princípio, a justiça inglesa declarou a fraude com o alcance dos bens pessoais de Aaron Salomon, pois, como alegado pelos demais credores, Salomon e a Salomon & Company eram na verdade a mesma pessoa. Apesar da Corte de apelação ter ratificado a decisão, a House of Lords a modificou, reconhecendo a diferenciação patrimonial entre a companhia e os sócios, sem identificar qualquer vício na sua constituição.

Apesar de não ter sido aplicada a desconconsideração da personalidade jurídica nesse processo, a teoria difundindo-se de forma extraordinária, especialmente nos Estados Unidos e na Alemanha.

O instituto da desconconsideração da personalidade jurídica surge, originalmente, com a intenção de impedir que a personificação jurídica seja instrumento para assegurar a impunidade de atos sociais fraudulentos. Esta consiste em colocar de lado, momentaneamente, a autonomia patrimonial da sociedade, possibilitando a responsabilização direta e ilimitada do sócio por obrigação que, em princípio, é da sociedade. Afasta-se a ficção para que aflore a realidade.

O alemão Rolf Serick foi um dos pioneiros no estudo doutrinário sobre o tema, abordando em sua tese de doutorado, no ano de 1953, na Universidade de Tübingen, as bases da teoria da desconconsideração que autorizariam o afastamento da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, com base na jurisprudência norte-americana.

Já no Brasil, o pioneiro no estudo da teoria foi Rubens Requião, o qual baseou seu raciocínio, assim como Rolf Serick, na fraude e no abuso de direito.

No entanto, o instituto da desconconsideração da personalidade jurídica só difundiu-se no Brasil na década de 1990, quando foi positivada, pela primeira vez, no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Atualmente, é possível encontrar no ordenamento jurídico brasileiro quatro hipóteses de menção à *disregard doctrine*,

quais sejam: o art. 28 da Lei n. 8.078/90, o art. 18 da Lei n. 8.884/94, o art. 4º da Lei n. 9.605/98 e o art. 50 do CC/02. Observa-se, contudo, que nas três primeiras hipóteses mencionadas, a teoria encontra-se, de alguma forma, distorcida. Apenas o quarto dispositivo mencionado guarda fidelidade à concepção clássica da teoria, colocando o abuso de direito como o elemento autorizador de sua aplicação.

Ressalta-se, inclusive, o ineditismo do Novo Código de Processo Civil ao tratar, pela primeira vez, de forma expressiva e coerente, o aspecto processual do instituto da desconconsideração.

Desconsiderar a personalidade jurídica nada mais é do que ignorar os efeitos da personalidade jurídica. Desse modo, havendo a utilização equivocada da pessoa jurídica e a consequente desconconsideração de sua personalidade, a responsabilidade pelas obrigações sociais atingirá o patrimônio pessoal dos sócios e não haverá limite desse patrimônio atingido.

Minoritariamente, o doutrinador Alexandre Assumpção⁽³⁾ afirma que mesmo na desconconsideração da personalidade jurídica, deve-se buscar primeiro os bens da pessoa jurídica e depois os bens pessoais do sócio. Essa posição não prevalece. Para a doutrina majoritária e a jurisprudência, ao desconsiderar a personalidade jurídica pode-se atingir diretamente o patrimônio do sócio, não havendo necessidade de primeiro atingir o patrimônio da pessoa jurídica. Ou seja, não se trata de responsabilidade subsidiária.

Em suma, a desconconsideração é um mecanismo utilizado para responsabilizar sócio por dívida formalmente imputada à sociedade. Contudo, também é possível o inverso: desconsiderar a autonomia patrimonial da pessoa

(3) ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 262.

jurídica para responsabilizá-la por dívidas do sócio.

A desconsideração inversa é alvo de acirrada divergência doutrinária e opera para coibir a confusão patrimonial entre sócio e sociedade, responsabilizando a sociedade personificada por obrigações do sócio que oculta seu patrimônio pessoal no patrimônio da sociedade. Nesse caso, há uma inversão de posições, pois o obstáculo a ser superado não é o da personalidade jurídica da sociedade, mas sim o do próprio sócio.

Na desconsideração inversa, ao invés de o sócio esvaziar o patrimônio da pessoa jurídica para fraudar terceiros, ele esvazia o seu patrimônio pessoal, enquanto pessoa natural, e o integraliza totalmente na pessoa jurídica.

A par de divergências doutrinárias sobre o tema, a jurisprudência do STJ admite a desconsideração da personalidade jurídica de forma inversa a fim de possibilitar, de modo excepcional, a responsabilização patrimonial da pessoa jurídica por dívidas próprias de seus sócios ou administradores quando demonstra a abusividade de sua utilização.

Portanto, a partir de uma interpretação teleológica do art. 50 do Código Civil, a desconsideração, em via inversa, do ato praticado pelo sócio alcançando os bens da sociedade, se faz necessária, em alguns casos, para a própria efetivação da prestação jurisdicional. Afinal, a finalidade da *disregard doctrine* é combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios, o que também pode ocorrer, inclusive, nos casos em que o sócio controlador esvazia seu patrimônio pessoal e o integraliza na pessoa jurídica.

5. A desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC e sua aplicabilidade no processo do trabalho

A desconsideração da personalidade jurídica funda-se em duas principais teorias.

Para a primeira teoria, em interpretação ao art. 50 do Código Civil, a desconsideração

da personalidade jurídica apenas pode ser levada a efeito em situações excepcionais, quando verificado o desvio de finalidade, caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros, mediante abuso, ou quando caracterizada a confusão patrimonial.

Trata-se da denominada Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Como o próprio nome explica, essa teoria detém maior cautela, maior cuidado. Para desconsiderar a personalidade jurídica exige-se a prova da fraude como elemento imprescindível à sua aplicação.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que, nas relações jurídicas de natureza civil-empresarial, o legislador pátrio adotou a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual é exigida a demonstração da ocorrência de algum dos elementos caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, tais como o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial.

Essa é a linha interpretativa que se alinha ao ideal originário da *disregard doctrine*, no sentido de que a desconsideração da personalidade jurídica só deve ser decretada quando estiver caracterizado o abuso de personalidade jurídica.

Em contraponto a este entendimento, surge a Teoria Menor ou Teoria Objetiva da desconsideração da personalidade jurídica, inaugurada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Defesa do Consumidor, em 1990, assim denominada por contar com pressupostos menos rígidos em relação à norma prevista no Código Civil, cuja finalidade é possibilitar a reparação de danos ao consumidor hipossuficiente na relação estabelecida com os fornecedores de produtos e serviços.

A previsão normativa constante do art. 28, § 5º, do CDC consagra a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica quando houver a demonstração de mero prejuízo do credor, independentemente de os atos

destes terem violado ou não o contrato, ou de haver abuso de poder.

No âmbito do Processo do Trabalho, em razão dos princípios que o regem, dentre eles os da celeridade, informalidade e efetividade, e, inclusive, pela aproximação ideológica com o direito consumerista, a moderna doutrina e jurisprudência trabalhista encampam a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, no sentido de que a simples criação de obstáculo pela pessoa jurídica já é requisito suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa.

Para os defensores da teoria menor, a lacuna da legislação do trabalho a respeito do tema autoriza o intérprete a socorrer-se do Código do Consumidor, por analogia, com base no art. 8º da CLT. Nesse contexto, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, previsto no art. 28, § 5º, do CDC, tem sido aplicado, por analogia, ao processo do trabalho, “sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Esse entendimento se justifica em razão da hipossuficiência do trabalhador, da dificuldade que apresenta o reclamante em demonstrar a má-fé do administrador e do caráter alimentar do crédito trabalhista.

Outro argumento favorável à aplicação da teoria menor baseia-se no fato de que o risco empresarial, decorrente do exercício de atividades econômicas, não deveria ser suportado, indistintamente, por todos os credores da pessoa jurídica, mas apenas pelos chamados credores negociais.

Nesse contexto, faz-se necessária a distinção entre os credores negociais e os credores não negociais. Os primeiros têm condições de pactuar previamente a formação do seu crédito, exigindo garantias, por vezes; já os segundos são aqueles que não negociam a formação de seus créditos e, portanto, seria injusto submetê-los ao risco empresarial.

Contudo, a teoria menor recebe duras críticas da doutrina por distorcer as formulações doutrinárias que deram origem à *disregard doctrine*, sendo considerada um violento golpe contra a segurança jurídica, gerando danos imensuráveis para mercado.

O Código de Processo Civil de 2015 disciplina o incidente de desconsideração da personalidade jurídica em seu capítulo referente à intervenção de terceiros, estabelecendo um sofisticado procedimento prévio para que seja realizada a desconsideração a fim de atingir o patrimônio dos sócios, como se verifica nos arts. 133 a 137 do novo CPC.

A aplicação das normas previstas no Código de Processo Civil ao processo do trabalho apenas são admitidas, em regra, se a CLT for omissa a respeito da matéria e desde que haja compatibilidade entre o instituto que se deseja aplicar e as normas que regem o processo laboral (art. 8º, CLT).

Registra-se que a Instrução Normativa n. 39/2016 do TST, que dispõe sobre as normas do CPC/2015 aplicáveis ao Processo do Trabalho, determina que o incidente de desconsideração estruturado no novo Código de Processo Civil aplica-se ao processo do trabalho.

A reforma trabalhista, por sua vez, consagra no art. 855-A da Lei n. 13.467/17 o incidente de desconsideração da personalidade jurídica à luz do novo processo civil. Assim, caso aprovada a reforma, a CLT passará a exigir a instauração de incidente, nos moldes dos arts. 133 a 137, do novo CPC, que suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar.

Por sua vez, da decisão que acolher ou rejeitar o incidente não caberá recurso imediato, se proferida na fase de cognição. Na fase de execução, desafiará Agravo de Petição, independentemente de garantia do juízo. E, se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal, caberá agravo interno.

Contudo, a doutrina trouxe à discussão se o referido incidente seria condizente com os princípios que informam a fase de execução prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, haja vista que tal procedimento implicaria diretamente na celeridade e duração razoável do processo trabalhista, cujos créditos assumem natureza alimentar.

Para parte da doutrina, o incidente de desconsideração não deve ser aplicado na seara trabalhista, uma vez que seria incompatível com a simplicidade e com a celeridade da execução trabalhista. E, em relação ao contraditório, argumenta-se que ele pode ser postergado após a garantia do juízo pela penhora, devido à natureza alimentar do crédito trabalhista e da hipossuficiência do credor trabalhista.

Ressalta-se, inclusive, o art. 134, § 4º, do NCPC, que determina a obrigatoriedade de demonstração dos pressupostos legais específicos para a desconsideração da personalidade jurídica, o que confronta diretamente a adoção da Teoria Menor na Justiça do Trabalho.

Nesse contexto, pela visão de parte da doutrina, o incidente de desconsideração do Novo Código de Processo Civil pressupõe a aplicação dos requisitos da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica, referindo-se à necessidade de comprovação de fraude ou de abuso de direito, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, conforme art. 50 do CC/2002.

Por outro lado, para os que defendem a aplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, a inovação trazida pelo CPC é louvável, na medida em que, até em tão, todo o tema da desconsideração era tratado no plano do direito material, sem qualquer normatização no plano processual.

Nesse aspecto, relevante destacar o posicionamento de Wolney de Macedo Cordeiro⁽⁴⁾:

(4) CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 182-183.

Não vislumbro qualquer tipo de incompatibilidade orgânica do instituto com o processo do trabalho. Os atributos da celeridade e da efetividade, típicos da execução laboral, não podem servir de pretexto para solapar as garantias do contraditório e a ampla defesa. Por outro lado, a fatal de um regramento específico para a inserção do sócio no âmbito da tutela executiva, fazia emergir certo maniqueísmo no trato da responsabilização extraordinária, pressupondo sempre inequívoca a vinculação do terceiro à relação executiva.

O escopo da execução não é buscar “alguém” que satisfaça a obrigação só pelo fato de que ela remanesce insatisfeita. É primordial justificar logicamente a invasão patrimonial de quem não é devedor, nos termos do título executivo e do devido processo legal. Desse modo, se a premissa é a de desconsideração da personalidade jurídica, não há como recusar aplicação aos arts. 133 e seguintes do novo CPC — seja no processo civil, trabalhista, eleitoral ou em qualquer outro.

Nesse contexto, o princípio do contraditório previsto no art. 135 do CPC dispõe que após instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias. E, caso seja acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será considerada como ineficaz em relação ao requerente.

Em casos excepcionais será possível postergar o contraditório do terceiro, mediante a edição de tutela provisória cautelar. Afinal, a oitiva prévia que se dá ao terceiro não pode servir de oportunidade para que ele frustre a medida executiva.

Assim, não obstante as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, a reforma trabalhista visa consagrar a aplicação do incidente à luz do novo CPC, de forma a suprir a falta de um processo que regulamente esse instituto na seara trabalhista, ainda que

seja necessário compatibilizá-lo aos princípios do processo do trabalho.

6. Considerações finais

O problema da morosidade parece marcar a trajetória do Poder Judiciário brasileiro, desde sua origem. Em relação ao direito processual do trabalho, marcado por poucas e pontuais alterações legislativas, o esforço dos juízes não tem sido suficiente para apresentar um quadro de efetividade processual.

Uma adequada hermenêutica para a execução trabalhista tem como primeira fonte a Constituição Federal. O modelo constitucional de processo tem como ponto de partida a garantia da inafastabilidade da jurisdição e consagra, especialmente, os princípios da eficiência e do direito à razoável duração do processo.

No mesmo sentido, o art. 8º do novo Código de Processo Civil, sintonizado com os postulados processuais contemporâneos, estabelece, expressamente, que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Nesse contexto, o princípio constitucional da eficiência atua como vetor de interpretação da norma processual trabalhista e da possibilidade de aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC à execução no processo do trabalho. Sem a compreensão adequada e funcional da estrutura lógica da tutela jurisdicional executiva, não é possível a construção de um modelo processual capaz de assegurar a efetividade da jurisdição.

Uma vez reconhecido o envelhecimento e a inadequação de diversos preceitos normativos do direito processual trabalhista, conclui-se que as inovações consagradas no novo CPC poderão

influenciar, na maioria dos casos, positivamente a atividade satisfativa da execução trabalhista.

Diante do laconismo crônico que acomete o direito processual trabalhista, é aconselhável um desprendimento dos dogmas da CLT em prol dos princípios constitucionais do processo.

Nesse cenário, surge a reforma trabalhista com o ímpeto de modernizar e aprimorar a Consolidação das Leis do Trabalho. A aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, nos termos dos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil, institui-se com esse propósito, privilegiando o princípio do contraditório e trazendo mais segurança jurídica e patrimonial aos jurisdicionados.

Portanto, a teoria da desconconsideração é uma regra-exceção. Isto é, sua utilização só tem espaço em casos excepcionalíssimos, nos quais nenhum outro recurso legal seja capaz de elidir a fraude perpetrada.

Assim, conclui-se que aplicação subsidiária ou supletiva do novo CPC deve ter o fito de suprir as reais lacunas do processo do trabalho, sejam elas normativas, axiológicas ou ontológicas, desde que sejam compatíveis ou adaptadas aos princípios e singularidades do processo do trabalho.

7. Referências bibliográficas

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum: reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Execução no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Direito fundamental à limitação da jornada: a disciplina do teletrabalho à luz dos princípios constitucionais

Ricardo Lourenço Filho^(*) e Pedro Robério de Souza Filho^(**)

Resumo:

- O presente artigo pretende desenvolver o argumento de que a limitação da jornada de trabalho é um direito fundamental, analisando as consequências desse argumento para a disciplina do teletrabalho. Os princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro permitem a constatação de que não se admite, no âmbito das relações de emprego, trabalho sem a correspondente limitação da jornada. A esse direito fundamental corresponde o dever do empregador de adotar meios, inclusive tecnológicos, que lhe permitam controlar a jornada do empregado. A exclusão do teletrabalho do regime normal de duração laboral, restringindo o direito às horas extras, é contrária à Constituição.

Palavras-chave:

- Teletrabalho — Jornada de trabalho — Direitos fundamentais — Princípios constitucionais.

Abstract:

- The present article intends to develop the argument that the limitation of the working journey is a fundamental right, analyzing the consequences of this argument for the telework discipline. The principles enshrined in the Brazilian legal system make it possible to establish that in the context of employment relations no work is allowed without the corresponding limitation of the working journey. To this fundamental right corresponds the duty of the employer to adopt means, including technological ones, that allow him to control the employee's journey. The exclusion of telework from the normal working time regime, restricting the right to overtime, is contrary to the Constitution.

Key-words:

- Telework — Working journey — Fundamental rights — Constitutional principles.

(*) Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Doutor e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília – UnB. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Integrante dos grupos de pesquisa

“Trabalho, Constituição e Cidadania” e “Percurso, Narrativas e Fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo” (CNPq/UnB).

(**) Bacharelado no 9º semestre do curso de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A proposta da “Reforma Trabalhista” (Projeto de Lei da Câmara n. 38/2017) sobre o teletrabalho
- ▶ 3. Poder diretivo e possibilidade de controle da jornada de trabalho por meios tecnológicos
- ▶ 4. A limitação da jornada prevista na Constituição de 1988 e a não recepção do art. 62 da CLT
- ▶ 5. As implicações de uma compreensão principiológica do art. 7º, XIII, da Constituição
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

No bojo da chamada “Reforma Trabalhista”, conduzida no Poder Legislativo mas com apoio e incentivo do Poder Executivo, tem-se discussão sobre a regulamentação a ser conferida quanto ao teletrabalho. Trata-se de propor disciplina a uma forma recente de realização do trabalho a partir da utilização de tecnologia disponível que permite ao trabalhador se desconectar fisicamente do estabelecimento do empregador.

O conceito do teletrabalho é o de “levar o trabalho aos trabalhadores, em vez de levar estes ao trabalho; atividade periódica fora do escritório central, um ou mais dias por semana, seja em casa ou em um centro de telesserviço”.⁽¹⁾ O cerne da ideia, portanto, é “a substituição parcial ou total das viagens diárias ao trabalho por tecnologias de telecomunicações, possivelmente com o auxílio de computadores”.⁽²⁾

Um dos aspectos mais relevantes no debate sobre a regulamentação do teletrabalho é uma questão de natureza constitucional, a saber, o direito à limitação da jornada de trabalho e, por conseguinte, ao recebimento de horas extras por parte do empregado que se ativa

nessa modalidade laboral. O tema envolve a nossa compreensão sobre o próprio significado da Constituição de 1988.

O presente artigo está estruturado em quatro partes. A primeira apresenta, numa perspectiva crítica, a proposta de regulamentação do teletrabalho contida na “Reforma Trabalhista”. A segunda parte busca debater as possibilidades de utilização de recursos tecnológicos pelo empregador, no exercício de seu poder diretivo, para controlar a jornada de trabalho dos empregados. Na terceira parte do texto, será desenvolvida a abordagem da limitação da jornada de trabalho, prevista no art. 7º, XIII, da Constituição, face ao art. 62 da CLT. Na quarta parte, tem-se a proposta de uma leitura efetivamente constitucional da limitação da jornada de trabalho, apresentando-a como direito fundamental. Em seguida, serão lançadas as considerações finais.

2. A proposta da “Reforma Trabalhista” (Projeto de Lei da Câmara n. 38/2017) sobre o teletrabalho⁽³⁾

A primeira sugestão de regulamentação para o teletrabalho, contida na proposta de

(1) NILLES, Jack M. *Fazendo do teletrabalho uma realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores*. Tradução Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Futura, 1997. p. 15.

(2) NILLES, Jack M. *Fazendo do teletrabalho uma realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores*, p. 15.

(3) O presente texto foi elaborado enquanto ocorriam as deliberações no âmbito do Congresso Nacional em torno da reforma. A proposição foi enviada ao Senado Federal para deliberações, mas não alcançou o término do processo legislativo (Projeto de Lei da Câmara n. 38/2017). O documento utilizado como base para a construção da análise foi o autógrafo elaborado pela Câmara dos Deputados sobre o Projeto de lei,

“Reforma Trabalhista”, é a inclusão no art. 62 da CLT de um inciso III, que insere o teletrabalho como uma hipótese de jornada de trabalho insuscetível de controle. O dispositivo passaria a ter a seguinte redação:

Art. 62 – Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

III – os empregados em regime de teletrabalho.⁽⁴⁾

Entretanto, o art. 62 da CLT foi editado para atender a uma necessidade à época de edição da CLT, que era a previsão de um regime de exceção às normas que tratam da duração do trabalho para os casos de jornadas nas quais o controle não era possível e nem efetivo.⁽⁵⁾

Assim, considerando que a sociedade global possui recursos tecnológicos suficientes que permitam trabalhar à distância, tendo a informação como matéria-prima dessas relações de trabalho construídas sob o pilar da inovação tecnológica, a aludida proposta contida na “Reforma Trabalhista” não é adequada, visto que há um dever do empregador de fazer uso desses recursos tecnológicos para a realização do controle de jornada.⁽⁶⁾

apresentado em 27.4.2017 (autógrafo no processo legislativo significa “o documento oficial com o texto da norma aprovada em definitivo por uma das Casas do Legislativo ou em sessão conjunta do Congresso, e que é enviado à sanção, à promulgação ou à outra Casa” – Site do Senado Federal. Informação disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/autografo>>. Acesso em: 13 maio 2017).

(4) Destaque acrescentado.

(5) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 942.

(6) Conferir, nesse sentido: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-37-46.2014.5.04.0601 – 4ª Turma – Desembargadora Convocada relatora Cilene Ferreira

Outra proposta do Projeto é a criação de um capítulo II-A no título II da CLT, denominado “Do teletrabalho”. O primeiro dispositivo do capítulo sugerido que merece destaque é o art. 75-C, que apresenta o seguinte conteúdo:

Art. 75-C – A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Outro ponto que merece relevo é a previsão de transição recíproca entre o regime presencial de trabalho e o teletrabalho, garantindo com isso a flexibilidade na relação de trabalho entre o empregado e o empregador e na própria dinâmica estrutural da empresa.

A esse respeito, o § 2º do proposto art. 75-C apresenta uma inconsistência, visto que conflita com o art. 468 da CLT. Este determina que as alterações das condições de trabalho só serão lícitas quando promovidas por mútuo consentimento e ainda assim desde que não promovam de forma direta ou indireta prejuízos ao empregado, caso contrário ocorre a nulidade da cláusula que contrarie este dispositivo. Seria mais apropriado que o dispositivo permitisse a mudança do regime de teletrabalho para o presencial desde que decorresse de mútuo acordo.

Cumprido destacar também o proposto art. 611-A previsto no Projeto de Lei nos seguintes termos:

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

Amaro Santos. Julgado em 15 de março de 2017. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*: publicação em 17.3.2017.

(...)

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

Em um regime de licitude, a liberdade negocial dos particulares é ampla, encontrando limites, porém, na legislação e, em especial, nas normas constitucionais. Nessa linha, o sistema protetivo trabalhista é construído com base em normas imperativas, de ordem pública, sobre as quais não há discricionariedade quanto à sua aplicação. Por isso, são inválidas quaisquer disposições contratuais contrárias a elas.

É importante considerar que as normas sociais que cuidam da jornada de trabalho dizem respeito à saúde laboral e são, portanto, de ordem pública. Esse é um limite relevante a ser observado em matéria de negociação coletiva, consoante, aliás, a diretriz já firmada pelo Tribunal Superior do Trabalho.⁽⁷⁾

Apontados esses aspectos da proposta de regulamentação sobre o teletrabalho, passa-se à análise das possibilidades de uso de recursos tecnológicos como expressão do poder diretivo do empregador.

3. Poder diretivo e possibilidade de controle da jornada de trabalho por meios tecnológicos

Um ponto que carece de análise é a relação entre teletrabalho e o poder diretivo do empregador. Em outras palavras, uma vez que no teletrabalho o empregado exerce o trabalho à distância do estabelecimento do empregador, não havendo, portanto, o controle pessoal e presencial sobre a prestação das atividades, ocorre nessa situação o enfraquecimento do poder de comando?

Cabe lembrar que o teletrabalho também repercute na ideia de subordinação. A tecnologia e as telecomunicações criam novos

conceitos como “telessubordinação” ou “tele-disponibilidade”, que configuram a ideia de que os sistemas de informática permitem que o empregador exerça o poder de comando à distância e que haja a conexão permanente do empregado com a empresa, o que possibilita o controle efetivo das horas de trabalho prestadas ou do tempo de disponibilidade, descansos e intervalos trabalhistas.⁽⁸⁾

Com isso, é possível concluir que “o teletrabalho não faz desaparecer ou diminuir a subordinação, antes torna até mais amplo o poder diretivo, apenas com outro enfoque, deslocando o centro de gravidade geográfica da empresa”. Ocorre que a subordinação jurídica recebe um novo enfoque, não só o poder de comando do empregador, pois ela não deriva apenas da sujeição do trabalhador às ordens do empregador, mas também pode ter fundamento na integração e na sujeição do empregado à organização da empresa, seus programas e finalidades. É nesse sentido que também não se pode cogitar que o teletrabalho seja exercido com autonomia e sem subordinação. A relação de emprego existe, tendo a subordinação um novo enfoque.⁽⁹⁾

Existem recursos tecnológicos que possibilitam o controle do trabalho do funcionário à distância. Esse controle pode ser feito por meio de softwares, que podem registrar o tempo de trabalho exercido pelo empregado, por exemplo. Dessa forma, o teletrabalho não é apto a diminuir, enfraquecer ou fazer desaparecer o poder de comando do empregador. Pode-se considerar que o referido poder é hipertrofiado pelas telecomunicações.⁽¹⁰⁾

Um exemplo que demonstra esses elementos é o caso “ilha sem papel”. Neste caso, uma empresa utilizava um programa de computador chamado “ilha sem papel” com a finalidade de controlar as atividades dos trabalhadores,

(7) Cf. Súmula n. 437, II, do TST. Fica evidente, ainda, o equívoco da proposta de “Reforma Trabalhista”, ao sugerir, para o art. 611-B, parágrafo único, o seguinte texto: “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”.

(8) WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego*. São Paulo: LTr, 2005. p. 93.

(9) *Ibidem*, p. 94.

(10) *Ibidem*, p. 114.

produtividade e o cumprimento de metas. Os trabalhadores recebiam por meio desse sistema mensagens ao longo do dia. Caso cumprissem as metas recebiam elogios. Se não cumpridas recebiam ofensas, sendo chamados pelos supervisores de “perdedores da ilha”, “burros” e “incompetentes”.⁽¹¹⁾

A empresa foi condenada a pagar danos morais sob o fundamento de que a cobrança de metas é algo legítimo e integra o poder diretivo do empregador, mas não pode ser algo excessivo, vexatório ou agressivo, sob pena de restar caracterizada uma prática de assédio moral. A cobrança de metas não pode ser um meio para a prática de humilhações e enfraquecimento da integridade psicológica, tanto da reclamante do caso como dos demais empregados envolvidos em idêntica situação.⁽¹²⁾

Nesse mesmo sentido, outro caso foi narrado em reportagem jornalística pela assistente comercial M.B.S, na qual informa que seu computador era rastreado diariamente, assim como a sua supervisora promovia tentativas de monitoramento de suas ligações pessoais.⁽¹³⁾

Assim, o assédio moral praticado por meios eletrônicos pode restar configurado “por mensagens eletrônicas degradantes da autoestima

do empregado, cobranças abusivas de metas ou expedientes outros que dispensam a presença física do agressor no ambiente de trabalho da vítima”.⁽¹⁴⁾

Nessa linha de raciocínio, conclui Jobel Amorim das Virgens Filho:

No caso do teletrabalho ou no exemplo do programa ‘ilha sem papel’, pode haver a submissão não de um trabalhador, mas de todos eles ou de uma determinada equipe, ao constrangimento eletrônico, cuja repetição é evidentemente nociva à dignidade, causando assédio moral, mediante repetição abusiva. Isso pode se operar por sistema de computador, mensagens SMS, rastreamento ilícito de computadores, e-mails, etc, no caso, dirigida de modo padronizado a uma coletividade de vítimas.⁽¹⁵⁾

Assim, é possível concluir que no teletrabalho o poder de comando do empregador e a subordinação jurídica não restam esvaziadas ou enfraquecidas. Os meios tecnológicos em verdade indicam uma possibilidade de hipertrofia do poder diretivo, de forma que surgem novos debates em torno do teletrabalho, como, por exemplo, os casos de assédio apresentados promovidos por meios eletrônicos.

É possível afirmar, então, que o empregador tem o dever jurídico de adotar medidas tecnológicas que permitam o controle da jornada laboral do empregado sujeito ao regime de teletrabalho. Isso decorre do fato de a limitação da jornada ser um direito fundamental do trabalhador, como será visto a seguir.

4. A limitação da jornada prevista na Constituição de 1988 e a não recepção do art. 62 da CLT

O art. 7º, XIII, da Constituição assegura aos trabalhadores urbanos e rurais “duração

(11) Notícia veiculada no sítio do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região na internet. Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/noticias/100205047/empresa-que-utiliza-ilha-sem-papel-na-cobranca-de-metas-e-condenada-por-assedio-moral>> Acesso em: 6 maio 2017. Conferir também: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 5ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora. Processo n. 0001260-82.2011.5.03.0143. Sentença publicada no DEJT em 27.7.2012.

(12) Disponível em: <<https://trt-3.jusbrasil.com.br/noticias/100205047/empresa-que-utiliza-ilha-sem-papel-na-cobranca-de-metas-e-condenada-por-assedio-moral>>. Acesso em: 6 maio 2017). Ver também: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 5ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora. Processo n. 0001260-82.2011.5.03.0143. Sentença publicada no DEJT em 27.7.2012.

(13) Cf. *Jornal D24am*. “Amazonas já registrou 40 denúncias de assédio moral no trabalho em 2012”. Disponível em: <<http://new.d24am.com/noticias/amazonas/amazonas-ja-registrou-40-denuncias-de-assedio-moral-no-trabalho-em-2012/58685>>. Acesso em: 6 maio 2017.

(14) VIRGENS FILHO, Jobel Amorim das. “O assédio por meios eletrônicos e o teleassédio moral”. Revista *Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3.456, 17 dez. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23225>>. Acesso em: 6 maio 2017.

(15) VIRGENS FILHO, Jobel Amorim das. *O assédio por meios eletrônicos e o teleassédio moral*.

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”. Diante do texto constitucional, surge a questão sobre a possibilidade de o legislador ordinário estabelecer regimes laborais que não estejam submetidos àquela limitação.

O art. 62 da CLT, como visto, preceitua que “não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho (...); II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão (...)”. Vale lembrar que o dispositivo está inserido no Capítulo da CLT que trata sobre a duração do trabalho e cujo art. 58 estabelece que “a duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite”.

Há controvérsia na doutrina acerca da recepção do art. 62 da CLT. Pela não recepção se posicionam Jorge Luiz Souto Maior⁽¹⁶⁾ e Luciano Martinez⁽¹⁷⁾. O primeiro autor entende que a limitação de jornada é um bem da vida (um direito ao não trabalho), cuja tutela pode ser pleiteada em juízo. A titularidade desse bem da vida, aponta Jorge Souto, é da própria sociedade, na medida em que não são só os empregados o detêm como também os que não conseguem trabalho porque há outro indivíduo trabalhando em excesso.⁽¹⁸⁾

O direito ao não trabalho se desdobra em um direito à desconexão do trabalho, no sentido de que o indivíduo tem o direito de trabalhar menos, ao nível que seja necessário

para a preservação de sua saúde e própria vida.⁽¹⁹⁾ Nesse seguimento, reconhece o autor que o empregador tem o dever, a obrigação de controle da jornada de trabalho do empregado, sob pena de violar o direito à desconexão (à limitação da jornada de trabalho).⁽²⁰⁾

Aliado ao direito à desconexão, a Constituição Federal reconhece o direito ao lazer, que tem por finalidade a garantia da inserção dos indivíduos, sejam eles trabalhadores ou não, na vida em sociedade, em atividades voltadas para a comunidade e para a família. O direito à desconexão tem um âmbito de tutela que fornece proteção do direito ao lazer, com o escopo de garantir a limitação de jornada e os mecanismos de sociabilidade ao trabalhador, como forma de preservação de condições mínimas de existência do indivíduo e da dignidade da pessoa humana.⁽²¹⁾

Sobre o teletrabalho, Souto Maior entende que, uma vez caracterizada a relação de emprego, a efetivação do direito à desconexão depende da fixação do pressuposto de que cabe ao empregador estabelecer o limite da jornada a ser cumprida. O direito à limitação da jornada não existe apenas em tese, não podendo ser barrado sob o argumento de que no caso concreto há dificuldade em se estabelecer um controle e uma quantificação da jornada do empregado. O avanço da tecnologia permite que ao mesmo tempo em que o trabalho possa ser desempenhado à distância, também possa haver o controle efetivo da jornada, seja pelo contato *on-line* ou por outras vias.⁽²²⁾

(19) *Ibidem*, p. 3, 19.

(20) *Ibidem*, p. 12-13.

(21) MACIEL, Alvaro dos Santos. “O art. 62 da CLT e a ofensa ao direito ao lazer do trabalhador: uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6221&revista_caderno=25>. Acesso em: maio 2017.

(22) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Do direito à desconexão do trabalho*, p. 13.

(16) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. 2011. *Do direito à desconexão do trabalho*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/do-direito-%C3%A0-desconex%C3%A3o-do-trabalho>>. p. 8-9, 11-12.

(17) MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 369-371.

(18) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Do direito à desconexão do trabalho*, p. 1-2.

A efetivação do direito à desconexão, sobretudo no teletrabalho, depende do reconhecimento de que, em tese, o empregado possui um direito à limitação da jornada de trabalho em qualquer modalidade de jornada, assim como a atribuição do encargo ao empregador de provar que havia de fato a limitação.⁽²³⁾

Um dos pilares que justificam a existência de um direito à limitação de jornada é a dignidade da pessoa humana, o que implica a afirmativa de que o ser humano é ao mesmo tempo o centro convergente de direitos do ordenamento jurídico e o parâmetro que conduz as relações de trabalho.⁽²⁴⁾

O ideal de trabalho digno pretendido pelo ordenamento jurídico brasileiro é pautado pela necessidade de afirmação de um “direito a um trabalho minimamente protegido”.⁽²⁵⁾ A leitura que se faz da posição adotada por Souto Maior é no sentido de que representa uma negação da dignidade humana a existência de relações nas quais o direito do trabalho não é sequer minimamente assegurado, ou seja, situações nas quais as normas trabalhistas não incidem.⁽²⁶⁾

Reconhecer um direito fundamental não significa a mera afirmação de sua existência. Implica também a declaração de que existe um dever fundamental de proteção. Por isso, Jorge Souto reconhece a não recepção do art. 62, I, CLT.⁽²⁷⁾

Pela não recepção do dispositivo também se posiciona Luciano Martinez. Segundo o autor, os empregados que exercem atividade externa

incompatível com a fixação de horário têm direito ao recebimento de horas extras, pois o art. 7º, XIII, CF/88, não traz em sua redação um rol de empregados excepcionados do direito à duração do trabalho dentro do patamar padrão previsto pela Constituição.⁽²⁸⁾

Acrescenta ainda que a interpretação da Constituição leva a crer que é admissível a duração do trabalho em padrões mais favoráveis, mas nunca em padrões prejudiciais ao trabalhador. O art. 62, I da CLT não pode impedir o direito dos empregados de perceber horas extraordinárias quando prestadas, porém pode condicionar tal direito à prova da prestação efetiva de sobrejornada.⁽²⁹⁾

5. As implicações de uma compreensão principiológica do art. 7º, XIII, da Constituição

A limitação da jornada de trabalho é um direito fundamental. A compreensão do art. 7º, XIII, da Constituição deve observar o caráter normativo-principiológico desse dispositivo, buscando extrair daí as consequências correspondentes. Para o desenvolvimento dessa perspectiva, faremos uso da teoria do direito de Ronald Dworkin.

Dworkin propõe uma teoria das normas como princípios, estas que são diferentes das normas-regras. Ambos os tipos de normas criam obrigações jurídicas, mas se diferenciam pelo tipo de diretiva que apresentam e pela forma de aplicação. As normas-regra são aplicadas pela ideia de tudo ou nada.⁽³⁰⁾

Os princípios são comandos que enunciam uma razão, conduzindo o argumento para

(23) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Do direito à desconexão do trabalho*, p. 1-3, 12, 13, 19.

(24) DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 207.

(25) *Ibidem*, p. 207.

(26) *Idem*.

(27) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Do direito à desconexão do trabalho*, p. 8-9, 11-12.

(28) MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*, p. 369.

(29) *Ibidem*, p. 371.

(30) DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Justiça e direito). p. 39. Ver também BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 146.

uma direção. Não são aplicados de forma automática como as normas-regra. Possuem uma dimensão de peso ou importância. Caso haja conflito entre princípios, a solução deve considerar a força relativa de cada um deles.⁽³¹⁾ A solução para um conflito entre princípios, portanto, deve levar em consideração o peso de cada um, e não que um princípio se torna exceção do outro.⁽³²⁾

A visão de Dworkin considera que os princípios e a carga de significados morais que carregam estão integrados ao ordenamento jurídico, o que faz com que se tornem princípios do próprio direito.⁽³³⁾

Nesse sentido, resta aos juízes considerar e aplicar os princípios de conotação moral quando se depararem com situações nas quais as normas postas não fornecem uma solução. É com base na concepção de Dworkin sobre princípios que seria possível encontrar a única resposta certa para o caso concreto ou o melhor julgamento possível.⁽³⁴⁾

O que caracteriza a ideia de única resposta correta é o entendimento de que o direito é composto não só pelas regras legisladas, como também por princípios de caráter supralegal. Quando o julgador recorre ao sistema de princípios para solucionar um caso concreto esse sistema é capaz de fornecer não diversas soluções igualmente válidas, e sim a única resposta correta. Admitir que o sistema pode fornecer mais de uma solução para um único caso levaria o julgador a se valer de arbitrariedades, algo condenado por Dworkin.⁽³⁵⁾

Para Dworkin “a decisão é um ato de responsabilidade política. É por isso que a jurisdição [...] não efetua um ato de escolha entre diversas possibilidades interpretativas quando oferece

a solução para um caso concreto”.⁽³⁶⁾ A jurisdição determina a única interpretação correta do direito para o caso, “uma vez que decide — e não escolhe — quais os critérios de ajuste e substância (moralidade) estão subjacentes ao caso concreto analisado”.⁽³⁷⁾

É nesse sentido que Dworkin reconhece o direito como integridade e coerência. A decisão judicial deve ser pautada por uma lógica de tratamento de casos diversos com igual consideração. Em outras palavras, a coerência representa a necessidade de que as decisões judiciais apresentem uma consistência lógica no julgamento de casos semelhantes.⁽³⁸⁾

A integridade do direito, por outro lado, exige que os juízes formulem os fundamentos da decisão considerando o direito como um todo. Nesse sentido, a coerência e a integridade representam dois lados da mesma moeda, pois possuem como parâmetros interpretativos a concretização dos valores igualdade e liberdade. Tanto a integridade do direito como a coerência são valores complementares.⁽³⁹⁾

Dworkin cria a figura do juiz Hércules. O personagem é encarregado de analisar a estrutura normativa proposta pela tese de integridade. Ele é dotado de capacidades sobre-humanas de análise, conhecimento, tempo inesgotável e de paciência inigualável, o que lhe permitiria analisar cada um dos casos submetidos a ele em todos os seus ângulos fáticos e jurídicos, encontrando a única resposta correta para a controvérsia.⁽⁴⁰⁾

O juiz Hércules enfrenta o desafio analisando o caso concreto à luz de virtudes como a igualdade, liberdade e a própria comunidade,

(31) DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 42.

(32) BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, p. 146.

(33) *Ibidem*, p. 148.

(34) *Idem*.

(35) *Ibidem*, p. 148-149.

(36) STRECK, Lenio Luiz. “Art. 489 e art. 926”. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 682.

(37) *Idem*.

(38) *Ibidem*, p. 1.186-1.187.

(39) *Idem*.

(40) DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 165. Ver também BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, p. 149.

elementos que conjugados compõem uma única visão política. O pensamento de Dworkin não propõe um exercício de ponderação, e sim leva a uma escala de considerações sobre o conflito entre princípios e sobre a contribuição que cada um pode proporcionar para a “busca da igualdade de consideração e respeito”.⁽⁴¹⁾

Hércules conhece e aceita o sistema jurídico que está posto como válido em sua jurisdição, assumindo “que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo”.⁽⁴²⁾ Dessa forma, o processo interpretativo tornaria o juiz apto a “interpretar as práticas dos outros juízes ao decidirem o que é o Direito, refinando-as”.⁽⁴³⁾

A atividade interpretativa, no pensamento de Dworkin, teria um caráter construtivista e criativo, na medida em que o intérprete aceita que outro sujeito começou o processo de criação e respeita a obra produzida por esse autor. Nessa linha de raciocínio, a finalidade do intérprete é tornar o processo interpretativo sobre o objeto o melhor que ele puder, respeitando a autoridade daquele que iniciou o processo antes do aplicador do direito atual. Isso é viável quando o intérprete não tenta transformar o objeto da interpretação no que ele desejaria que ele fosse, visto que as interpretações possíveis estão condicionadas pela forma do objeto e pela própria história.⁽⁴⁴⁾

Em outras palavras, a tarefa do juiz Hércules é tentar conciliar as decisões proferidas de forma racional no passado por outros julgadores, ou seja, a história, com o ideal de justiça atual da comunidade.⁽⁴⁵⁾

Por essas razões Dworkin compreende o direito como integridade e suscita o dever de

coerência. A tarefa do juiz é a de identificar os direitos e deveres vigentes, considerando como premissa que eles foram instituídos por uma comunidade personificada, a partir de uma concepção coerente de justiça e de equidade.⁽⁴⁶⁾ Tal comunidade de princípios demonstra que os cidadãos são regidos pelas regras produzidas pelo processo político e por princípios.⁽⁴⁷⁾

Os princípios jurídicos são instituídos pela moralidade da comunidade, que é de caráter político e que as leis e as instituições da sociedade pressupõem.⁽⁴⁸⁾ A origem dos princípios jurídicos “não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo”.⁽⁴⁹⁾

O ideal de integridade do direito e de única resposta correta defendidos por Dworkin, portanto, se fundamentam na necessidade de que as decisões judiciais devem possuir uma coerência de princípio. O desafio do julgador é o de solucionar um caso concreto e aplicar a mesma linha de raciocínio em casos semelhantes.⁽⁵⁰⁾

No modelo de normas proposto por Dworkin, os princípios jurídicos se originam nos princípios que decorrem da moralidade da comunidade e da prática jurídica dos juízes e demais especialistas do direito. A coerência representa uma espécie de teste no qual o intérprete do direito afigure se determinado princípio está

(41) BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, p. 149-150.

(42) DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 165.

(43) BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, p. 150.

(44) *Idem*.

(45) *Idem*.

(46) DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. (Justiça e direito). p. 271-271.

(47) BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, p. 150-151.

(48) NEVES, Marcelo. *Entre Hídria e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. (Biblioteca jurídica WMF). p. 54.

(49) DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 64.

(50) BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, p. 148-149.

em sintonia tanto com a moralidade quanto com as instituições da comunidade. Por isso que os princípios da moralidade da comunidade não são incorporados imediatamente à prática dos tribunais.⁽⁵¹⁾

O direito como integridade determina que o produto da interpretação decorre da prática jurídica e nela se inspira. A tarefa do juiz é interpretar esse material e continuar interpretando-o, refinando as interpretações consolidadas de processos hermenêuticos pretéritos. A história jurídica e o sistema de princípios éticos-políticos da sociedade ganham relevância nessa atividade, considerando que a interpretação conduzida por esses elementos expõe a coerência preexistente no direito.⁽⁵²⁾

Dworkin associa o processo interpretativo do direito à construção de um romance em cadeia, escrito por diversos autores em momentos diferentes, cada um escrevendo uma parte que posteriormente será completada por outro autor. Os autores estão cientes que o resultado da atividade interpretativa que desenvolvem implica no acréscimo de capítulos a uma história que iniciou com outro autor. É por isso que cada autor precisa antes conhecer o que já foi redigido, investigar e reconstruir a história, descobrir os princípios que a construíram para em seguida estarem habilitados a lhe dar continuidade.⁽⁵³⁾

Dworkin entende que o juiz segue o mesmo padrão. Ele deve ter o conhecimento da história jurídica da comunidade, das leis e anseios sociais vigentes, compreender esses elementos e apontar a sua visão para o futuro, sempre

buscando construir soluções coerentes.⁽⁵⁴⁾ Cumpre destacar que a coerência apontada pelo jurista deve estar aliada com a dimensão da adequação, ou seja, as interpretações jurídicas devem ter nexos com o texto legal e a história da prática jurídica da comunidade, sob pena de se tornarem inválidas.⁽⁵⁵⁾

Nesse sentido, quando o juiz estiver diante de um caso difícil no qual a sua análise preliminar de uma lei ou de um julgado reconheça a existência de uma pluralidade de interpretações válidas e não consiga fazer prevalecer uma delas, o juiz deve escolher aquela que melhor corresponda à “estrutura das instituições e decisões da comunidade — suas normas públicas como um todo”.⁽⁵⁶⁾

Embora as convicções pessoais do juiz atuem no processo decisório, o direito como integridade seria um limitador para esse tipo de interferência subjetiva.⁽⁵⁷⁾ O limite está na exigência de adequação, que exclui deliberações incoerentes que mostrariam “o histórico da comunidade sob uma luz irremediavelmente má, pois propor essa interpretação sugere que a comunidade tem por característica desonrar seus próprios princípios”.⁽⁵⁸⁾

Assevera Dworkin que o direito como integridade é aberto ao pluralismo⁽⁵⁹⁾, tendo em vista que “os cidadãos de uma comunidade de princípios não têm por único objetivo princípios comuns, como se a uniformidade fosse tudo que desejassem, mas os melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar”.⁽⁶⁰⁾ “A integridade só faz sentido

(51) NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*, p. 55.

(52) DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 273; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, p. 151.

(53) BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, p. 151.

(54) DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 275; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, p. 151.

(55) DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 277; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, p. 151.

(56) DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 306.

(57) BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, p. 152.

(58) DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 307.

(59) BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, p. 152.

(60) DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 314.

entre pessoas que querem também justiça e equidade”.⁽⁶¹⁾

É fundamental que a solução do conflito mostre “a comunidade em sua melhor luz”.⁽⁶²⁾ “A escolha final de Hércules da interpretação que ele considera mais bem fundada em sua totalidade — mais equitativa e mais justa na correta relação — decorre de seu compromisso inicial com a integridade.”⁽⁶³⁾

Retomando o objeto do presente artigo, é válido afirmar que o mundo no século XXI aprofundou o contexto de globalização, com maior conectividade entre as pessoas, forte incentivo à inovação com a produção constante de novas tecnologias. O âmbito de incidência do art. 62, I, CLT, nesse cenário, reduziu na medida em que a tecnologia das telecomunicações e a geolocalização se aperfeiçoaram, a tal ponto que é possível identificar a tendência de o dispositivo se descolar da realidade, com a progressiva supressão do seu âmbito de incidência, vindo a cair em desuso.⁽⁶⁴⁾

A interpretação pela não recepção do art. 62, I, CLT é fundamentada na defesa de valores proclamados pela Constituição Federal de 1988, a saber: o direito à desconexão e ao lazer, a dignidade da pessoa humana e as normas de proteção da saúde do empregado. É importante destacar que, como a limitação de jornada é reconhecida sob o *status* de direito fundamental⁽⁶⁵⁾, conexo a todo direito fundamental há sempre um dever fundamental de proteção.⁽⁶⁶⁾ Nesses termos, não faria sentido

a existência de um direito fundamental sem haver um dever fundamental de proteção conexo, sob o risco de restar ineficaz o próprio texto constitucional.

O art. 7º, XIII, da Constituição não é apenas uma regra que permitiria ser afastada em casos especiais, por exemplo nas hipóteses do art. 62 da CLT. A teoria do direito de Dworkin fornece uma perspectiva de que aquele dispositivo constitucional deve ser lido como um argumento de princípio, que vale em sentido deontológico, a prevalecer mesmo diante de situações ditas “especiais”, como as do referido art. 62 da CLT.

E o art. 7º, XIII, da Constituição é apenas um dos argumentos de princípio em jogo quando se enfrenta o tema da limitação da jornada de trabalho. A proposta do direito como integridade exige, ainda, a consideração dos demais princípios do nosso ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana, os valores sociais da livre-iniciativa e do trabalho, o direito ao lazer e à saúde. A questão é: *à luz de todos esses princípios, o ordenamento brasileiro admite alguma modalidade de trabalho, no âmbito da relação de emprego, que não esteja submetida a limite de jornada?*

Os princípios acima parecem constituir importantes argumentos jurídicos no sentido de uma resposta negativa a essa questão. Para além disso, esses mesmos princípios levam à conclusão de que o empregador, como expressão de seu poder diretivo, tem o dever de adotar sistemáticas laborais que lhe permitam o controle da jornada de trabalho. É a obrigação, imposta àquele que se beneficia da força laboral prestada pelo empregado, decorrente do reconhecimento da limitação da jornada de trabalho como direito fundamental.

Partindo dessas premissas, tem-se a inconstitucionalidade da proposta, contida na “Reforma

(61) DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 314.

(62) *Ibidem*, p. 307.

(63) *Ibidem*, p. 314.

(64) Cf., nesse sentido, BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-37-46.2014.5.04.0601 – 4ª Turma – Desembargadora convocada relatora Cilene Ferreira Amaro Santos. Julgado em 15 de março de 2017. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*: publicação em 17.3.2017. Ver, ainda, SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. 2011. *Do direito à desconexão do trabalho*.

(65) Ver SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Do direito à desconexão do trabalho*, p. 1-3.

(66) Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos*

fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 234.

Trabalhista”, de inserção do teletrabalho no art. 62 da CLT, com o fim de excluí-lo do regime normal de duração da jornada e afastar o direito às horas extras. Em outras palavras, o empregado, submetido ao regime do teletrabalho, está submetido às regras de duração normal do trabalho.

Em termos práticos, ao considerarmos que aos direitos fundamentais há sempre um dever fundamental de proteção conexo e que a limitação de jornada possui um *status* de direito fundamental, o dever do empregador de controle deve ser cumprido a partir da instituição, nos contratos de teletrabalho, da descrição de um sistema de registro e controle de jornada eficaz, assim como a indicação precisa da jornada, dados sem os quais os aludidos contratos serão inválidos.

6. Considerações finais

A “Reforma Trabalhista” propõe uma regulamentação do teletrabalho, excluindo o empregado submetido a essa forma de prestação de serviços do regime normal de duração do trabalho.

Pretendeu-se indicar, neste artigo, que o teletrabalho, antes de enfraquecer, potencializa o poder diretivo do empregador, não obstante o deslocamento físico do trabalhador, que deixa de ocupar o estabelecimento empresarial. O empregado que se ativa por meio do teletrabalho está também subordinado ao empregador.

É importante ter em vista, para a questão sobre a limitação da jornada laboral, no que diz respeito ao teletrabalho, o contraste do atual art. 62 da CLT com o art. 7º, XIII, da Constituição. Com o recurso teórico do direito como integridade, proposto por Ronald Dworkin, pode-se afirmar a necessidade de uma leitura principiológica desse dispositivo constitucional.

Além disso, o conjunto dos princípios jurídicos adotados no ordenamento brasileiro, a par do art. 7º, XIII, da Constituição, como a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, os direitos

ao lazer e à saúde, constitui importante argumento no sentido de não se admitir trabalho, no campo das relações de emprego, sem a correspondente limitação da jornada.

A proposta legislativa que exclui o teletrabalho do âmbito de incidência das normas constitucionais e legais pertinentes à jornada de trabalho é contrária à Constituição de 1988.

Essa é a argumentação jurídica da questão. Mas por que a proposição de uma disciplina do teletrabalho que o afaste das normas que cuidam da duração normal do trabalho, restringindo, por consequência, o direito do empregado às horas extras?

A resposta a essa indagação vai além do direito. Está no campo da política e do seu maior ou menor compromisso com a Constituição. É preciso, então, inserir a “Reforma Trabalhista” no seu contexto. E ela se insere num cenário em que têm ganhado força — contrariamente à garantia dos direitos fundamentais — os discursos de supressão, redução, ou, em nítido eufemismo, de *modernização* das relações de trabalho no Brasil.⁽⁶⁷⁾

São discursos que buscam conferir *flexibilidade* aos direitos trabalhistas e sociais. Contudo, como observar Raffaele De Giorgi, “a flexibilidade é uma construção ideológica que moraliza e civiliza uma técnica coercitiva da temporalidade. Tal técnica permite ao capital fugir dos vínculos que haviam sido impostos pela forma do trabalho assalariado e lhes atribui a faculdade de dispor livremente de força de trabalho por durações variáveis”.⁽⁶⁸⁾

(67) O Ministério do Trabalho publicou uma cartilha com perguntas e respostas sobre “a proposta de modernização da legislação trabalhista”, então em tramitação no Senado Federal (PLC n. 38/2017). A cartilha do Ministério do Trabalho pode ser consultada em: <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/ASCOM/cartilha_modernizacao.pdf>. Acesso em: 19 maio 2017 – destaque acrescentado.

(68) DE GIORGI, Raffaele. “O futuro do trabalho e o seu Direito”. In: *Palestra proferida no 18º Congresso Nacional da Magistratura Trabalhista*. Trad. de Luciano Nascimento Silva e Davi Pessoa (manuscrito inédito), p. 9-10.

Sob essa ideologia da flexibilidade, difunde-se a noção de que a supressão dos obstáculos — isto é, das garantias jurídicas do trabalho, como a limitação da jornada — e a desregulação (que, na verdade, é nova regulação) permitiriam a criação de mais trabalho ou de mais postos de trabalho⁽⁶⁹⁾ (há, como é comum em questões laborais, o argumento *ad terrorem* dos índices de desemprego). Todavia, a questão não posta de forma aberta pelos defensores da flexibilidade é: qual o tipo de trabalho que a sociedade deseja e o texto constitucional assegura?

A Constituição não é apenas um documento jurídico, mas também um documento político. A ela se referem tanto o sistema do direito quanto o sistema político. Mas os sistemas o fazem com perspectivas diferentes. Para o direito, a Constituição estabelece programas de decisão (normas e princípios). Já para a política e suas instituições, a Constituição orienta as decisões voltadas ao atingimento de determinadas finalidades, ou seja, confere uma direção teleológica.⁽⁷⁰⁾

A discussão sobre redução e flexibilização de direitos sociais e trabalhistas, na qual se insere a regulamentação sobre o teletrabalho, sobretudo no que diz respeito à limitação da jornada de trabalho, envolve justamente o nível de compromisso do direito (por meio dos juízes e tribunais) e da política com a Constituição. E as propostas legislativas em curso, como a examinada neste artigo, têm demonstrado, em especial por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, um débil compromisso com o texto constitucional.

7. Referências bibliográficas

BRASIL. Câmara dos Deputados. Autógrafo ao Projeto de Lei n. 6.787/2016, apresentado em 27.4.2017.

(69) DE GIORGI, Raffaele. *O futuro do trabalho e o seu Direito*, p. 10.

(70) Cf. LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo, PORTINARO, Pier Paolo, LUTHER, Jörg (Orgs.). *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. p. 83/128; e CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

Projeto de Lei apresentado em 23.12.2016. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;sessao_nid=275A4070080D0F2DFA6AAE6FA30A3131.pr oposicoesWebExterno1?idProposicao=2122076>.

_____. Projeto de Lei n. 6.787 de 2016 (“reforma trabalhista”). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1550865&filename=AA+1+MESA+%3D%3E+PL+6787/2016>.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 5ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora. Processo n. 0001260-82.2011.5.03.0143. Sentença publicada no DEJT em 27.7.2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-37-46.2014.5.04.0601 – 4ª Turma – Desembargadora convocada relatora Cilene Ferreira Amaro Santos. Julgado em 15.3.2017. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*: publicação em 17.3.2017.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP).

CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito do trabalho. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coords.). *Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber*. São Paulo: Saraiva, 2014. – (Série IDP).

DE GIORGI, Raffaele. O futuro do trabalho e o seu Direito. In: *Palestra proferida no 18º Congresso Nacional da Magistratura Trabalhista*. Trad. de Luciano Nascimento Silva e Davi Pessoa (manuscrito inédito).

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Justiça e direito).

_____. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. (Justiça e direito).

LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo, LUTHER, Jörg (Orgs.).

Il Futuro della Costituzione. Torino: Einaudi, 1996. p. 83/128.

MACIEL, Alvaro dos Santos. O art. 62 da CLT e a ofensa ao direito ao lazer do trabalhador: uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6221&revista_caderno=25>.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. (Biblioteca jurídica WMF).

NILLES, Jack M. *Fazendo do teletrabalho uma realidade: um guia para telegerentes e teletrabalhadores*.

Tradução Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Futura, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed., rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. 2011. *Do direito à desconexão do trabalho*. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/do-direito-%C3%A0-desconex%C3%A3o-do-trabalho>>.

STRECK, Lenio Luiz. Art. 489 e art. 926. In: _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (Orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

VIRGENS FILHO, Jobel Amorim das. O assédio por meios eletrônicos e o teleassédio moral. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3.456, 17 dez. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23225>>.

WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.

Lei n. 13.429 de 2017 e a intermediação de trabalho no Brasil: perspectivas políticas e hermenêuticas

Rodrigo Trindade de Souza^(*)

Resumo:

- ▶ A Lei n. 13.429/2017 é uma das mais importantes modificações nos paradigmas do trabalho-emprego no Brasil. Houve tramitação legislativa apressada e com pouca discussão. Conforme análise de seus dispositivos, a lei tende a não assegurar nem a regra de máxima responsabilidade do tomador, nem da limitação de autorização.

Abstract:

- ▶ The 13.429/2017 Act is one of the most important changes in paradigms of Brazilian employment. There was a hasty legislative procedure, with limited discussion. According analysis of its articles, this Act tends not to guarantee neither maximum borrower's liability rule nor the authorization restriction.

Palavras-chave:

- ▶ Terceirização — Arregimentação de trabalho — Trabalho temporário.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Origens da lei
- ▶ 3. Breves considerações sobre a terceirização e trabalho temporário no Brasil
- ▶ 4. Comentários aos dispositivos alterados e acrescidos na Lei n. 6.019/1974
- ▶ 5. Conclusões
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Presidente da Associação dos Magistrados do Trabalho do Rio Grande do Sul – Amatra IV. Vice-presidente da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do trabalho – ASRDT. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduação em Derecho Laboral pela Universidad de La Republica, Uruguay – Udelar. Professor em

diversos cursos de pós-graduação em Direito. Autor de diversos artigos, editoriais, livros e capítulos de livros com temas de direito do trabalho, direito processual do trabalho, hermenêutica e política judiciária, incluindo a coordenação da *CLT Comentada* pelos Juizes do Trabalho da 4ª Região.

1. Introdução

A Lei n. 13.429/2017 já se apresenta como uma das mais importantes modificações nos paradigmas do trabalho-emprego no Brasil, desde 1943, ano em que a CLT iniciou vigência. Sua verdadeira extensão ainda é extremamente incerta e depende de três grandes fatores.

Primeiramente, faz-se necessário buscar adequação com leis e projetos legislativos incidentes, tais como Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), PLC n. 30/2015 (projeto no Senado, também de terceirização), PL n. 218/2016 (jornada intermitente, PL n. 1.572/2011 (limitação do poder fiscalizatório do Estado), PL n. 1.572/2011 (anteprojeto de lei do Código Comercial) e PL n. 6.442/2016 (trabalho rural).

A exata extensão de conceitos incertos presentes na Lei n. 13.429/2017 dependerá, em larga escala, da superação de gigantesco desafio hermenêutico por parte da magistratura nacional. O diploma tem potencial de grandes modificações nas relações trabalhistas. Abre-se perspectiva de alargamento de modo de organização do trabalho, com grande substituição do trabalho-emprego “direto” pelo trabalho temporário e terceirizado. Como poucos outros ramos da ciência jurídica, o Direito do Trabalho (e especialmente o brasileiro) depende da hermenêutica judiciária. Os mais de mil verbetes sumulares do TST bem demonstram a importância da interpretação oferecida pelos juízes e juízas do trabalho para a fixação de práticas e pretensões de condutas entre os jurisdicionados.

Por fim, aguarda-se a reação dos movimentos sindicais e empresariais. Os projetos de ampliação da terceirização e trabalho temporário foram acompanhados de forma refratária pela maior parte dos sindicatos e suas centrais. Em contra partida, organizações empresárias realizaram intensas gestões para avanço do projeto legislativo. Aguarda-se que as mesmas agremiações sigam oferecendo forte reação às ampliações possibilitadas pela lei.

2. Origens da Lei

A segunda metade dos anos 1990 foi de profunda modificação na economia nacional, especialmente determinada pela globalização econômica e novas formas de organização do mercado⁽¹⁾. Também foi acompanhada de tentativas de implementação de políticas de corte neoliberal tendentes à diminuição de dirigismos contratuais trabalhistas, novas formas de contratação e facilitação de rescisões.

A Lei n. 13.429/2017 tem origem no Projeto de Lei n. 4.302/1998, apresentado pelo Poder Executivo em 19.3.1998. Em sua mensagem, o Sr. Presidente da República fez considerações correntes para a época, referindo o “contexto de inserção da economia brasileira em um mundo globalizado e de modernização das formas de produção”. Concluiu fazer-se “necessária a adaptação dos instrumentos normativos que regem o mundo do trabalho, em busca de maior flexibilidade nas formas de contratação e de procedimentos mais ágeis e adequados à realidade das empresas” (Mensagem 344/1998).

Diversas outras iniciativas legislativas surgiram nesse contexto, algumas foram aprovadas e seguem vigentes, como as Lei ns. 9.601/1998 (contrato de trabalho por prazo determinado) e 9.958/2000 (comissões de conciliação prévia). Em comum, tinham objetivo de oferecer adaptação de novo ambiente de competição internacional a pretensões empresárias de diminuição de custos de produção a partir da precarização de salários, benefícios trabalhistas e rescisões contratuais⁽²⁾.

(1) O Brasil, que durante a década de 1980 se manteve resistente à globalização, a partir do início da década de 1990 adere ao modelo, com a implementação de diversas medidas de corte neoliberal. O aumento da competitividade nos mercados nacional e internacional induziu à necessidade de redução do custo do fator de produção trabalho. Nesse sentido, ANTUNES (2003), p. 47.

(2) “O terceiro espírito capitalista, ao contrário, vislumbra na precarização das tutelas estatais incidentes sobre o trabalho e na valorização dos contratos individuais de trabalho as condições de possibilidade para o crescimento econômico em ambiente de globalização,

Após algumas emendas e apresentação de substitutivo, o PL n. 4.302 foi cancelado na Câmara e, com modificações, também no Senado Federal. Em 17.12.2002, o Senado aprovou novo substitutivo e devolveu a proposta para análise definitiva da Câmara. Mas já no final de 2002, passou a restar claro que o projeto de lei não receberia no Parlamento a atenção esperada pelo Executivo e o resultado foi diminuição drástica da velocidade de tramitação.

Seguindo-se a modificação política, em 19.8.2003, novo Presidente da República enviou a Mensagem n. 389 ao Parlamento solicitando a retirada do projeto. Esse requerimento jamais foi apreciado e esse fato deverá ser o primeiro para possível alegação de vício na Lei n. 13.429/2017.

Em 22.3.2017 foi protocolizado recurso de Reclamação na Câmara dos Deputados em razão da não submissão ao Plenário da Mensagem da Presidência da República de baixa do projeto. O presidente da Câmara rejeitou liminarmente e houve recurso à Comissão de Constituição e Justiça.

Até 2016, a tramitação foi apenas protocolar, com trocas de relatores nas comissões e ausência de ânimo de efetiva discussão. A ressuscitação ocorreu em 2017, em razão de outro projeto com mesmo objeto. Trata-se do PL n. 4.330/2004, que também visa ampliação da terceirização, foi aprovado na Câmara dos Deputados e recebido no Senado, em abril de 2015, como PLC n. 30/2015. Em razão de designação de relator contrário à ampliação da terceirização, foi colocado em dormência.

Seguindo-se novo Executivo, posicionado em impulsionar projeto de ampla modificação no mundo do trabalho, decidiu-se por reanimar o antigo projeto da Câmara dos Deputados. Sem interlocução com os aportes do PLC n. 30/2015, muito mais recente e discutido em

pela ampliação dos mercados para produtos brasileiros produzidos com baixos custos de mão de obra" RAMOS FILHO (2012), p. 380.

diversas audiências públicas pelo país, o PL n. 4.302/1998 foi rapidamente desengavetado, votado e, finalmente, sancionado em 31 de março de 2017.

O PLC todavia, teve aceleração sem precedentes, foi promulgado como Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), estabelecendo novas redações para artigos da Lei n. 6.019/74 e opções distintas para regulamentação do trabalho arregimentado. Somam-se relatos de possível medida provisória esclarecendo e ampliando pontos da reforma trabalhista. Portanto, é possível que a regulação dos institutos possa sofrer novas e próximas alterações.

3. Breves considerações sobre a terceirização e trabalho temporário no Brasil

Em poucas palavras, terceirização e contratação temporária têm em comum a transferência para outrem dos custos da contratação do trabalho.

Enquanto no trabalho temporário pactua-se fornecimento de trabalhadores que ficarão por curtos períodos subordinados ao tomador, na terceirização contratam-se serviços especializados, executados autonomamente por empresa prestadora. A terceirização vinha sendo regrada, de forma geral, pela Súmula n. 331 do TST; e a contratação temporária apenas pela Lei n. 6.019/1974⁽³⁾.

O padrão do mundo do trabalho nos últimos dois séculos vem sendo de correspondência

(3) Para autores como Mauricio Godinho Delgado, a contratação temporária prevista na Lei n. 6.019/1974 é modalidade de terceirização. "O modelo terceirizante da Lei n. 6.019/74 (a ser detidamente dado no item V, abaixo) produziu, indubitavelmente, uma inflexão no sistema trabalhista no país, já que contrapunha à clássica relação bilateral (própria à CLT), uma nova relação trilateral de prestação laborativa, dissociando o fato do trabalho do vínculo jurídico que lhe seria inerente. Contudo, ainda assim, tal inflexão foi limitada, uma vez que a fórmula do trabalho temporário não autorizava a terceirização permanente, produzindo efeitos transitórios no tempo". DELGADO (2005), p. 434.

da relação econômica com a jurídica. As exceções são trabalho terceirizado e temporário.

A relação econômica formada no trabalho por conta alheia tem como elemento mais importante o fato de que o valor econômico do serviço realizado por aquele que vende sua força trabalho é aproveitado por quem recebe a atividade. A garantia de que haverá retribuição ocorre pelo potencial econômico do serviço realizado. O tomador do trabalho aproveita o serviço e parte do resultado econômico é repassado ao trabalhador na forma de salário. A essa relação econômica corresponde uma relação jurídica: a relação de emprego, instrumentalizada pelo contrato de emprego.

Terceirização e trabalho temporário rompem com essa imbricação e dissociam a relação econômica de trabalho da jurídica que lhe seria correspondente. A relação jurídica de emprego não é mais estabelecida com o tomador de trabalho, mas se utiliza de uma empresa “atravessadora” e o contrato com o tomador de serviços passa de trabalhista a civil.

Essa desassociação diminui as garantias econômicas de que o trabalho oferecido será contraprestado com o salário prometido. Por consequência, dois princípios basilares foram fixados pela jurisprudência nacional:

- a) Máxima responsabilidade do tomador. O tomador de serviços é responsabilizado por inadimplementos do empregador (empresa de trabalho temporário ou terceirizado).
- b) Mínima autorização. Como forma de manter a regra de correspondência entre relação econômica e jurídica e, assim, resguardar garantias de pagamento de salário e outras verbas, limita-se a terceirização a atividades-meio e fixam-se condições restritivas de trabalho temporário.

A Lei n. 13.429/2017 tende a não assegurar nem a regra de máxima responsabilidade do tomador, nem da limitação de autorização. Assim se verifica pela análise, adiante, de seus artigos.

4. Comentários aos dispositivos alterados e acrescidos na Lei n. 6.019/1974

A Lei n. 13.429/2017 altera dispositivos da Lei n. 6.019/74 e soma novos artigos.

Para facilitar a leitura, em ~~riscado~~ está a redação antiga e em **negrito** a nova, alterada pela lei em comento.

~~Art. 1º É instituído o regime de trabalho temporário, nas condições estabelecidas na presente Lei.~~

Art. 1º As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante regem-se por esta Lei.

A modificação de redação ocorre para esclarecer a alteração do objeto da Lei n. 6.019/1974, que passa de simples regulação de trabalho temporário para somar pretensão de oferecer regulação ampla também para a terceirização de serviços. Pode-se dizer que a Lei n. 6.019/1974 é agora a “Lei de Trabalho Arregimentado” ou “Lei de Intermediação do Trabalho”.

O art. 1º faz referência a duas formas de organizações empresárias de intermediação de trabalho:

- a) “empresa de trabalho temporário”: atua na arregimentação de trabalho temporário.
- b) “empresa de prestação de serviços”: opera na terceirização de trabalho.

A essas soma-se o tomador de serviços. O empresário disposto a transferir para outrem parte de sua atividade tem as opções de terceirização e trabalho temporário, ambas com características diversas, mas regradas pelo mesmo diploma normativo.

A lei possui dispositivos apenas incidentes sobre trabalho temporário, apenas vinculados a terceirização de serviços e artigos que oferecem normatividade para ambas modalidades de trabalho arregimentado (por exemplo, arts. 19-A, 19-B e 19-C).

Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços.

Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

§ 1º É proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei.

§ 2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.

O art. 2º trata apenas de trabalho temporário. Mantém a ideia de que trabalho temporário é modalidade de pacto de atividade, de modo que apenas pode ser executado por pessoa natural. As empresas de trabalho temporário não podem ter seus quadros de trabalhadores constituídos por pessoas jurídicas, mas devem formalizar contratos especiais de emprego regidos pelas particularidades do serviço temporário.

A redação original de 1974 trazia duas hipóteses para a contratação temporária: a) substituição transitória de pessoal permanente (por exemplo substituição de funcionária em licença-maternidade) e b) demanda complementar de serviços (exemplificativamente, para suprir necessidades produtivas sazonais, como ovos de páscoa).

O dispositivo mantém a primeira hipótese “substituição de pessoal regular e permanente” e no § 1º faz referência a possibilidade de tal ocorrer nas situações de greve. Todavia, apenas poderá haver contratação de temporários no lugar de grevistas quando lei específica assim dispuser. Nesse sentido, o art. 7º, parágrafo

único da Lei n. 7.783/1989 veda rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14.

Não há dúvidas de que eventual regulação do art. 2º, § 1º implicará redução prática no direito de greve e, conseqüentemente, restrição no poder de pressão de categoria que optar por paralisação. Acreditamos que o dispositivo não permite regulamentação desmedida. Apenas guardará constitucionalidade a regulação para hipótese de declaração judicial de abusividade do movimento paredista.

Alteração importante da Lei n. 13.429/2017 está na segunda circunstância autorizadora, que passa a ser “demanda complementar de serviços”.

A expressão utilizada aparenta intenção de ampliar as hipóteses de contratação temporária, mas soma forte carga de indeterminação. Chama atenção uma aparente alteração de espírito do elemento permissivo, relativizando a extraordinariedade.

Atualmente, a Instrução Normativa SIT n. 114/2014 disciplina a fiscalização do trabalho temporário e prevê no art. 2º, § 2º que “não se consideram extraordinários ou acréscimos de serviço comuns do ramo de negócio do tomador e que façam parte do risco do empreendimento, bem como os decorrentes do crescimento da empresa, da expansão de seus negócios ou da abertura de filiais.”

A nova redação do art. 2º da Lei n. 6.019/1974 estabelece que a “demanda complementar de serviços” tem vez em duas situações alternativas: a) fatores imprevisíveis; b) quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.

A grande alteração está nessa segunda hipótese, oriunda de fatores previsíveis. O antigo “acrécimo extraordinário de serviços” costuma ser inserido como hipótese prevista pelo empresário e, portanto, autorizador

da efetivação e contratação extraordinária equivalente, na forma de trabalho temporário.

A “demanda complementar decorrente de fator previsível” é de mais difícil inserção no conceito de situação extraordinária original. A ocorrência de serviços usuais, mas em volume extraordinário, faz parte do risco de negócio, de modo que não cabe (ou não cabia) a transferência do risco do empreendimento à força de trabalho, com contratação precária na forma de temporários.

O conceito, como se vê, segue altamente indeterminado e, fatalmente, gerará insegurança jurídica.

O PL n. 6.787/2016 (Reforma Trabalhista) mantém a primitiva expressão “acréscimo extraordinário de serviços”, mas introduz § 1º para esclarecer que esse ocorre por alteração sazonal da demanda por produtos e serviços.

~~Art. 4º Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.~~

Art. 4º Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.

A redação atual do art. 4º esclarece que a empresa de trabalho temporário deve ser constituída na forma de pessoa jurídica assim regularizada junto ao Ministério do Trabalho. Para atuação no mercado de arregimentação de trabalho temporário não basta a regularização ordinária da pessoa jurídica, mas a integração em critérios e cadastro próprio do Ministério do Trabalho.

Eventual possibilidade de pessoa natural ser arregimentadora de trabalho temporário fatalmente seria fator de aumento de insegurança econômica, informalidade e chamada à ampliação de inadimplementos descobertos de patrimônio. A obrigatoriedade de constituição

de pessoa jurídica imprime, portanto, maior segurança.

A ampliação ocorre no campo de atuação das empresas de trabalho temporário, incluindo-se atividade rural. Na mensagem do Presidente da República n. 344/1998, justificou-se a ampliação com afirmação de “frágil desenvolvimento tecnológico e a restrição de direitos que caracterizavam o meio rural viabilizavam a adoção do trabalho temporário apenas no meio urbano.”

Ausente expressa menção, compreendemos que a Lei n. 6.019/1974 não se aplica ao trabalho doméstico.

No PLC n. 30/2015, objetivamente excluiu-se do âmbito de terceirização os contratos no âmbito da Administração pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A ausência de esclarecimento análogo na Lei n. 13.429/2017 tende a criar ainda maiores dificuldades de interpretação da extensão de sua atuação. Mantém-se vigente o Decreto-lei n. 200/1967, determinante da terceirização essencialmente na atividade-meio.

Inusitada modificação ocorreu com a exclusão de esclarecimento na redação original de que os trabalhadores devem ser “devidamente qualificados” e “remunerados e assistidos” pela empresa de trabalho temporário.

Na mensagem n. 344 de 1998 que acompanhou o então projeto de lei, registrou-se:

10) O conceito de trabalhador temporário fica igualmente ampliado, subtraindo-se dele a expressão “devidamente qualificado, o que afastará interpretações restritivas quanto ao tipo de trabalhador que pode ser objeto de contratação temporária (art. 4º).

Pensamos, todavia, que determinantes intrínsecos seguem presentes no conceito de trabalho temporário. Os trabalhadores temporários realizam atividades específicas e, portanto, devem possuir qualificação profissional própria e clara.

Na qualidade de empregadora, a empresa de trabalho temporário é a responsável por pagamento de salários, bem como oferecimento e entrega de benefícios, como vale-transporte e auxílio-alimentação. A empresa tomadora de serviços tem a prerrogativa da subordinação direta, mas não de pagamento de salários, nem oferecimento de outras parcelas de natureza econômica ao funcionário temporário.

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. (Redação dada pela Lei n. 13.429/2017)

“Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (Redação dada pela Lei n. 13.467/2017)

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

Esse é o dispositivo que implicará maior divergência jurisprudencial e doutrinária. Destina-se a indicar o âmbito de atividades de uma tomadora de serviços que pode ser suprido por trabalhadores terceirizados. Deve-se atentar que o art. 4º-A (em ambas redações) relaciona-se a uma única espécie de trabalho intermediado, qual seja, a terceirização de serviços.

Conforme esclarecido na nova redação do art. 1º, o objeto da Lei n. 6.019/1974 passa de simples regulação de trabalho temporário para somar regulação ampla também para a terceirização de serviços. Ao se utilizar da expressão “empresa prestadora de serviços”, o *caput* do art. 4º-A já esclarece que visa regular

apenas a modalidade terceirização de trabalho arregimentado.

A ausência de regulação legal para terceirização fez desenvolver em doutrina e jurisprudência diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio. Assim, o entendimento consubstanciado na Súmula n. 331 do TST é de que a regularidade da terceirização depende da classificação das atividades como meio.

Em poucas palavras, atividade-meio é toda aquela que se coloca afastada do objetivo principal da empresa. São os serviços tidos como ordinariamente necessários, mas sem relação direta com a atividade principal do empreendimento; atividade-fim toca no objetivo essencial, a destinação da empresa, expressa em seu contrato social.

O conceito de atividade-fim está também ligado à viabilidade econômica e administrativa do empreendimento. Eventual delegação a terceiros de áreas vitais à empresa colocariam em risco o próprio poder de administração.

O art. 4º-A, na redação dada pela Lei n. 13.429/2017 não se utiliza da dicotomia atividade-fim x atividade-meio, mas afirma que a empresa prestadora deve realizar serviços determinados e específicos. A expressão “serviços determinados e específicos” não se confunde nem com atividade-fim, nem com atividade-meio. A lei não ingressou nessa seara e preferiu apenas pontuar a impossibilidade de contratação de empresa de trabalho temporário para atividades inespecíficas. A regra a ser retirada é de que a contratação temporária deve ter objeto certo, relacionar setores da empresa tomadora em que atuarão os funcionários terceirizados e quais as atividades que esses deverão desenvolver.

Todavia, a redação do mesmo dispositivo pela Lei n. 13.467/2017, promulgada poucos meses depois, avançou ainda mais na ampliação da terceirização, explicitando alcance também para atividades finalísticas do empreendimento. Há fundadas dúvidas acerca de constitucionalidade do dispositivo,

especialmente no referente à terceirização junto à Administração e vedação de acesso sem concurso público (art. 37, II e art. 236, § 3º).

A nova redação do art. 5º-A (também outorgada pela Lei n. 13.467/2017) confirma a opção liberalizante da terceirização para atividade-fim. A redação do art. 4º-A, determinada pela Lei n. 13.467/2017, opta, sem dúvida, por permitir terceirização em atividade-fim da empresa tomadora. A legislação nova demonstra sua opção a partir do conceito de contratante, extraído do art. 5º-A, definido como “a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal”.

Mesmo com alteração de redação do art. 4º-A, o art. 5º-B, II reforça nosso entendimento, pois relaciona a “especificação do serviço a ser prestado” como requisito de conteúdo essencial do pacto.

No PL n. 6.442/2016 também está explicitado que empregador rural poderá terceirizar atividade-fim:

Art. 27. É facultado ao empregador rural a contratação com pessoas físicas ou jurídicas para execução de sua atividade-fim, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Já foi dito acima que o trabalho arregimentado é exceção ao modo de organização do trabalho, de modo que as hipóteses de sua utilização não são auto evidentes, mas necessitam de previsão normativa. Repisa-se que a Lei n. 6.019/1974 passa a ter duplo objeto (trabalho temporário e terceirizado), de modo que deve ser lida em um diálogo de sistematicidade e compartimentação.

O parecer do relator Deputado Jair Menequelli, na CTPASP da Câmara dos Deputados, para o então projeto legislativo que resultou na Lei n. 13.429/2017, expressamente registra que “as atividades desenvolvidas pela prestadora e contratante de serviços são necessariamente distintas”. Não há, portanto, como a empresa

terceirizada ter o mesmo objeto finalístico da empresa tomadora dos serviços.

A chamada quarteirização está prevista no § 1º, permitindo-se que uma empresa contratada para realizar serviços terceirizados “repassa” a integralidade ou parte da mesma atividade para outra empresa. A terceirização no Brasil visa essencialmente a redução de custos e cada intermediário do trabalho tende a garantir sua lucratividade a partir da redução das despesas com seus funcionários. A Lei n. 13.429/2017 institucionaliza a prática conhecida por prejudicar trabalhadores a partir do achatamento de salário e pulverização da referência de empregador.

Havendo quarteirização de serviços, ou seja, a transferência da prestação de serviços contratada para outra empresa (quarteirizada), empregadora dos trabalhadores prejudicados por inadimplemento trabalhista, todos os beneficiários da cadeia produtiva respondem subsidiariamente. Ou seja, empresa tomadora cliente dos serviços e terceirizada original são responsáveis subsidiárias junto à quarteirizada.

Art. 4º.-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros:

I – prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II – registro na Junta Comercial;

III – capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros:

a) empresas com até dez empregados — capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados — capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados — capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados — capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e

e) empresas com mais de cem empregados — capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

O art. 4º-B estabelece capital social mínimo para funcionamento da empresa de trabalho terceirizado. Os valores são absolutamente insignificantes para garantir condenações corriqueiras na Justiça do Trabalho. De modo algum pode-se considerar que o patrimônio da empresa se limite ao declarado como de capital social.

Art. 4º-C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

I – relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

II – sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.”

O dispositivo refere-se apenas a terceirização de serviços, em serviços prestados nas dependências da tomadora.

Enquanto vigente a redação do art. 4º-A, pela Lei n. 13.429/2017), define-se que a terceirização lícita deve ocorrer em serviços determinados e específicos. Ou seja, veda contratação de serviços terceirizados inespecíficos, sem expressa indicação dos setores da empresa tomadora em que irão trabalhar funcionários terceirizados.

A terceirização pode ocorrer tanto na sede da empresa tomadora, como em outras localidades. Não há vedação, por exemplo, para a pactuação de terceirização de serviço de *call center* a ser desenvolvido nas dependências da empresa de prestação de serviços. Também se admite que o trabalho terceirizado possa ocorrer na residência do trabalhador terceirizado, como em situações de teletrabalho.

O tomador de serviços terceirizados possui responsabilidade por higiene e segurança e salubridade do ambiente de trabalho, tanto no serviço realizado em suas próprias dependências, como em outro definido no contrato de terceirização.

Aos terceirizados são asseguradas mesmas condições relativas a alimentação, treinamento, transporte, atendimento médico e ambulatorial, bem como medidas de saúde e segurança.

Proposições e debates ocorreram no Parlamento visando garantir plena correspondência de direitos entre trabalhadores diretos do tomador e terceirizados. A redação do art. 4º-C mostra que apenas houve acordo expresso de possibilidade do tomador oferecer aos terceirizados as mesmas condições que disponibiliza a seus empregados. Não há, todavia, obrigatoriedade.

Também segue indefinida na lei a importante questão enfrentada pela jurisprudência de obrigação de pagamento de idêntico salário entre terceirizados e trabalhadores diretos que realizam o mesmo serviço na empresa tomadora. A necessidade de tratamento isonômico pleno entre arregimentados e trabalhadores

diretos vem explicitado na Lei n. 6.019, art. 12, desde 1974 e foi mantido apenas para temporários.

Deve-se atentar que o projeto de lei aprovado no Parlamento revogava todas as alíneas do art. 12, estabelecendo apenas garantia de salário e jornada equivalentes. O veto presidencial registrou que “não há razão lógica ou jurídica para o dispositivo, já que os direitos elencados nas alíneas ‘a’ a ‘h’ estão assegurados na Constituição, em seu art. 7º, não se configurando adequada a proposta que admita limitação a esses direitos, recomendando-se sua manutenção”.

A jurisprudência nacional vem compreendendo majoritariamente que equiparação salarial entre terceirizados e trabalhadores diretos do tomador apenas é possível em caso de terceirização ilícita. Jurisprudência minoritária, todavia, avança no sentido de possibilidade de equiparação entre esses trabalhadores também em terceirização lícita, a partir de ideia de tratamento isonômico. Costumam ser manejados fundamentos jurídicos baseados no art. XXIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, arts. 5º e 7º, XXX da CRFB/88 e aplicação extensiva do art. 12 da Lei n. 6.019/1974. O TST, por meio da OJ n. 383 da SDI compreende a necessidade de isonomia entre empregados da empresa prestadora de serviços e da tomadora.

Com a redação do art. 4º-C, especialmente o § 1º, todos esses argumentos ficam enfraquecidos pela aparente opção do legislador de permitir salários inferiores a terceirizados que realizam os mesmos serviços de colegas empregados diretos da empresa tomadora.

Art. 5º—O funcionamento da empresa de trabalho temporário dependerá de registro no Departamento Nacional de Mão-de-Obra do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Art. 5º Empresa tomadora de serviços é a pessoa jurídica ou entidade a ela equiparada que celebra contrato de prestação de trabalho temporário com a empresa definida no art. 4º desta Lei. (Redação dada pela Lei n. 13.429/2017)

O requisito de inscrição da empresa de trabalho temporário em cadastro do Ministério do Trabalho permanece, mas foi deslocado para o atual art. 4º da Lei n. 6.019/1974.

A redação do art. 5º refere-se unicamente a trabalho temporário e visa oferecer conceito à empresa tomadora. O art. 2º, § 1º, da CLT elastece o conceito de empregador, incorporando pessoas e entidades sem finalidades lucrativas, como associações recreativas e de beneficência. O dispositivo em comento segue essa linha e permite que entidades que não visam lucro também possam se utilizar de trabalho temporário. Por conseguinte, responsabilizam-se por eventuais inadimplementos, da mesma forma que empresas.

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos. (Redação dada pela Lei n. 13.429/2017)

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal. (Redação dada pela Lei n. 13.467/2017)

§ 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços.

§ 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes.

§ 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

§ 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§ 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 n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

O dispositivo refere-se apenas a terceirização de serviços e somente antes da vigência da Lei n. 13.467/2017.

A alteração no *caput* do art. 5º-A pela Lei n. 13.467/2017 teve claro objetivo de reforçar intenção de liberar a terceirização para atividades fim, conforme acima estudado. As obrigações da empresa tomadora de trabalho já foram analisadas junto aos comentários ao art. 4º-C.

Havia previsão de responsabilidade solidária do contratante no PLC n. 30/2015, mas limitada a salário em sentido amplo, férias, vale-transporte, FGTS e previdência social. Todavia, não foi integrado na Lei n. 13.467/2017.

O § 5º mantém o entendimento da Súmula n. 331 de responsabilidade subsidiária do tomador de serviços durante o período de trabalho. O art. 31 da Lei n. 8.212/1991 prevê que a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra.

Art. 5º-B. O contrato de prestação de serviços conterá:

- I – qualificação das partes;
- II – especificação do serviço a ser prestado;
- III – prazo para realização do serviço, quando for o caso;
- IV – valor.

O art. 5º-B, detalha a obrigação genérica do *caput* art. 5º-A (com redação fixada pela Lei n. 13.429/2017) de que o serviço terceirizado deve ser determinado e específico. Nosso entendimento é de que essa expressão nada tem a ver com a dicotomia atividade-fim x atividade-meio e o dispositivo em comento indica os elementos necessários para aferir

determinação e especificidade do contrato de prestação de serviços terceirizados.

“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. (Redação dada pela Lei n. 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.” (Redação dada pela Lei n. 13.467/2017)

Os dispositivos têm objetivo de afastar as hipóteses de dispensa de trabalhadores, com recontratação a partir de operação de terceirização de serviços. Deve-se atentar que a vedação ocorre mesmo que os funcionários despedidos atuem como meros sócios administradores da contratada, sem realização de serviços pessoais diretos à tomadora.

Art. 6º-O pedido de registro para funcionar deverá ser instruído com os seguintes documentos:

- a) prova de constituição da firma e de nacionalidade brasileira de seus sócios, com o competente registro na Junta Comercial da localidade em que tenha sede;
- b) prova de possuir capital social de no mínimo quinhentas vezes o valor do maior salário mínimo vigente no País;
- c) prova de entrega da relação de trabalhadores a que se refere o art. 360, da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como apresentação do Certificado de Regularidade de Situação, fornecido pelo Instituto Nacional de Previdência Social;
- d) prova de recolhimento da Contribuição Sindical;
- e) prova da propriedade do imóvel sede ou recibo referente ao último mês, relativo ao contrato de locação;

f) prova de inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Parágrafo único. No caso de mudança de sede ou de abertura de filiais, agências ou escritórios é dispensada a apresentação dos documentos de que trata este artigo, exigindo-se, no entanto, o encaminhamento prévio ao Departamento Nacional de Mão-de-Obra de comunicação por escrito, com justificativa e endereço da nova sede ou das unidades operacionais da empresa.

Art. 6º São requisitos para funcionamento e registro da empresa de trabalho temporário no Ministério do Trabalho:

I – prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), do Ministério da Fazenda;

II – prova do competente registro na Junta Comercial da localidade em que tenha sede;

III – prova de possuir capital social de, no mínimo, R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

O art. 6º trata exclusivamente de elementos obrigatórios para funcionamento de empresa de trabalho temporário.

Imposição de registro no Ministério do Trabalho também está no art. 4º da Lei n. 6.019/1974.

A Lei n. 13.429/2017 subtraiu requisitos de constituição e funcionamento das empresas de trabalho temporário, precarizando mecanismo de garantias econômicas para cumprimento de suas obrigações. Nacionalidade brasileira dos sócios, capital social elevado, certidões de regularidade de obrigações e imóvel próprio estavam previstos no art. 6º e foram excluídos.

É bastante comum o inadimplemento de obrigações trabalhistas por parte de empresas de trabalho temporário. A diminuição de garantias de patrimônio para fazer frente às dívidas tende a dificultar ainda mais execuções de sentenças.

Art. 9º O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente deverá ser obrigatoriamente escrito e dele deverá constar expressamente o

motivo justificador da demanda de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço.

Art. 9º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterá:

I – qualificação das partes;

II – motivo justificador da demanda de trabalho temporário;

III – prazo da prestação de serviços;

IV – valor da prestação de serviços;

V – disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho.

§ 1º É responsabilidade da empresa contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado.

§ 2º A contratante estenderá ao trabalhador da empresa de trabalho temporário o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.

O contrato firmado entre empresa de trabalho temporário e tomador de serviços mantém obrigação de forma escrita. Os requisitos de especificação e valor do serviço seguem vigentes à relação, mas estabelecidos no art. 5º-B.

A regra do art. 9º, § 1º segue o previsto no art. 5º-A, § 3º.

No trabalho terceirizado, formalmente, há apenas *faculdade* de extensão ao trabalhador arremetido as mesmas condições de tratamento médico, ambulatorial e de refeição (art. 5º-A, § 4º). O § 2º do art. 9º, todavia, informa que para o trabalho temporário há *obrigatoriedade* de garantia de mesmas condições nesses elementos.

Mantém-se vigente o art. 12 da Lei n. 6.019/1974, o qual assegura ao trabalhador temporário remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente, calculados à base horária.

Não há qualquer novidade na possibilidade do trabalho temporário ter por objeto atividades-fim da empresa tomadora (§ 3º).

O art. 2º da Lei n. 6.019/1974 traz dois requisitos de contratação temporária: necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. Apesar de não mais haver explicitação dos motivos da contratação, entendemos que segue como elemento obrigatório para verificação da regularidade do pacto temporário.

~~Art. 10 – O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra.~~

Art. 10. Qualquer que seja o ramo da empresa tomadora de serviços, não existe vínculo de emprego entre ela e os trabalhadores contratados pelas empresas de trabalho temporário.

§ 1º O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não.

§ 2º O contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram.

§ 3º (VETADO).

§ 4º Não se aplica ao trabalhador temporário, contratado pela tomadora de serviços, o contrato de experiência previsto no parágrafo único do art. 445 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 5º O trabalhador temporário que cumprir o período estipulado nos §§ 1º e 2º deste artigo somente poderá ser colocado à disposição da mesma tomadora de serviços em novo contrato temporário, após noventa dias do término do contrato anterior.

§ 6º A contratação anterior ao prazo previsto no § 5º deste artigo caracteriza vínculo empregatício com a tomadora.

§ 7º A contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer o trabalho temporário, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.

O *caput* do art. 10 traz regra parecida com a do art. 442, parágrafo único, da CLT: não há vínculo de emprego entre trabalhador cooperativado e cooperativa ou entidade tomadora dos serviços, *desde que*, no plano fático, não se identifiquem elementos de vínculo de emprego. Do mesmo modo, ausência de vínculo de emprego direto entre empregados temporários e tomadores de serviços depende do cumprimento dos requisitos estabelecidos na Lei n. 6.019/1974 para a regularidade do trabalho temporário.

Os prazos do contrato de trabalho temporário deixam de ser fixados com o módulo “mês” e integram a contagem por dias, o que facilitará bastante a verificação de regularidade.

O prazo original do contrato temporário era de até três meses, salvo autorização do Ministério do Trabalho. A Lei n. 13.429/2017 promove notável ampliação, estabelecendo que pode chegar a 180 dias, consecutivos ou não. Pode, ainda, ser prorrogado por mais 90 dias, independentemente de autorização administrativa, mas desde que mantidos os motivos que determinaram a prorrogação.

O grande aumento do prazo causa dois problemas de compatibilização sistêmica: a) relativiza a compreensão de que risco do empreendimento deve ser suportado pelo empregador, sem que precise recorrer a pactos

excepcionais e precarizados; b) relativiza a própria idéia de limitação temporal do trabalho temporário.

Não há como se verificar permanência dos motivos da pactuação por prazo determinado sem que tenha sido previamente fixado no pacto entre as empresas de trabalho temporário e tomadora. Apesar do requisito ter sido excluído do art. 9º, permanece presente.

O § 3º previa que “o prazo previsto neste artigo poderá ser alterado mediante acordo ou convenção coletiva”. Não estabelecia qualquer limitação ou condicionante para ampliação de prazo, podendo gerar plena desnaturação da excepcionalidade do pacto. A possibilidade de norma coletiva produzir regra prejudicial ao previsto na lei é possibilidade hermenêutica que pode ser retirada dos arts. 611-A e 611-B da CLT, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017. O veto presidencial registrou “Não se configura adequada a possibilidade de alteração do prazo máximo do contrato de trabalho temporário, de modo a evitar-se conflito entre esse regime contratual e o contrato por tempo indeterminado, preservando-se assim a segurança jurídica de ambas modalidades de contratação.”

A impossibilidade de contratação por experiência está explícita no § 4º e já era reconhecida pela jurisprudência. Nesse sentido o julgamento do RR 184500-06.2009.5.02.0262.

Os parágrafos 5º e 6º estabelecem restrições para novas contratações temporárias de um mesmo trabalhador. Note-se que mesmo a alteração dos motivos (necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços) são insuficientes e, caso descumprindo, ensejarão reconhecimento de vínculo de emprego direto entre o empregado e a empresa tomadora, a partir da segunda contratação.

O § 7º unifica a regra de responsabilidade da empresa que recebe trabalho arregimentado, de modo que — tal como a empresa cliente do trabalho terceirizado — é responsável subsidiária

por obrigações trabalhistas do funcionário temporário.

Atente-se que não houve revogação do art. 16 da Lei n. 6.019/1974, de modo que, no caso de falência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e verbas trabalhistas.

Art. 19-A. O descumprimento do disposto nesta Lei sujeita a empresa infratora ao pagamento de multa.

Parágrafo único. A fiscalização, a autuação e o processo de imposição das multas reger-se-ão pelo Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

A Lei n. 7.855/1989, art. 3º, III fixa multa em 160 BTNs por trabalhador. O valor é irrisório e não costuma ser suficiente para reprimir com eficiência o amplo ambiente nacional de descumprimento da legislação trabalhista.

O Título VII da CLT trata do processo de multas administrativas, arts. 626 a 642-A. Incumbe ao auditor fiscal do trabalho averiguar cumprimento das normas e aplicar as multas.

Art. 19-B. O disposto nesta Lei não se aplica às empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial, e subsidiariamente pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

As empresas de vigilância e transporte de valores possuem regramento específico e que se mantém vigente para suas atividades. Essa modalidade de intermediação de trabalho seguem com aplicação do estabelecido no Decreto-lei n. 5.452/1943.

Compreendemos que a Lei n. 6.019/1974 trata-se de diploma geral e, excepcionalmente, pode ser aplicada para intermediação de vigilância e transporte de valores, em interpretação extensiva, sempre que o regramento específico for insuficiente e a lei geral não conflitar.

Art. 19-C. Os contratos em vigência, se as partes assim acordarem, poderão ser adequados aos termos desta Lei.

Trata-se de regra de transição e que visa permitir, no curso de relações de intermediação de trabalho, adequação ao normativo em vigência. O art. 19-C não estabelece qualquer previsão de efeitos ou lei aplicável para relações em curso sem opção de adaptação à nova lei.

Pensamos que a regra de inalterabilidade lesiva, inerente ao Direito do Trabalho, e instrumentalizada no art. 468 da CLT, não pode ser relativizada pelo art. 19-C da Lei n. 6.019/1974. O dispositivo da Consolidação estabelece a regra geral de que cláusulas do contrato de emprego não podem ser alteradas para fixar piores condições gerais de trabalho. Essa limitação somente é afastada nas expressas hipóteses legais e nos casos de flexibilização facultada pela Constituição Federal, mediante convenção ou acordo coletivo. A licitude das alterações está condicionada ao mútuo consentimento e ausência de prejuízos ao empregado, diretos ou indiretos.

Portanto, o ambiente de adequação oferecido pelo art. 19-C está limitado ao espaço que não importe piora das condições originárias.

5. Conclusões

As conclusões não podem se manter na simplicidade autoevidente da necessidade nacional de uma legislação mais clara para regras de terceirização, mas em análise sobre a adequação do que foi oferecido.

Trabalhadores temporários e terceirizados já possuem desvantagens em relação aos empregados diretos. Diversos estudos estatísticos demonstram que esses operários recebem salários menores, ficam mais tempo desempregados e têm maiores índices de acidentes laborais. A Lei n. 13.429/2017, transformadora da Lei n. 6.019/1974 no diploma geral de arregimentação

de trabalho no Brasil, tende a ampliar esse quadro e não oferece melhores condições de serviço, nem de garantias à satisfação dos históricos inadimplementos causados pelas empresas de trabalho temporário e terceirizado.

Também não há perspectivas de oferecimento de maior segurança jurídica em curto ou médio prazo. A lei inaugura novos conceitos indeterminados e não esclarece a exata extensão de direitos assegurados aos já precarizados trabalhadores terceirizados e temporários em relação aos empregados diretos do tomador de serviços. Muito menos apresenta solução prática para os milhares de contratos em curso.

O ambiente de insegurança é reforçado pelo avanço de outros projetos legislativos que atuam na mesma área de trabalho terceirizado e temporário. Esses projetos não se mostram nem asseguradores de direitos nem atuam na orientação constitucional de avanço do Direito do Trabalho.

Soma-se a perspectiva de discussão judicial sobre validade do processo legislativo que levou à Lei n. 13.429/2017 e as já profundas divergências acadêmicas sobre a extensão das alterações – que levarão a não menos intensas diferenças jurisdicionais.

Mais uma vez, apresenta-se à magistratura trabalhista a difícil tarefa de oferecer algum esclarecimento nos anos que virão.

6. Referências bibliográficas

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil*. São Paulo: LTr, 2012.

Vamos falar séria e honestamente sobre a Reforma Trabalhista?

Jorge Luiz Souto Maior^(*)

Resumo:

- Os que defendem a reforma dizem que estão a favor da criação de empregos e da modernização das relações de trabalho, mas só diz isso quem não leu o texto da reforma. A reforma não moderniza nem cria empregos, muito pelo contrário. Ao ampliar as possibilidades de ajustes individuais entre empregados e empregadores a reforma retoma a lei de locação de serviços, que vigorou no Brasil a partir 1830. Ao criar o trabalho intermitente, possibilitar a terceirização na atividade-fim das empresas e possibilitar a permitir a redução de direitos via negociação coletiva, notadamente no que se refere à ampliação da jornada de trabalho, a “reforma” impulsiona a transposição de empregos efetivos para empregos precários, com menor remuneração (e prejuízo para o consumo) e maior vulnerabilidade dos trabalhadores. A reforma trabalhista provoca, também, em paralelo, uma autêntica reforma previdenciária no sentido da privatização da Previdência Pública, ainda mais se considerarmos os dispositivos que excluem a natureza salarial de diversas formas de remuneração do trabalho, o que diminui consideravelmente as fontes de custeio da Previdência.

Abstract:

- Advocates of the Brazilian labor reform argue in favor of job creation and of modernization of labor relations. However, only those who have not read the text of the reform can support this argument. The reform does not modernize or create jobs, quite the opposite. By extending the possibilities of individual adjustments between employees and employers, the reform enables the return of the service leasing law, which first took place in Brazil in the 1830s. By allowing intermittent work, legalizing the outsource of companies' end-activities; and enabling the reduction of rights through collective bargaining — notably with regard to the extension of working hours — the “reform” drives the transformation of effective jobs into precarious jobs, with lower remuneration (and loss of consumption) and greater vulnerability of workers. Similarly, the labor reform also generates an actual reform in the pension fund system — in the sense of the privatization of public pension funds — even more if we consider the mechanisms that exclude the salary nature of

(*) Juiz do Trabalho, Titular da 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí. Professor Livre Docente de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

various forms of labor remuneration, which considerably reduces tax revenue, reducing necessary resources for public pension funds.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A CLT é velha
- ▶ 3. As normas trabalhistas são anacrônicas e obsoletas
- ▶ 4. A legislação trabalhista é rígida e não está adaptada aos novos tempos
- ▶ 5. O modelo sindical brasileiro é fascista
- ▶ 6. O custo do trabalho no Brasil é excessivo
- ▶ 7. Não se pode mais tratar o trabalhador como coitado
- ▶ 8. É preciso eliminar a insegurança jurídica
- ▶ 9. Os efeitos das reformas trabalhistas propostas
- ▶ 10. Referências bibliográficas

1. Introdução

Com base em alguns dados extraídos de obra recém-publicada⁽¹⁾, pretendo apresentar na sequência, em partes, argumentos contrários à reforma trabalhista que está sendo defendida por alguns e que representa, de fato, uma tentativa de reconduzir as relações de trabalho no Brasil ao século XIX.

Sob o manto da “modernidade”, os defensores da Reforma Trabalhista, que querem, inclusive, que ela seja promovida em caráter de urgência, deixando a entender que todos os problemas do país são culpa dos direitos trabalhistas e da Justiça do Trabalho que protegeria demasiadamente o trabalhador por meio de decisões “absurdas”, sendo que, com a reforma, todos esses problemas estariam, subitamente, resolvidos, apoiam-se nos seguintes argumentos: “*A CLT é velha*”; “*As normas trabalhistas são anacrônicas e obsoletas*”; “*A legislação trabalhista é rígida e não está adaptada aos novos tempos*”; “*O modelo sindical brasileiro é fascista*”; “*O custo do trabalho no*

Brasil é excessivo”; “*Não se pode mais tratar o trabalhador como coitado*”; e “*É preciso eliminar a insegurança jurídica*”.

Dizem que a Reforma é necessária para gerar os seguintes efeitos: a) aumentar a competitividade das empresas; b) acabar com o problema do desemprego; e c) favorecer as pequenas e médias empresas.

Mas basta que se examinem, uma a uma, as alterações propostas, para que se percebam as contradições dos argumentos que tentam justificar o projeto:

a) é vendido como moderno pelo propósito de afastar o Estado das relações de trabalho, mas o que se promove é uma intervenção direta e intensa do Estado em favor do empregador;

b) diz-se estar pautado pela suposta necessidade de uma regulação que atenda o interesse das partes, liberando, pois, o contrato, mas o que se faz é impor ao empregado várias condições precárias de trabalho;

c) sustenta-se que reflete a vontade da sociedade brasileira, mas alguém já viu alguma mobilização de trabalhadores pleiteando: Trabalho intermitente? Mais terceirização? Mais horas de trabalho? Menores salários?;

(1) O texto foi extraído da obra: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A história do Direito do Trabalho no Brasil*. Curso de Direito do Trabalho. vol. I – parte II. São Paulo: LTr, 2017.

d) fala-se que o objetivo é ampliar a força do sindicato, mas o projeto, expressamente, afasta o sindicato de diversas decisões importantes da vida dos trabalhadores na sua relação com o empregador;

e) argumenta-se que o propósito é aumentar o número de postos de trabalho, mas para isso o primeiro passo seria o de reduzir a jornada normal de trabalho, sem redução de salário e direitos, como propõe a PEC n. 89/2015, até hoje não votada pelo Congresso Nacional. Bem ao contrário, a pretensa “reforma” aumenta o número de horas de trabalho, autorizando supressão de intervalo e férias, o que somente contribui para a redução do número de postos de trabalho;

f) afirma-se que o projeto é bom para o empresário, mas a redução da possibilidade concreta de consumo e de fruição de feriados e mesmo de descansos remunerados, aliada à redução do salário, tende a provocar uma drástica redução do consumo interno, eliminando as supostas vantagens das micro e pequenas empresas, que são as que efetivamente empregam no país.

O projeto, de fato, se aprovado for:

- a) amplia a precarização;
- b) aumenta a exploração do trabalho;
- c) favorece apenas os grandes empregadores, intensificando suas possibilidades de maior lucro;
- d) fragmenta e fragiliza a classe trabalhadora e, nestas condições, a “liberta” para “aceitar” piores condições de trabalho;
- e) não gera empregos, muito pelo contrário;
- f) penaliza as micro e pequenas empresas, fragilizando-as ainda mais na sua relação comercial com as grandes empresas.

É preciso compreender, também, a incoerência entre as propostas de “reforma” trabalhista e as da reforma previdenciária. Dizem que a reforma previdenciária tem como pano de fundo a necessidade de maior arrecadação. Entretanto, a reforma trabalhista, especialmente

com o trabalho intermitente, a possibilidade de exploração do trabalho sem responsabilidade, a consideração de que um maior leque de verbas salariais passaria a ser indenizatória, entre outras previsões nocivas, implicará concretamente redução significativa da arrecadação para a Previdência Social.

De fato, não se trata de mera reforma trabalhista e sim de uma reformulação profunda no modo de ser social, que passa pela destruição das bases jurídicas do Estado de Direito brasileiro.

Difunde-se a ideia de que se está falando da alteração de uma legislação da década de 40, que estaria caduca, mas sabendo-se, como todos devem saber, que as leis do país estão regidas pela Constituição Federal, o que se está pondo em questão, portanto, no plano jurídico preciso, é a própria eficácia da Constituição de 88, que, ademais, relacionou expressamente os direitos dos trabalhadores, assim como lhes atribuiu a posição de direitos fundamentais. A pretensa “reforma” contraria o pacto firmado na Constituinte de 1987, sendo que o pior de tudo são as estratégias políticas que se têm utilizado para chegar a esse resultado, fazendo com que não estejam em risco apenas os direitos dos trabalhadores, mas a democracia e o Estado de Direito nacionais, repercutindo, pois, no cotidiano de todos, independentemente de seus crédulos ou ideologias, mas, claro, mais diretamente, e no sentido negativo, na vida dos trabalhadores.

Vejamos, de todo modo, de forma mais específica os equívocos históricos dos argumentos que sustentam a “reforma”.

2. A CLT é velha

Em geral, os questionamentos sobre os direitos trabalhistas têm em mira a CLT.

Insistem em dizer que a CLT, que regula as relações de trabalho no Brasil, é velha porque foi editada em 1943; que foi uma “dádiva” de Getúlio Vargas, inspirada na Carta del Lavoro; e que seus artigos são obsoletos ou anacrônicos.

Nada disso corresponde à realidade, no entanto.

Primeiro, há que se lembrar que a história normativa do Direito do Trabalho no Brasil tem início bem antes disso.

Pode-se consignar, de forma sintetizada, que a experiência legislativa em questão trabalhista, na Primeira República, foi bastante considerável, tendo início, em 1890, com o Decreto n. 1.313, de 17 de janeiro, que trouxe diversos dispositivos vedando o trabalho de menores de doze anos nas fábricas do Rio de Janeiro.

Podem ser citados, ainda: o Decreto n. 979/1903, sancionado pelo Presidente Rodrigues Alves, que facultava aos profissionais da agricultura e indústria rural organizarem-se em sindicatos; o Decreto n. 1.150, de 5 de janeiro, de 1904, que instituiu o privilégio para pagamento de dívidas provenientes de salário do trabalhador rural, tendo sido alterado, em 1906, por outro Decreto, de n. 1.607; o Decreto n. 6.532/1907, que regulamentou o pagamento de salários aos trabalhadores rurais; o Decreto n. 6.562, de 16 de julho de 1907, que tratou da inspeção de teatros e demais casas de diversões no Distrito Federal, “com dispositivos cuidando expressamente da duração do trabalho e garantias dos artistas e empregados”⁽²⁾; o Decreto n. 1.637, de 5 de janeiro de 1907, que possibilitou a criação de sindicatos profissionais no âmbito urbano e de sociedades cooperativas; de aplicabilidade restrita ao Distrito Federal, a Lei municipal n. 1.350, de 31 de outubro de 1911, sancionada pelo então prefeito, Bento Ribeiro, que fixou o horário de trabalho no comércio, “facultando aos estabelecimentos dessa natureza funcionarem, diariamente, num limite de 12 horas”⁽³⁾

(2) BITTENCOURT, Dario de. Das “ordenações filipinas” à criação do Ministério do Trabalho: a legislação social trabalhista brasileira anterior a 1930. Separata da *Revista Trabalho, Indústria e Comércio*, ano I, n. 2, 1932, set. 1938. Porto Alegre: Thurmman, 1938, p. 15.

(3) *Ibidem*, p. 16.

(segundo Dario de Bittencourt, que “Resultado de uma campanha de três anos da União dos Empregados no Comércio do Rio de Janeiro, tal lei possibilitou o surto de outras, em todos os Estados, principalmente nas capitais e cidades importantes”⁽⁴⁾); o Decreto n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919, que acolheu a tese da teoria do risco profissional, estabelecendo uma responsabilidade do empregador de indenizar o acidente do trabalho; o Decreto n. 16.027, de 1923, que criou o Conselho Nacional do Trabalho; o Decreto n. 4.682, de 23 de janeiro de 1923, que instituiu a Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados em empresas de estrada de ferro, prevendo vários direitos trabalhistas, dentre eles a estabilidade no emprego após dez anos de serviço; a Lei n. 4.982, de 24 de dezembro de 1925, que estabeleceu o direito de férias aos empregados e operários; e o Decreto n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, uma espécie de Código de Menores, que fixou regras específicas sobre o trabalho da criança.

Lembre-se, também, dos diversos dispositivos trabalhistas trazidos nas leis municipais de interesse sanitário, como, em São Paulo, o Código Sanitário, Decreto n. 233, de 2 de março de 1894, com 520 artigos que regulavam, dentre outras coisas, as condições sanitárias dos ambientes de trabalho, do trabalho noturno e infantil; e a Lei n. 1.596, de 1917, que reforçou muitos desses dispositivos e foi além.

Destaque-se, ainda, a instauração, em 16 de maio de 1919, da Comissão Especial de Legislação Social da Câmara dos Deputados, com o objetivo de, atendendo as obrigações assumidas pelo Brasil, no Tratado de Versalhes, realizar estudos voltados à elaboração de leis trabalhistas.

Em discurso, feito por ocasião da criação da referida Comissão, disse o Presidente Delfim Moreira: “Exercendo passageiramente o alto cargo de Chefe do Estado, nesta hora delicada

(4) *Ibidem*, p. 16-17.

em que, pela assinatura do Tratado de Versalhes, se criam direitos e deveres para o Brasil, entre estes — o da organização do Trabalho, com os consequentes necessários do solidarismo e constituição das uniões profissionais, — julguei, contudo, do meu dever pedir-vos que, por leis adequadas, sejam suprimidas as omissões de nossa legislação, de modo a torná-la harmônica com as conclusões da memorável Assembleia de Paz”.

Muitos foram os debates realizados na Comissão, dos quais resultaram inúmeras propostas de regulação das relações de trabalho e, por isso, quando se está pondo em debate a legislação trabalhista, com amplitude que se está falando agora, a leitura dos anais da referida Comissão apresenta-se como essencial.

Analisando o referido documento⁽⁵⁾, que contém três Volumes com cerca de 800 páginas cada, é possível verificar o quanto é equivocada a visão de que no Brasil o tema da legislação trabalhista só foi ventilado com a chegada de Getúlio Vargas ao poder, em 1930.

Nos dois primeiros volumes, inclusive, faz-se um levantamento histórico dos debates travados no Congresso Nacional acerca de projetos pertinentes à legislação trabalhista, ocorridos mesmo antes da criação da referida Comissão: Projeto Medeiros e Albuquerque, 1904 (indenizações de acidentes do trabalho); Projeto Graccho Cardoso, 1908 (indenizações de acidentes do trabalho); Projeto Wenceslau Escobar, 1908 (indenizações de acidentes do trabalho); Projeto Nicanor Nascimento, 1911 (regulamentação do contrato de locação de serviços entre patrões e empregados do comércio); Projeto Adolfo Gordo, 1915 e 1917, Substitutivo Prudente de Moraes, 1918; e Substitutivo Andrade Bezerra, 1918 (indenizações de acidentes do trabalho).

(5) Documentos Parlamentares — Legislação Social. Acidentes de trabalho — indenização — máximo de trabalho — condições de salários — contratos de locação de serviços no commercio. 1º Volume. Rio de Janeiro. Typ. do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C, 1919.

Em 13 de outubro de 1917, foi apresentado na Comissão de Constituição, Legislação e Justiça um substitutivo ao projeto de Código do Trabalho, que já havia sido apresentado em 1912 (Projeto n. 4 A), sob os considerandos de que era “urgente e da maior conveniência social procurar solução para o problema operário, estabelecendo disposições protectoras da situação econômica do operariado e garantidoras do direito dos patrões; mas considerando, que, sem termos ainda legislação adequada, susceptível de consolidação, tão útil reforma precisa ser feita prudentemente, sem radicalismos e largos surtos, restricta ao trabalho propriamente operário, prevenindo os riscos delle resultantes, e promovendo a devida reparação”(570).

Esse projeto de Código do Trabalho continha 107 artigos, regulando: contrato de trabalho e seus sujeitos; obrigações dos empregados e dos empregadores; regras de proteção ao salário, de nulidade e de rescisão contratual; jornada de trabalho fixada em oito horas, em seis dias da semana, reservando-se um para descanso, que seria o domingo, salvo convenção em contrário; idade mínima para o trabalho, 10 anos, com jornada máxima de 6 horas até os 15 anos de idade; limitações ao trabalho da mulher; trabalho noturno, considerado o que “se realiza entre o sol posto e o sol nato”; feriados — “descanso extraordinário” (1º de maio e 7 de setembro); horas extras, permitidas apenas em situações excepcionais de força maior, perigo ou acidente ou, ainda, conclusão de serviço inadiável; e indenização por acidente do trabalho, adotando-se a teoria do risco profissional, sendo relevante destacar que se destinava, na integralidade, também aos “operários da União, Estado ou município” (art. 3º).

É plenamente inapropriado, portanto, para dizer o mínimo, que, em 1917, ainda se reproduzam argumentos no sentido de que a legislação do trabalho foi criada por Vargas, com inspiração na Carta del Lavoro, e que foi imposta a partir de concepções que jamais tinham sido debatidas entre nós; ou mesmo

que a legislação trabalhista proteja, de forma desproporcional e indevida, o trabalhador, vez que isso representa um desconhecimento pleno da história.

Segundo, há que se dizer que as relações de trabalho no Brasil, atualmente, não são reguladas pela CLT de 1943.

Dos 921 artigos que constavam da CLT, em 1943, somente 625 diziam respeito aos direitos trabalhistas propriamente ditos, pois os demais regulavam o processo do trabalho.

Desses 625, apenas 255 não foram revogados ou alterados total ou parcialmente de maneira expressa por leis posteriores, editadas nos mais diversos governos; e 65 não foram recepcionados pela Constituição de 1988, como reconhece doutrina e jurisprudência, expressamente. Os 188 artigos restantes estão integrados a institutos que passaram, considerando o conjunto normativo, por diversas modificações.

A CLT, além disso, embora editada em 1943, não foi uma dádiva de Getúlio, pois a legislação trabalhista no Brasil começa a existir, no âmbito estadual, já nos primeiros anos da Primeira República e, em caráter nacional, de 1919 em diante. Vários foram, ademais, os direitos trabalhistas fixados em âmbito negocial, como conquistas concretas dos trabalhadores, decorrentes de greves, sobretudo antes de 1930.

E, do ponto de vista legislativo, os direitos trabalhistas que se aplicam nas relações de trabalho no Brasil atualmente não foram sequer criados pela CLT de 1943.

Além das leis acima citadas, são referências da CLT: a) conceitos jurídicos: Decreto n. 24.637/1934; Decreto-lei n. 2.122/1940; Decreto n. 5.493/1940; Lei n. 435/1937; Decreto n. 23.152/1933; Decreto n. 23.322/1933; Decreto n. 23.303/1933; Decreto n. 1.918/1937; Decreto n. 23.768/1934; Decreto-lei n. 1.843/1939; Lei n. 62/1935; Decreto n. 2.308/1940; Decreto-lei n. 5.429/1943; Decreto n. 21.417-A/1932; Decreto-lei n. 399/1938; Decreto-lei n. 4.373/1942; Decreto-lei n. 4.114/1942;

Decreto-lei n. 4.404/1941; Decreto-lei n. 3.070/1941; Decreto-lei n. 1.237/1939; Decreto n. 6.596/1940; Decreto-lei n. 3.616/1941; e Decreto-lei n. 2.028/1940; b) Carteira de Trabalho: Decreto n. 21.175/1932; Decreto n. 22.035/1932; Decreto-lei n. 2.308/1940; e Decreto n. 23.591/1933; c) limitação da jornada de trabalho: Decreto-lei n. 2.308/1940 e Decreto n. 23.152/1933; d) períodos de descanso: Decreto-lei n. 2.308/1940; e) salário mínimo: Lei n. 185/1936; Decreto-lei n. 399/1938; Decreto-lei n. 2.548/1940; e Decreto-lei n. 2.162/1940; f) proteção do trabalho da mulher: Decreto n. 21.417-A/1932; g) proteção do trabalho do adolescente: Decreto n. 17.934, de 12.10.1927; Decreto-lei n. 3.616/1941; h) contrato de trabalho: Lei n. 435/1937; Decreto n. 54/1934; e Decreto-lei n. 4.350/1942; i) remuneração: Decreto-lei n. 3.813/1941; Decreto-lei n. 65/1937; Decreto-lei n. 2.162/1940; e Decreto-lei 399/1938; j) estabilidade no emprego: Lei n. 62/1935; Decreto n. 4.682, de 23 de janeiro, de 1923; l) férias: Decreto n. 4.982, de 24 de dezembro de 1925; m) justa causa: Lei n. 108, de 11 de outubro, de 1837; Lei n. 62, de 5 de junho de 1935.

Depois de 1943, muitos direitos trabalhistas, por contextualização política, social e econômica diversa, foram sendo criados por várias outras leis: Descanso Semanal Remunerado (Lei n. 605/49); Vendedores, viajantes ou pracistas (Lei n. 3.207/57); 13º salário (Lei n. 4.090/62); FGTS (Lei n. 5.107/67); PIS (Lei Complementar n. 7/70); trabalho em atividade petrolífera (Lei n. 5.811/72); trabalho doméstico (Lei n. 5.859/72); trabalho rural (Lei n. 5.889/73); Férias de 30 (trinta) dias (Decreto-lei n. 1.535/77); Alimentação do trabalhador (Lei n. 6.321/76); Serviços no exterior (Lei n. 7.064/82); Vale-transporte (Lei n. 7.418/85); Mãe social (Lei n. 7.644/87); direito de greve (Lei n. 7.783/89); Pessoas com deficiência (Lei n. 7.853/89); PIS-PASEP (Lei n. 7.859/89); seguro-desemprego (Lei n. 7.998/90); regulação atual do FGTS (Lei n. 8.036/90); trabalho do

adolescente (Lei n. 8.069/90); atleta profissional (Lei n. 9.615/98); empregado público (Lei n. 9.962/00); participação nos lucros e resultados (Lei n.10.101/00); proteção ao idoso (Lei n.10.741/03); igualdade racial (Lei n.12.288/10); aviso prévio proporcional (Lei n.12.506/11); motorista profissional (Lei n.12.619/12, alterada pela Lei n. 13.103, de 2 de março de 2015); vale-cultura (Lei n.12.761/12).

Cumpra acrescentar que, juridicamente falando, o instrumento que regula as relações de trabalho no Brasil é, na verdade, a Constituição de 1988, pois nenhuma norma infraconstitucional pode contrariar a Constituição e esta, em seus arts. 7º a 9º, a partir do pressuposto de que as leis trabalhistas visam a melhoria da condição social dos trabalhadores, relacionou quais são os direitos trabalhistas, de modo que a legislação infraconstitucional anterior ou foi recepcionada pela Constituição e vale, ou não foi recepcionada, deixando, pois, de ter valor jurídico.

A CLT de 1943, portanto, já não existe no mundo jurídico há muito tempo, razão pela qual o argumento não tem como ser considerado.

3. As normas trabalhistas são anacrônicas e obsoletas

Para sustentar que a CLT — que nem existe mais, como já visto — é retrógrada, ou se limita a destacar a sua idade (de 73 anos), sem indicar qualquer ponto concreto para discussão, ou, quando se tenta trazer algum exemplo, pinçam-se, a dedo, algumas normas que ou já caíram em desuso, ou seja, que não são aplicadas, ou que, de fato, não geram nenhum custo adicional ao empregador, ou, ainda, que não se revertem em qualquer tipo de conflito nos tribunais.

Um dos críticos da CLT resolveu enfrentar o desafio de apontar as normas da CLT que seriam obsoletas e trouxe, no texto, “8 regras esquisitas que estão na CLT”⁽⁶⁾, os seguintes

(6) Disponível em: <<http://revistapegn.globo.com/Administracao-de-empresas/noticia/2016/07/8-regras-esquisitas-que-estao-na-clt.html>>.

exemplos: hora noturna — entre 22h de um dia e 5h do dia seguinte — de 52 minutos e 30 segundos (art. 71, SIC); obrigatoriedade de concessão de férias em um único período para os empregados com 50 anos de idade; direito das empregadas ao descanso de 15 minutos entre a jornada regular de trabalho e o início da hora extra (art. 384, da CLT); prazo prescricional de dois anos para propor reclamações trabalhistas; tempo de 10 minutos de tolerância para entrar e sair da empresa; ultratividade dos acordos e convenções coletivas; obrigatoriedade para a marcação do ponto na empresa.

Vejamos um a um.

— hora noturna reduzida: primeiro, o artigo que traz essa regulação não é o 71 e sim o 73 e quem regula a situação específica da hora noturna reduzida é o § 1º do art. 73. Segundo, previsão neste sentido já constava no art. 13, do Decreto-lei n. 2.308, de 13 de junho de 1940. Terceiro, o teor do § 1º do art. 73, foi revitalizado pelo Decreto-lei n. 9.666, de 28 de agosto de 1946, já no governo Dutra, e foi editado, segundo consta dos considerandos do Decreto-lei, para dirimir dúvidas de interpretação e aplicação.

Vargas e o “fascismo”, portanto, já não tem mais nada a ver com essa regulação.

Além disso, ela não traz nenhum problema técnico ao empregador e busca atender, concretamente, o preceito constitucional de que a remuneração do trabalho noturno deve ser superior à do diurno (CF-1946, art. 157, III; CF-1988, art. 7º, IX). Aliás, partindo do pressuposto, determinado por outra norma, o *caput* do art. 73, de que o trabalhador tem direito a um adicional de 20% sobre a hora noturna, a convenção de que o trabalho noturno é aquele realizado entre às 22h de um dia e às 5h do dia seguinte serve para diminuir o alcance das horas noturnas no cômputo total das horas de um dia, e, neste contexto, a ficção de que a hora noturna é de 52’ e 30” tem a função matemática de criar a ficção de que no horário em questão foi cumprida uma jornada de oito horas e,

com isso, embora permita que o trabalhador receba o adicional noturno sobre 8 horas e não 7, também faz com que o salário-hora do trabalhador (respeitado o salário mínimo, obviamente), que é base para o pagamento de horas extras, por exemplo, seja reduzido, pois o empregado recebe por sete horas efetivamente trabalhadas, mas seu salário-hora é calculado por um divisor que considera ter havido 08 horas de trabalho.

Claro que para as empresas em que se exerça atividade também durante o dia esse efeito se perde, na medida em que não pode haver diferença de salário para igual trabalho na mesma empresa e, ademais, conforme prevê a Constituição de 1988, a remuneração do trabalho noturno deve ser superior ao do diurno (art. 7º, IX), já regulado dessa forma desde a Constituição de 1946 (art. 157, III), mas a regulação não é mera esquisitice do legislador.

Certo que poderia ser regulado de forma diferente, mas não se tem aí um problema que trava o funcionamento das empresas, não havendo, propriamente, questionamento jurídico relevante a respeito.

— férias em um único período para empregados com 50 anos de idade: trata-se de previsão contida no § 2º, do art. 134, da CLT. Esse dispositivo já constava da CLT, em sua redação originária (§ 2º, art. 136), mas sua base é o Decreto n. 23.103/33. Além disso, a previsão foi reafirmada, em 1977, pelo Decreto-lei n. 1.535, que reformulou todo o Capítulo da CLT referente às férias.

Então, novamente, nem Vargas nem o “fascismo” não têm nada a ver com isso.

De todo modo, não se trata de preceito que gere maiores problemas ao empregador e se é possível dizer que hoje em dia a norma prejudica o empregado maior de 50 anos de idade que queira parcelar suas férias, em 24 anos de magistratura, fazendo audiências quase que diariamente, e já tendo apreciado, por baixo, mais de 50.000 processos, nunca me deparei com uma demanda de um empregado, maior de

50 anos, que tenha pedido ao seu empregador tal parcelamento e, depois, reclamado em juízo, alegando o descumprimento da lei por parte do empregador, no aspecto em questão.

— direito das empregadas ao descanso de 15 minutos entre a jornada regular de trabalho e o início da hora extra (art. 384, da CLT): a questão não é mera esquisitice, tanto que está sendo debatida no STF (RE 658.312) e os posicionamentos têm sido bastante conflitantes. Em 27 de novembro de 2014, o relator Ministro Dias Toffoli declarou que o art. 384, da CLT, foi recepcionado pela Constituição de 1988. A decisão foi anulada, posteriormente, por suposto vício processual. Voltou a julgamento no dia 14 de setembro de 2016, mas foi retirada de pauta, em virtude do pedido de vista do Min. Gilmar Mendes, ficando a indicação de que a decisão anterior será revista. Na mesma sessão, a Ministra Cármen Lúcia fez um pronunciamento de alta relevância para uma melhor compreensão da realidade para além das formalidades jurídicas. Referindo-se ao seu voto anterior e sobre o pedido de vista no Ministro Gilmar Mendes, que considerava necessário verificar alguma pesquisa para saber se a aplicação da lei gerava, ou não, alguma discriminação para as mulheres no mercado de trabalho, a Ministra disse:

Votei como juíza que sou e com a racionalidade que a função impõe. Eu acho que não preciso muito dos dados de literatura, eu preciso só da experiência da minha vida e de todas as mulheres com quem eu convivo para saber que neste caso discriminatório é a gente desconsiderar que temos diferenças na sociedade e uma cultura em que sim é preciso que aja a adoção desse tipo de providência ainda e que o fato de o legislador — o fato não porque é direito — mas o legislador ter tomado essa decisão foi baseado num quadro social que continha a prevalecer grandemente e há tanta discriminação contra mulher ao contrário do que aqui foi dito “não temos mulheres conduzindo *boings*”,

“mulheres isso e aquilo”, a simples referência disso já demonstra discriminação porque ninguém fala que tinha um homem sentado aqui desde 1828 neste Supremo Tribunal de Justiça e que isso era novidade. É o fato de continuar a ter discriminação contra a mulher que nos faz realmente precisar ainda de determinadas ações que são positivas. Se fosse igual ninguém estava falando. Uma vez em um dos julgamentos aqui sobre a anencefalia eu me lembro do voto do Ministro Carlos Brito que disse “sabe por que estamos discutindo essa questão? Porque quem faz a lei é o homem e quem fica grávida é a mulher.” Só por isso. Fosse outra realidade ninguém estava discutindo. Então, há sim discriminação contra a mulher. Há sim discriminação mesmo nos casos nossos de juízas que conseguimos chegar a posição de igualdade. Há sim enorme preconceito contra nós mulheres em todas as profissões. Eu convivo com mulheres que o tempo todo são discriminadas...

Trata-se de uma conquista da classe trabalhadora que, portanto, dentro do pressuposto necessário da igualdade de gêneros, deve conduzir à aplicação da norma também para os homens e não excluí-la, até porque, aplicando-se os termos precisos da Constituição Federal, as horas extras habitualmente prestadas constituem uma ilegalidade, permitindo-se, apenas, o “serviço extraordinário”, ou seja, o trabalho além da jornada normal praticado excepcionalmente, com adicional de, no mínimo, 50%. Neste contexto, o descanso de 15 minutos constitui, inclusive, norma essencial tanto de limitação das horas extras, quando de preservação da saúde da trabalhadora e do trabalhador.

— prazo prescricional de dois anos para propor reclamações trabalhistas: esta suposta “esquisitice da CLT”, de fato, está assegurada na Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XXIX).

A pertinência da norma é extremamente relevante, pois é fator de equilíbrio das relações e

impede que supressões de direitos se tornem definitivas pelas impossibilidades materiais dos trabalhadores em proporem as ações. Aliás, em se tratando de direitos fundamentais, o devido é que sequer houvesse prescrição e se alguma alteração pudesse ser aventada na Constituição Federal a respeito, o deveria ser no sentido de ou afastar completamente a prescrição quinquenal ou ampliá-la para 20 (vinte) anos ou mais... Não se esqueça que para o cumpridor do direito a prescrição não amplia ou preserva seus interesses, favorecendo apenas, portanto, ao mal pagador.

— tempo de 10 minutos de tolerância para entrar e sair da empresa: a regulação à qual o “especialista” em relações de trabalho se refere está longe de ser uma norma da CLT de 1943. De fato, a norma foi criada em 2001, pela Lei n. 10.423, de 19 de junho, que acresceu o § 1º ao art. 58 da CLT, contendo esta previsão. O objetivo do artigo, aliás, foi “furtar” dos trabalhadores o efetivo direito à limitação da jornada em oito horas, fazendo com que os problemas organizacionais do empregador, no que se refere ao tempo de entrada e saída do trabalho, fossem suportados pelos trabalhadores, contrariando toda a lógica do Direito do Trabalho, no sentido de que cabe ao empregador a assunção dos riscos do negócio.

E o “especialista” considera que conferir ao empregador 10’ da vida do empregado é pouco. No entanto, conforme definido no processo n. 0013259-04.2015.5.15.0096, um empregador que tenha 60.000 empregados, pagando salário de R\$ 1.918,00, com a não remuneração da “migalha” de 10 minutos diários a cada um de seus empregados, em 3 anos e oito meses, embolsa a pequena quantia de R\$ 171.864.000,00 (cento e setenta e um milhões, oitocentos e sessenta e quatro mil reais).

— ultratividade dos acordos e convenções coletivas: não existe qualquer norma na CLT que estabeleça a ultratividade. Norma neste sentido foi introduzida, em 23 de dezembro de 1992, pela Lei n. 8.542, que

criou e regulou a “política nacional de salários”, não atendia esses propósitos, pois referida lei, embora tenha estabelecido o fundamento da livre negociação coletiva, o fez dentro do contexto do princípio da irredutibilidade (§ 1º do art. 1º)⁽⁷⁾ e que “As condições de trabalho, bem como as cláusulas salariais, inclusive os aumentos reais, ganhos de produtividade do trabalho e pisos salariais proporcionais à extensão e à complexidade do trabalho, serão fixados em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, laudo arbitral ou sentença normativa, observadas dentre outros fatores, a produtividade e a lucratividade do setor ou da empresa” (§ 2º), que foi, inclusive, o parâmetro adotado durante todo o governo FHC, a partir de 30 de junho de 1995, com a edição da Medida Provisória n. 1.053 (Plano Real), que foi reeditada 72 vezes, até ser convertida na Lei n. 10.192, de 14 de fevereiro de 2001.

A jurisprudência, durante algum tempo, deixou de conferir aplicabilidade a este dispositivo, ainda que desde 2004, por disposição expressa da Emenda Constitucional n. 45, já se tivesse estabelecido a garantia aos trabalhadores de que as sentenças normativas proferidas em Dissídio Coletivo deveriam preservar “as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente” (§ 2º, art. 114), até que, enfim, em 14 de setembro de 2012, o TST alterou o teor da Súmula n. 277, para acolher o princípio da ultratividade e de forma mitigada, considerando que a integração das normas de convenção e acordos coletivos não se integravam de forma definitiva aos contratos individuais de trabalho, admitindo, pois, que possam “ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”. Ocorre que em 14 de outubro de

2016, o Ministro Gilmar Mendes, na Medida Cautelar para Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 323, em decisão com 57 laudas, atendendo ao pedido da Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino — CONFENEN, determinou “a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas”.

Ou seja, a tal ultratividade, citada pelo “especialista” em questão, que seria, na sua visão, uma esquisitice da CLT de Vargas, de 1943, nunca teve vigência concretamente na realidade jurídica brasileira, e, em sua forma mitigada, só teve vigor de setembro de 2012 a outubro de 2016.

— obrigatoriedade para a marcação do ponto na empresa: o nosso “especialista” sugere que o empregado, mesmo trabalhando em casa, deve ir ao estabelecimento do empregador anotar o cartão de ponto, mas não há um só artigo na CLT, ou de lei posterior, que estabeleça essa obrigação, ficando, pois, impossível tentar estabelecer um contraponto.

Talvez o “especialista” esteja se referindo ao artigo 74 e seus parágrafos, mas o que está dito ali é exatamente o contrário do que sugere:

“Art. 74. O horário do trabalhador constará de quadro organizado conforme modelo expedido pelo Ministério do Trabalho, e afixado em lugar bem visível. Esse quadro será discriminativo no caso de não ser horário único para todos os empregados de uma mesma seção ou turma.

1º O horário de trabalho será anotado em registro de empregados com a indicação de acordos ou contratos coletivos porventura celebrados.

§ 2º Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme

(7) “As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho.”

instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso. (Alterado pela Lei n. 7.855-1989)

§ 3º Se o trabalho for executado fora do estabelecimento, o horário dos empregados constará, explicitamente de ficha ou papeleta em seu poder, sem prejuízo do que dispõe o §1º deste artigo.”

4. A legislação trabalhista é rígida e não está adaptada aos novos tempos

Os argumentos baseados na necessidade de “modernização” da legislação trabalhista já perderam a novidade há muito tempo.

Em 1957, o professor Pinto Antunes, em aula inaugural dos cursos jurídicos da Faculdade de Direito da USP, com o título: “O Robô e as consequências econômico jurídicas de sua utilização”⁽⁸⁾, já falava da necessidade de se modernizar a legislação do trabalho, querendo fazer crer que esta legislação, que nunca tinha sido ainda de fato aplicada, já tinha causado vários danos à economia, em razão de ter se estendido demais e dos custos que teria gerado:

O Direito do Trabalho, de princípio de ordem, passou a fator de desequilíbrio, porque em contradição com as exigências irremovíveis das leis do preço que regem a produção. O direito legislado se contrapõe à necessidade econômicas. A crise da economia traz a crise do direito. A ordem econômica, abalada nos seus alicerces, ameaça levar na sua queda a própria ordem jurídica que condiciona.⁽⁹⁾

Na década de 1960, quando o desmonte da legislação trabalhista foi iniciado com a eliminação da estabilidade em troca do FGTS,

(8) ANTUNES, José Pinto. O “Robot” e as consequências econômico jurídicas da sua utilização. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 52, p. 250-260, 1957. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66272/68882>>. Acesso em: 8 mar. 2016.

(9) *Idem*.

Octavio Bueno Mago, em artigo publicado na edição de maio/junho de 1966 da *Revista LTr* (“Revisão da estabilidade”, p. 273-283), assim se pronunciou:

A maioria das críticas feitas ao Projeto não se dirigem propriamente a ele resolvendo-se, ao contrário, numa apologia sentimental da estabilidade, ou na condenação de sua supressão, que nele absolutamente não se preconiza. Essa falta de objetividade atraiçoa, em muitos casos, o propósito de atingir, por razões políticas, os que o apadrinham e não o que nele se contém.

(...)

Num país como o Brasil, o grande objetivo a ser alcançado é o da maximização da taxa de desenvolvimento. Só o desenvolvimento econômico poderá propiciar efetiva melhoria das condições de vida da população.

Na perseguição de tal objetivo, há dois instrumentos fundamentais: a *poupança* e a *produtividade*.

(...)

No Projeto em análise estão presentes os referidos instrumentos de progresso: a *poupança* e a *produtividade*. (...) A conversão do *Projeto* em lei será, pois, um fator de desenvolvimento econômico e social, a ser por todos desejado.

Nos anos 1970, já sob a influência do neoliberalismo que se consolidava em âmbito mundial, tem-se a oportunidade para a difusão de doutrinas que reproduziam fortes ataques ao Direito do Trabalho. A propósito, registre-se a publicação, no início da década de 1970, da tese de livre-docência de Otacvio Bueno Magano, que já falava de “*novas tendências do direito do trabalho*”, colocando em questão o princípio protetor do Direito do Trabalho e justificando a redução de direitos.

O Editorial da *Revista LTr* de abril de 1987 traz em destaque a discussão em torno da necessidade da adoção de métodos extrajudiciais para a solução de conflitos trabalhistas, fazendo

menção expressa ao teor da palestra proferida pelo Ministro Marcelo Pimentel, Presidente do TST, proferida em Congresso jurídico, em março/1987, no qual refere à necessidade de modernização do Direito do Trabalho:

Em segundo plano, mas também de caráter urgente e inadiável, repousam as modificações estruturais, de conteúdo mais profundo e caráter perene. Aqui, cogita-se de transformações e melhorias que se iniciam por uma reelaboração do Direito do Trabalho modernizando o direito material consolidado, subtraindo-lhe o anacronismo...⁽¹⁰⁾

A modernização preconizada pelo Ministro não era, é verdade, no sentido de uma redução de direitos para melhorar a competitividade das empresas frente aos desafios internacionais e sim com vista a um Pacto Social, que partia da ideia central de uma melhor distribuição da renda produzida, exortando os capitalistas a abrirem mão de seus privilégios e os trabalhadores a um espírito de colaboração e responsabilidade.

De todo modo, a fissura aberta pela defesa da modernização, partindo do pressuposto de que a legislação era arcaica, dá margem ao avanço da ideia de desmonte do Direito do Trabalho e da própria Justiça do Trabalho. Em complemento ao edital referido, a Revista publica artigo de Edy de Campos Silveira, retomando o tema da arbitragem: “Contribuição e elaboração de um anteprojeto de lei dispendo sobre ‘a arbitragem facultativa na solução dos conflitos individuais do trabalho’.”⁽¹¹⁾

Ao final da década de 1980, a doutrina trabalhista acabou sendo a responsável pela disseminação da teoria neoliberal no Brasil.

O texto de Cássio Mesquita Barros Jr., publicado em setembro de 1987, é a demonstração explícita da presença do neoliberalismo no meio jurídico trabalhista bem antes do período admitido enquanto tal pela historiografia.

Diz Mesquita:

A flexibilização econômica e social parece ser a mais importante questão das economias europeias atingidas pela crise internacional. No conjunto das formas institucionais e jurídicas, relativas às relações de trabalho, é o meio privilegiado de lutar contra os sistemas rígidos que engendram custos insustentáveis na competição internacional.⁽¹²⁾

Quando a CLT completou 50 anos, em 1993, aproveitou-se da oportunidade, buscando o apelo do tempo, para expressar que a CLT, sendo “velha”, estava desatualizada. Como se sustentou:

Convenhamos: a CLT e a Justiça do Trabalho têm mais de 50 anos. Elas foram criadas para um mundo fechado e para uma economia protegida contra as agressões do processo competitivo.⁽¹³⁾

Claro, não se disse nada sobre a “velhice”, digamos assim, do Código Civil de 1916, que regia as relações civis à época, ou do direito de propriedade, que, para muitos, remonta ao Código de Hamurabi (1772 a.C.).

Em 1994, Luiz Carlos Amorim Robortella escrevia a obra, “*O moderno Direito do Trabalho*”, que, no fundo, preconizava o fim do Direito do Trabalho, no que foi acompanhado pelo conteúdo de diversos artigos escritos por Arion Sayão Romita, compilados em obra publicada em 2003, com o sugestivo título, “*O princípio da proteção em xeque*”.

(10) PIMENTEL, Marcelo. Palestra proferida no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, realizado em Fortaleza, em março de 1987. In: Editorial da Revista LTr 51-4/87.

(11) SILVEIRA, Edy de Campos. Contribuição e elaboração de um anteprojeto de lei dispendo sobre a ‘arbitragem facultativa na solução dos conflitos individuais do trabalho’. Revista LTr 1-4/393.

(12) BARROS JR., Cássio Mesquita. Impacto das novas tecnologias no âmbito das relações individuais do trabalho. Revista LTr 51-9/1.045-1.056.

(13) PASTORE, José. *Relações de trabalho numa economia que se abre*. Palestra realizada no Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr, 4 nov. 1996. In: PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997. p. 93.

E como preconizava, à época, um dos principais porta-vozes dessa corrente: “Convenhamos: a CLT e a Justiça do Trabalho têm mais de 50 anos. Elas foram criadas para um mundo fechado e para uma economia protegida contra as agressões do processo competitivo.”⁽¹⁴⁾

Em 1997, esse mesmo autor preconizava, inclusive, que o emprego ia acabar:

Já há sinais disso. O mundo do futuro está nascendo completamente diferente do atual. Tudo indica que, **daqui a uns dez anos**, a grande maioria das pessoas trabalhará não mais em empregos fixos, mas como autônomos, em projetos que têm começo, meio e fim.⁽¹⁵⁾

E como ficarão as licenças, férias e aposentadoria? Já nas primeiras décadas do próximo milênio, isso vai virar peça de museu porque, no novo mundo do trabalho, desaparecerá a relação de subordinação entre empregadores e empregados. Isso ocorrendo, desaparecerá quem conceda licenças, férias e aposentadoria.⁽¹⁶⁾

Na onda das previsões, e sem se importar muito com a coerência de se colocar em defesa de um modelo assumido, nas entrelinhas, como inviável para a sociedade, já que benéfico apenas para alguns poucos, apresentando um cenário apocalíptico⁽¹⁷⁾, chegou mesmo ao ponto do grotesco:

Para você que é jovem e gosta de estudar, está aí um “kit de sobrevivência” para enfrentar o desemprego estrutural. Ouça bem os sons do futuro. Eles já estão anunciando: trabalhadores do mundo, eduquem-se! Leis do mundo, flexibilizem-se.⁽¹⁸⁾

E esses ataques não ficaram no papel. Foram, obviamente, acatados pelo poder econômico e se reverteram, a partir de meados da década de 1960, em iniciativas legislativas voltadas, exatamente, à tal “modernização” das relações de trabalho

Advieram, por influência dessas ideias, sucessivos mecanismos de flexibilização: parcelamento do pagamento do 13º salário (Lei n. 4.749, de 13 de agosto de 1965); regulamento Lei n. 4.749, que estabeleceu a fórmula válida até hoje do parcelamento do 13º: 1ª metade entre fevereiro e novembro e a 2ª metade até o dia 20 de dezembro (Decreto n. 57.155, de 3 de novembro 1965); permissivo da redução de salários por decisão judicial (Lei n. 4.923/65); representação comercial: primeira fissura no conceito de subordinação (Lei n. 4.886/65); fim da estabilidade no emprego (Lei n. 5.107/66 — FGTS); introdução da noção de ato inseguro da vítima nos acidentes do trabalho (Decreto-lei n. 229/67); contrato de safra (Lei n. 5.889/1973); abertura da porta para a intermediação de mão de obra — terceirização (Lei n. 6.019/74); contrato de estágio — sem vínculo empregatício (Lei n. 6.494/77); vendedor ambulante — sem vínculo empregatício (Lei n. 6.586/78); contrato do vigilante (Lei n. 7.102/1983); limitação ao exercício do direito

conhecimentos de um campo para outro. Será um tempo para quem souber se comunicar, trabalhar em grupo, aprender várias atividades, etc. Será a era da polivalência; da multifuncionalidade; das famílias de profissões.” (PASTORE, José. O futuro do emprego. Artigo publicado no *Jornal da Tarde*, em 20 dez. 1995. In: PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997. p. 25).

(18) PASTORE, José. O futuro do emprego. Artigo publicado no *Jornal da Tarde*, em 20 dez. 1995. In: PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997. p. 25.

(14) PASTORE, José. Relações de trabalho numa economia que se abre. Palestra realizada no Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho, São Paulo: LTr, 4 nov. 1996. In: PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997. p. 93.

(15) PASTORE, José. O futuro do emprego. Artigo publicado no *Jornal da Tarde*, em 20 dez. 1995. In: PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997. p. 23.

(16) PASTORE, José. A morte do emprego. Artigo publicado no *Jornal da Tarde*, em 15 set. 2004. In: PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997. p. 21.

(17) “Quem sobreviverá nesse novo mundo? Terão mais chances os que puderem continuar acompanhando o ritmo da revolução tecnológico-organizacional. Os que forem educados e não meramente adestrados. O novo mundo vai exigir capacidade de criar e transferir

de greve constitucionalmente assegurado (Lei n. 7.783/89); terceirização no setor público (Lei n. 8.031/90); terceirização na atividade-meio (1993 — Súmula n. 331 do TST); cooperativas de trabalho – sem vínculo empregatício (Lei n. 8.949/94); denúncia da ratificação da Convenção n. 158 da OIT, em 23 de dezembro de 1996, pelo Poder Executivo (Decreto n. 2.100); reforço da terceirização no setor público (Lei n. 9.491/97); trabalho em campanha eleitoral – sem vínculo empregatício (Lei n. 9.504/97); contrato provisório, com redução do FGTS para 2% (Lei n. 9.601/1998); banco de horas (Lei n. 9.601/1998); trabalho voluntário – sem vínculo empregatício (Lei n. 9.608/98); trabalho a tempo parcial (Medida Provisória n. 1.952-18, de 9 de dezembro de 1999); negação da natureza salarial do montante pago e instituição da mediação e arbitragem de ofertas finais, para a solução dos conflitos coletivos de trabalho (Lei n. 10.101/00); alteração do art. 458 da CLT, para afastar a natureza salarial de diversas parcelas recebidas pelo empregado (Lei n. 10.243/01); lei do “primeiro emprego” — com incentivos fiscais para empresas que aumentassem o número de empregados jovens (Lei n. 10.748/03); desconto em salário em virtude de empréstimo bancário (Lei n. 10.820/03); recuperação judicial, que retirou do crédito trabalhista (superior a 250 salários mínimos) o caráter privilegiado com relação a outros créditos e tentou eliminar a figura da sucessão trabalhista (Lei n. 11.101/05); permissão às microempresas e empresas de pequeno porte para, por meio de negociação coletiva, estipular o tempo médio gasto pelo empregado, quando o local de trabalho for de difícil acesso ou não servido por transporte público e o empregador fornecer a condução (Lei Complementar n. 123/06, acrescento o § 3º ao art. 58 da CLT); contrato de estágio – mantida a ausência de vínculo empregatício (Lei n. 11.788/08); trabalho avulso – sem vínculo empregatício (Lei n. 12.023/09); nova regulamentação das cooperativas de trabalho, mantendo a ausência de vínculo empregatício

(Lei n. 12.690/12); instituição da Política Nacional de Participação Social (PNPS), ao qual se acoplou projeto de lei que visa a criação de um Sistema Único do Trabalho (SUT), que, de forma sutil, retomou a ideia embutida na Emenda 3, de negar o caráter de indisponibilidade da legislação trabalhista (Decreto n. 8.243/14); ampliação das exigências para aquisição dos benefícios da pensão por morte e seguro-desemprego (MPs 664 e 665/14, revertidas nas Leis ns. 13.134/15 e 13.135/15); retrocessos na lei dos motoristas (Lei n. 12.619/12), impostos pela Lei n. 13.103/15; resistência à equiparação dos direitos dos trabalhadores domésticos aos demais trabalhadores prevista na EC n. 72/13 (Lei Complementar n. 150/15); Política de Proteção ao Emprego, por meio da redução temporária, em até trinta por cento, da jornada de trabalho dos empregados, com a redução proporcional do salário (art. 3º) (MP n. 680/15, convertida na Lei n. 13.189/15); ampliação das possibilidades de autorização do empregado (e também segurados do INSS e servidores públicos federais) para desconto direto em seu salário (em até 30%), com menção expressa, desta feita, às dívidas de cartão de crédito (no limite de 5%), além de passar a permitir que o desconto também se dê nas verbas rescisórias, o que, antes, estava vedado (MP n. 681/15, convertida na Lei n. 13.172/15).

O argumento de que as leis trabalhistas são rígidas e ultrapassadas, portanto, não é novo e não foram poucas as experiências legislativas no sentido da flexibilização e da redução de direitos, sendo certo que o efeito concreto dessa estratégia foi que não houve solução do problema do desemprego, tendo apenas servido para aumentar o sofrimento da classe trabalhadora e favorecido ao processo de acumulação de riqueza, o que explica, inclusive, o forte movimento grevista ocorrido ao final da década de 1970.

Como a solução dos problemas econômicos passou a ser pensada apenas a partir do pressuposto da necessidade de reduzir custos por

meio da retirada de direitos trabalhistas, ao se verificar que os dados econômicos continuavam ruins ou até piores, vez que a estratégia retira do consumo uma parcela cada vez maior da população, viu-se, a cada ciclo de crise, diante da necessidade de propor nova redução de direitos, o que só fez agravar os problemas econômicos e sociais, a não ser, é claro, para o grande capital que não depende do mercado interno para o consumo de seus produtos e do setor financeiro, o qual, bem ao contrário, se vê favorecido com o aumento da corrida da população empobrecida aos financiamentos bancários.

Na linha recessiva de ganhos, atingimos o ponto trágico de os trabalhadores se verem obrigados a pleitearem empréstimos até para aquisição de bens essenciais à sobrevivência⁽¹⁹⁾ (o que foi incentivado pelas Leis ns. 10.820/03 e 13.172/15, acima citadas). Não é à toa, pois, que a dívida interna do Brasil é uma das mais altas do mundo, enquanto que a concentração de riqueza só aumenta⁽²⁰⁾.

Portanto, já chegamos ao fundo do poço.

Que redução querem mais?

5. O modelo sindical brasileiro é fascista

Muito se fala, ainda, do anacronismo da organização sindical brasileira, que ainda seria aquela prevista na CLT, de 1943, de origem fascista, que atrelou o sindicato ao Estado.

Mas, como já visto em outro texto, em 1903 e, posteriormente, em 1907, já se busca regular o sindicato, tomando-o como um facilitador da atividade econômica.

No art. 8º do Decreto de 1907, fazia-se menção expressa à relação entre o capital e o trabalho, reconhecendo-se como representante

legal a entidade que agregasse a “classe integral dos homens do trabalho”, negando, pois, a divisão de classes. A entidade sindical deveria se constituir com “o espírito de harmonia entre patrões e operários”.

A regulação varguista, realizada, inicialmente, em 1931, Decreto n. 19.770, de 19 de março, foi neste mesmo sentido, que tinha como objetivo, tal como as leis anteriores, diminuir a influência do operariado estrangeiro, que já havia se organizado em sindicatos com formação socialista, comunista ou anarquista.

Essa vinculação estava, por certo, preconizada na *Carta del Lavoro*, de 1927. No entanto, também a fazia a lei francesa da época, que nenhuma relação possuía com o fascismo. Além disso, em outros países, onde também imperava a lógica liberal, o que havia era uma grande luta para inviabilizar a atuação dos sindicatos. No Brasil, como em outros países, a lei reprimia a ação sindical.

Esse atrelamento, inclusive, foi apoiado pelo setor industrial, que, no momento presente, usa retoricamente esse dado, extraído do contexto histórico, para expressar uma crítica generalizada à legislação do trabalho.

E o tema, além disso, é bastante complexo, pois se os sindicatos já existiam, viviam à margem da legalidade e em muitas regiões do Brasil não tinham a menor chance de se estabelecerem sem uma vinculação estatal. Na realidade escravista brasileira, de poder regionalizado, estabelecido a partir da regra do coronelismo, os sindicatos, em muitas regiões, “só se tornaram possíveis com o apoio do Exército, contra a violência de governos e polícias estaduais, de prefeitos e empregadores e até de autoridades religiosas”⁽²¹⁾.

Como explica Leôncio Martins Rodrigues: “Tomando por base o ano de 1930, o número de sindicatos aumentou mais de três até 1939.

(19) Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/01/brasileiro-esta-se-endividando-por-causa-da-conta-do-supermercado.html>>.

(20) Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/10/concentracao-de-renda-cresce-e-brasileiros-mais-ricos-superam-74-mil.html>>.

(21) José Augusto Ribeiro. *A Era Vargas*. Volume 1: 1882-1950: o primeiro governo Vargas. Rio de Janeiro: Casa Jorge Editorial, 2001. p. 103.

A tendência foi a formação de sindicatos fora da área do Rio e São Paulo, que contava, em 1934, com 44% do total de sindicatos, passando para 21% em 1939. A ação governamental favoreceu a criação de sindicatos nas regiões mais atrasadas do país. Em 1945, no final do Estado Novo, existiam no Brasil 873 sindicatos de empregados registrados no Ministério do Trabalho.”⁽²²⁾

De todo modo, o importante a destacar aqui é que o que rege a organização sindical brasileira atualmente não é mais a legislação editada por Vargas, que já não era uma criação original e uma simples cópia da *Carta del Lavoro*.

Em 1946, logo após a saída de Getúlio do poder, o governo provisório de José Linhares, mesmo com mandado extremamente curto, promoveu mudança radical na CLT, por meio do Decreto n. 8.740, de 19 de janeiro.

Por esse decreto foi alterada toda a regulamentação da organização sindical da CLT, estabelecendo-se a liberdade sindical.

Mas a vigência de tal Decreto não durou muito. Com o advento do governo Dutra, o Decreto-lei n. 8.987-A, de 15 de fevereiro de 1946, revogou o Decreto 8.740/46 e revigorou os termos da CLT.

Assim, embora se possa dizer que a organização sindical brasileira, com natureza corporativa, tenha sido implementada por Vargas em 1931 (e não a partir de 1943), a sua vigência, de 1946 em diante, passa a estar ligada aos interesses do governo militar e da elite da classe empresarial brasileira, não podendo, pois, continuar sendo atribuída a Vargas.

Por meio da Lei n. 1.667, de 1º de setembro de 1952, o próprio Vargas, em companhia do Ministro do Trabalho, Segadas Viana, revogou, expressamente, vários dispositivos da CLT, ampliando a liberdade de organização sindical.

(22) *Apud* José Augusto Ribeiro. *A Era Vargas*. Volume 1: 1882-1950: o primeiro governo Vargas. Rio de Janeiro: Casa Jorge Editorial, 2001. p. 103.

Mas, em 1967, pelo Decreto-lei n. 229, de 28/02, o governo militar reconstituiu as limitações à ação sindical que tinham sido abolidas por Vargas em 1952. Dentre outras disposições, previu-se a proibição de que fossem eleitos para cargos administrativos ou de representação econômica ou profissional, “os que tiverem sido condenados por crime doloso enquanto persistirem os efeitos da pena”; “os que não estiverem no gozo de seus direitos políticos” e “os que, pública e ostensivamente, por atos ou palavras, defendam os princípios ideológicos de partido político cujo registro tenha sido cassado, ou de associação ou entidade de qualquer natureza cujas atividades tenham sido consideradas contrárias ao interesse nacional e cujo registro haja sido cancelado ou que tenha tido seu funcionamento suspenso por autoridade competente”.

O controle sobre os sindicatos não foi, pois, uma ideia fascista de Vargas, como se costuma sustentar, até porque o que rege hoje a atuação sindical brasileira, presentemente, é o art. 8º da CF, que consagrou a liberdade sindical, embora tivesse mantido a unicidade e a contribuição obrigatória, mas como efeito de um processo político desenvolvido na década de 1980 e amplamente debatido na Constituinte de 1987.

6. O custo do trabalho no Brasil é excessivo

Vendo a questão da regulação da relação capital-trabalho apenas pelo viés econômico, é fácil perceber que a tentativa de melhorar a competitividade das empresas por meio da redução do custo do trabalho é uma grande ilusão, primeiro porque essa falácia já se demonstrou historicamente; e, segundo, por um motivo extremamente simples, o de que os custos básicos, fixados em lei, tido como mínimos, atingem a todas as empresas de maneira igualitária e se o custo mínimo é igual para todas as empresas, a redução desse patamar representa uma redução igualitária para todas, fazendo com que não seja possível obter

vantagem concorrencial, ou seja, benefício na competitividade, por meio dessa medida.

A questão ganha algum sentido quando se vislumbra a abertura de mercado para produtos estrangeiros, onde o custo da produção é menor e se tenta, então, fazer essa redução interna, para concorrer com os produtos, mais baratos, que vêm de fora, mas uma adaptação interna a esse novo patamar representa um rebaixamento social, que repercute na esfera de todas as relações sociais, prejudicando o que ainda se tem por indústria nacional dependente do mercado interno, além de gerar uma maior possibilidade de evasão de divisas, ou da riqueza internamente produzida, sobretudo quando se sabe que quem explora o trabalho em terras brasileiras é o capital estrangeiro.

O rebaixamento social gera também problemas sociais graves, como o aumento da criminalidade, e esse desajuste estimula a quebra de institucionalidade, favorecendo ao advento das práticas do favoritismo, do fisiologismo e da corrupção, além de servir de estímulo ao individualismo egoísta, que obsta o desenvolvimento de alguma básica de projeto social. Essa situação, reversamente, desestimula o investimento e retroalimenta os problemas econômicos.

Além disso, como visto em outro texto, várias experiências flexibilizadoras já foram adotadas entre nós desde meados da década de 1960, incluindo as políticas de arrocho salarial, e o resultado é que o custo do trabalho no Brasil, mesmo com os efeitos econômicos daquilo que se manteve da legislação trabalhista, está entre os mais baixos do planeta:

Países	2012
EUA	35.67
Argentina	18.87
Austrália	47.68
Áustria	41.53
Bélgica	52.19
Brasil	11.20
Canadá	36.59

Países	2012
Rep. Checa	11.95
Dinamarca	48.47
Estônia	10.41
Finlândia	42.60
França	39.81
Alemanha	45.79
Grécia	19.41
Hungria	8.95
Irlanda	38.17
Israel	20.14
Itália	34.18
Japão	35.34
Coreia do Sul	20.72
México	6.36
Holanda	39.62
Nova Zelândia	24.77
Noruega	63.36
Filipinas	2.10
Polônia	8.25
Portugal	12.10
Cingapura	24.16
Eslováquia	11.30
Espanha	26.83
Suécia	49.80
Suíça	57.79
Taiwan	9.46
Inglaterra	31.23

Fonte: BLS/EUA

E nem se sustente que um custo menor gera mais empregos, pois, em 2016, o custo da hora trabalhada no Brasil, no setor industrial, chegou a U\$ 2,90 por hora, enquanto que, na China, esse custo era de U\$ 3,60 por hora, no mesmo período. Ocorre que o custo menor não ajudou a criar emprego no Brasil, pois a economia apresentou uma queda de 3,6% do PIB, enquanto o crescimento da China foi de 6,7% no ano, isto porque, na perspectiva meramente econômica, outras variáveis devem ser consideradas, tais como a política macro-econômica, o desenvolvimento tecnológico, o

câmbio, a infraestruturação, a qualificação da força de trabalho etc.⁽²³⁾

7. Não se pode mais tratar o trabalhador como coitado

Ao contrário do que se tenta difundir, a legislação trabalhista não parte do pressuposto de que o trabalhador é um coitado, tanto que uma das características que mais sobressai da legislação é a do seu caráter repressor, que atinge, precisamente, os trabalhadores.

A função da legislação do trabalho, primariamente, é proteger o modelo capitalista de produção. Assim, se pudesse ser acatado o argumento de que a proteção jurídica só tem sentido se o protegido for tomado como coitado, então se poderia dizer que o capitalismo é um coitadinho em face do poder da classe trabalhadora, já que depende da força coercitiva do Direito e do Estado para se manter.

E por que, primariamente, a legislação do trabalho protege o modelo capitalista de produção?

Porque, para o sistema funcionar é necessário que os trabalhadores se submetam a vender o seu trabalho e para que isso aconteça é preciso atrair os trabalhadores para o mercado de trabalho. O direito exerce exatamente esse papel de conferir compensações sociais aos trabalhadores pela venda da força de trabalho.

Nos países do capitalismo central, o advento de uma legislação do trabalho, buscando superar os preceitos jurídicos liberais, se deu como forma de tentar corrigir a intensa tensão social que advinha das péssimas condições de trabalho a que eram submetidos os trabalhadores e que provocava, inclusive, uma quantidade enorme de acidentes do trabalho.

A submissão a esse estado de coisas, que a nenhum historiador é permitido desconhecer, não se tratava de efeito de demência mental

dos trabalhadores, mas de uma consequência lógica determinada pela luta por sobrevivência.

Ora, se todos os trabalhadores são livres para venderem a sua força de trabalho pelo preço que bem entendem, no estágio extremo da necessidade, haverá sempre quem aceite trabalhar mais, por menos, o que puxa todos para baixo.

Como os capitalistas, também eles, estão submetidos à lógica do capital, que lhes impõe concorrer com outros capitalistas igualmente na busca de sobrevivência, se verão impulsionados a contratar os que aceitem os menores salários.

Bom, o efeito desse capitalismo desorganizado, isto é, gerido pela lógica liberal, todos conhecem: duas guerras mundiais.

Não é à toa, pois, que na Parte XIII, do Tratado de Versalhes, 1919, documento que representa a formação de compromissos entre os Estados para a criação de uma nova ordem para o capitalismo, estão fixados os princípios básicos das relações de trabalho, notadamente o de que o trabalho humano não é mera mercadoria de comércio, de modo a afastar, por completo, o raciocínio simplista, matemático, dessa relação.

Assim, não se pode falar meramente em custo do trabalho, pois, primeiro, é de vidas que se está falando (e não exclusivamente das vidas dos trabalhadores, mas de todos) e, segundo, a organização jurídica do modelo busca preservar a paz mundial, como reconheceu, expressamente, a Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT-1919).

A aposta feita é: o capitalismo pode ser um modelo eficiente para assegurar a todas as pessoas uma existência digna.

Então, é ilegítimo considerar que o aumento do sofrimento alheio possa ser invocado como um mal necessário para salvar a competitividade das empresas, até porque, como visto, o efeito que se produz é a destruição de todas as empresas.

(23) Vide o Manifesto contra a Reforma Trabalhista, elaborado por pesquisadores do CESIT-Unicamp. Disponível em: <<http://www.cesit.net.br/manifesto-contra-a-reforma-trabalhista/>>.

No Brasil, vale lembrar, a legislação trabalhista foi criada dentro do propósito de estimular a formação do capitalismo industrial, vez que a economia oligárquica, que ainda estava pautada pela exportação de matéria-prima produzida com trabalhadores em condições ainda típicas da escravidão, faliu, concretamente, em 1929.

Por meio da legislação, conferindo compensações pela venda da força de trabalho, procurou-se criar um mercado de trabalho, para favorecer a proliferação do parque industrial e isso se fez, inclusive, com o apoio dos industriais, os mesmos que, antes, eram arredios à lei trabalhista.

Regulando e favorecendo o modo de produção capitalista, a legislação só confere direitos ao trabalhador que efetue a venda da sua força de trabalho de forma duradora, favorecendo aos planejamentos necessários ao empreendimento capitalista: salário (depois de 30 dias de trabalho); DRS (trabalho em todos os dias da semana); 30 dias de férias (após 12 meses de duração do contrato de trabalho e desde que não tenha faltado mais de 05 dias ao trabalho no mesmo período); 13º salário (1/12 a cada mês trabalhado); verbas rescisórias integrais (desde que não tenha pedido demissão ou sido dispensado por justa causa)...

E a legislação estabelece um padrão regulatório, para evitar que os empregadores, concorrendo entre si, destruam o projeto.

E, no caso do Brasil, esse projeto não chegou a se efetivar porque a classe dominante, embora tivesse apoiado o governo Vargas no ato da criação, em mais larga escala, dos direitos trabalhistas, nunca chegou a assumir a importância regulatória da legislação, demonstrando não querer abrir mão sequer de uma pequena parcela de seu poder sobre os trabalhadores.

Com isso, a legislação trabalhista no Brasil sempre foi abertamente desrespeitada pelos empregadores, os quais, por outro lado, nunca abriram mão do caráter repressivo da lei e das

estruturas do Estado para abafar as lutas dos trabalhadores.

Decorre dessa situação, e não da complexidade da legislação, o enorme número de reclamações trabalhistas na Justiça do Trabalho, órgão instaurado em 1941. Lembre-se de que mais de 40% das reclamações têm como objeto verbas rescisórias não pagas, devidas de forma incontroversa⁽²⁴⁾.

Para se ter uma ideia do tamanho da ineficácia da legislação trabalhista no Brasil, a Convenção n. 81 da OIT, que prevê a criação de um serviço governamental de Inspeção do trabalho, somente foi ratificada pelo governo brasileiro, em 29 de maio de 1956, por meio do Decreto n. 24. Ocorre que, em 5 de abril de 1971, o governo militar efetuou a denúncia da referida Convenção, que somente voltou a vigorar no Brasil a partir de 11 de dezembro de 1987, por intermédio do Decreto n. 95.461.

Mas, em 14 de setembro de 1995, sob o fundamento de que competiria ao Ministério do Trabalho “promover a negociação coletiva como forma de consolidar a modernização das relações do trabalho”, a Portaria n. 865 do Ministério do Trabalho e Emprego, proibiu os auditores fiscais de impor multas por descumprimento de condições estabelecidas em convenções ou acordos coletivos de trabalho, atuando de forma incisiva apenas quando a condição de trabalho, imposta por Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho pudesse “acarretar grave e iminente risco para o trabalhador”.

De fato, o que se tem é um retumbante atraso no que se refere à imposição da aplicação da legislação trabalhista no Brasil, o que é ainda mais incisivo no meio rural.

A fiscalização do trabalho no meio rural somente foi prevista em 1994, com a edição da Instrução Normativa n. 24, e iniciada, de fato, em 1995, com a criação do Grupo Especial de

(24) Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/40-acoes-trabalhistas-tratam-verbas-rescisorias>>.

Fiscalização Móvel, do Ministério do Trabalho, com o objetivo de averiguar as denúncias de trabalho escravo, sendo que isso se deu apenas porque, em 1993, a OIT, divulgou um relatório que trazia dados relativos a 8.986 denúncias de trabalho escravo no Brasil.

A presença do Estado no trabalho rural, inclusive, não foi muito bem recebida nas estruturas arcaicas do poder e isso motivou, em 28 de janeiro de 2004, o assassinato de três auditores fiscais e de um motorista, servidor do Ministério do Trabalho, em Unaí/MG, o que, por efeito inverso do pretendido, acabou impulsionando uma mudança de postura das instituições brasileiras frente à questão do trabalho rural, tendo sido, inclusive, fixada a data de 28 de janeiro como o “Dia Nacional de Combate ao Trabalho Escravo”.

Vale reparar, de todo modo, que se está falando de fato ocorrido em 2004, ou seja, há 12 (doze) anos e a abolição da escravatura se deu, legalmente, há 128 (cento e vinte e oito) anos.

E não se esqueça que a pauta do dia, iniciada, aliás, na ADIn n. 5.209, com a decisão proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski em 23 de dezembro de 2014, já revista, é a divulgação da lista do trabalho escravo elaborada pelo Ministério Público do Trabalho, que tem sido negada, de forma injustificada, pelo próprio governo federal⁽²⁵⁾.

A atuação histórica da Justiça do Trabalho, colaborando com a ineficácia da legislação trabalhista também não pode ser ignorada, ainda mais quando se procura, de forma indevida, acusar a Justiça do Trabalho de prejudicar o desenvolvimento econômico das empresas por meio de uma suposta proteção indevida do trabalhador.

Ora, desde sua efetiva instalação, em 1941, a Justiça do Trabalho foi imbuída da lógica da

conciliação e isso criou o vício de considerar que a imposição da efetiva aplicação da lei não é um papel do Judiciário trabalhista. Os acordos judiciais promovidos, sobretudo com relação a empresas que descumprem reiteradamente a legislação, tornam a prática ilícita economicamente vantajosa, retirando, até mesmo o caráter de ilicitude da conduta.

É dentro desse contexto, aliás, que os empregadores chegam mesmo a considerar que têm o direito de descumprir os direitos trabalhistas e que uma decisão de juiz do trabalho que determina o cumprimento da lei constitui um abuso de autoridade.

A lógica da ineficácia das leis, motivada por despreocupação institucional e pela política de enfrentamento adotada por empregadores, que desprezam, inclusive, a natureza de direito à legislação do trabalho, faz com que somente no Direito do Trabalho não incida o preceito da reincidência, que constitui, em todos os demais ramos do Direito, um agravamento da prática ilícita.

No Direito do Trabalho no Brasil, segundo prática adotada no âmbito da Justiça do Trabalho, a empresa que descumpre reiteradamente a legislação em vez de ser punida pela reincidência acaba criando vínculos e passa a ser tratada como “parceira” da Justiça.

Enfim, diante dos dados históricos concretos, é um equívoco completo dizer que os trabalhadores têm sido protegidos pelo Direito e pela Justiça, ainda mais de forma exagerada.

O interessante é que se utiliza esse argumento de que se deve tratar o trabalhador como um sujeito maior e capaz, para que esteja livre para escolher a forma de como quer regular sua relação com o empregador, ainda mais quando estiver representado por seu sindicato, fazendo, pois, a defesa do tal “negociado sobre o legislado”, mas não se abre mão da intervenção dos aparelhos de Estado para manter sobre controle a classe trabalhadora.

Concretamente, quando o assunto é o direito de greve os arautos da “modernidade” e

(25) BEZERRA JR, Carlos. *Lista suja do trabalho escravo: a “delação” que não interessa*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/lista-suja-do-trabalho-escravo-a-delação-que-nao-interessa>>.

da igualdade e liberdade negocial logo dizem que os trabalhadores não podem fazer greve quando quiserem, pelos motivos que definirem e pela forma que elegerem. Diante de uma greve, os libertários recorrem à força do Estado para coibirem a mobilização política dos trabalhadores.

No exato momento em que se discute a reforma trabalhista, quando os trabalhadores anunciaram que fariam um dia de paralisação para que se manifestassem em defesa de seus direitos, certamente ameaçados, os empregadores que requerem a reforma trabalhista em nome da modernização, contra o “paternalismo” do Estado, preconizando a livre negociação, recorreram à Justiça (Cível e do Trabalho), para impedir a ação dos trabalhadores e, claro, obtiveram decisões favoráveis à sua pretensão, mesmo da Justiça do Trabalho, a qual determinou, por exemplo, que os metroviários, em São Paulo, mantivessem 100% do seu efetivo em atividade nos horários de pico (das 6h às 9h e das 16h às 19h) e de 70% nos demais horários, sob pena de aplicação de multa diária ao Sindicato no valor de R\$ 100 mil⁽²⁶⁾.

E, aliás, sempre foi assim. Cumpre lembrar, por exemplo, dentre tantas medidas e decisões: do Ofício emitido ao Departamento de Polícia Social pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Manoel Caldeira Netto, em 12 de dezembro de 1952, para, a propósito do julgamento de uma greve, indagar ao Chefe de Polícia quais seriam as “convicções ideológicas e ação subversiva de todos os membros da Diretoria” dos sindicatos envolvidos no movimento paredista; do “massacre de Ipatinga”, em 1963; do que se passou nas greves de Contagem e Osasco, em 1968; das greves do ABC, em 1979; do “massacre de Volta Redonda”, em 1988; da greve dos petroleiros, em 1995; do massacre em Eldorado dos Carajás, em 1996; da opressão nas greves nas usinas de Jirau e

Santo Antônio, no Estado de Rondônia, em 2011; do Pinheirinho (e de tantas outras operações policiais em reintegrações de posses); da greve dos professores do Rio de Janeiro, em 2013; dos atentados aos trabalhadores nas greves dos metroviários em São Paulo, e, 2014; da forte represália a 50 garis no Rio de Janeiro, em 2015 e do massacre a professores, em Curitiba, em 2015, para citar apenas alguns poucos exemplos.

Não se esqueça que, segundo a linguagem do antigo Setor Trabalhista, integrado à Divisão de Polícia Política e Social (DPS), órgão do Departamento Federal de Segurança Pública, criado em 1944, os grevistas eram tratados como “agitadores” ou “comunistas”.

A Lei n. 38, de 4 de abril de 1935, declarava a greve um delito, quando realizada no funcionalismo público e nos serviços inadiáveis. A Constituição de 1937 definiu a greve como recurso antissocial nocivo ao trabalho e ao capital e incompatível com os superiores interesses da produção nacional. Na mesma linha, o Decreto-lei n. 431, de 18 de maio de 1938, considerava crime tanto a promoção da greve quanto a simples participação no movimento grevista; e no Decreto-lei n. 1.237, de 2 de maio de 1939, eram fixadas as sanções de suspensão, despedida e prisão para grevistas, o que foi reforçado no Código Penal de 1940.

Após um período de certa tolerância, na década de 1953 a 1963, a greve volta a ser objeto de repressão. Dois meses após o golpe de 64 adveio a Lei n. 4.330, de 1º de junho de 1964, que limitou o direito de greve ao ponto de torná-la quase impossível de ser realizada, além de proibi-la expressamente no funcionalismo público.

Na “lei” de segurança nacional, instituída, em março de 1967, mediante Decreto-lei, pelo então Presidente Castelo Branco, usando os poderes que lhe foram conferidos pelos Atos Institucionais n. 2, de 27 de outubro de 1965, e n. 4, de 7 de dezembro de 1966, considerou-se crime contra a segurança nacional, a ordem

(26) Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,trt-determina-funcionamento-de-100-do-efetivo-do-metro-em-horario-de-pico,70001699391>>.

política e social, a promoção de greve que implicasse a paralisação de serviços públicos ou atividades essenciais e tivesse como propósito coagir qualquer dos Poderes da República, prevendo uma pena de reclusão, de 2 a 6 anos, para os incursores em tal prática.

Presentemente, embora o art. 9º da Constituição Federal tenha garantido o amplo direito de greve aos trabalhadores, a jurisprudência e a doutrina continuam negando o direito constitucional de greve, fazendo passar sobre a Constituição uma lei da era neoliberal, de 1989, cujo objetivo era exatamente esse de desdizer, no particular, a Constituição (Lei n. 7.783/89).

Os defensores da reforma trabalhista muito menos projetam um ambiente de negociação em que a ameaça do desemprego não possa ser utilizada e, por isso, não requerem nenhuma pressa do Congresso para regular a proteção do emprego contra a dispensa arbitrária, conforme assegurado aos trabalhadores no inciso I, do art. 7º da CF/88.

Argumentam que a Constituição de 1988 reconheceu os acordos e as convenções coletivas de trabalho, como se isso não estivesse previsto nas diversas Constituições brasileiras desde 1934 e, propositalmente, se esquecem de dizer que se a Constituição estimulou a negociação isso se deu dentro do contexto das demais previsões constitucionais que garantiram aos trabalhadores a proteção contra a dispensa arbitrária (art. 7º, I) e a liberdade para o exercício da greve (art. 9º).

No fundo o que desejam é uma negociação na qual os empregadores, com a proteção dos aparelhos de Estado, coloquem a espada do desemprego sobre as cabeças dos trabalhadores, impedindo qualquer reação coletiva por parte destes. Ou seja, o que se quer, pelo argumento da liberdade, é alcançar uma legitimação para a retirada de direitos, dizendo que, afinal, foi consentida pelos próprios trabalhadores.

Se o argumento da liberdade negocial fosse sério, ele seria acompanhado da defesa da

liberdade do exercício da greve e da liberdade sindical, impedidos que são pela intervenção do Judiciário, pelo uso da força policial e pela coerção econômica advinda da ameaça da eliminação de empregos, que constituem a base da preconizada “livre negociação”.

Ou seja, só se alude à maioria civil e à condição de cidadania plena dos trabalhadores quando se trata de conferir legitimidade aos trabalhadores para que possam, “livremente”, abrir mão de direitos, não lhes sendo reconhecido o mesmo *status* jurídico quando o tema é a defesa e a luta por direitos.

8. É preciso eliminar a insegurança jurídica

O relato já realizado em texto anterior, embora bastante resumido, é suficiente para demonstrar que quem, efetivamente, convive com insegurança jurídica nas relações de trabalho no Brasil são os trabalhadores, até porque os empregadores detêm o que, em direito processual, se denomina autotutela dos próprios interesses.

Na relação jurídica trabalhista quem estipula as obrigações e determina o modo de execução dos serviços é o empregador.

Aliás, nem se precisaria de muitos mais argumentos para explicar a quem, de fato, atinge a insegurança jurídica, bastando verificar que em quase 100% das demandas levadas à Justiça do Trabalho o autor é um trabalhador.

E não são, na quase totalidade, demandas despropositadas, abusivas, inescrupulosas e de má-fé, como às vezes se tenta convencer à opinião pública, tanto que, seguramente, a proporção de reclamações julgadas, total ou parcialmente, procedentes, ultrapassa os 80% do total.

E nem se diga que isso apenas prova que a Justiça do Trabalho é tendenciosa, atuando para favorecer, de forma indevida, aos trabalhadores, pois, como já dito acima, mais de 40% das ações versam sobre verbas rescisórias, que são devidas de forma incontroversa na

maioria dos casos; e o restante, na maior parte, diz respeito a empresas cujo descumprimento da lei é recorrente, valendo destacar que, em âmbito nacional, a União é a maior litigante e isso se dá, sobretudo, por conta do fenômeno da terceirização⁽²⁷⁾.

Há segmentos empresariais que, fazendo as contas, adotam o descumprimento da legislação trabalhista como uma estratégia de gestão, contando com os acordos e com a ausência de punição judicial para a prática reiterada do ilícito.

É bem verdade que muitas das reclamações não são fruto de descumprimento deliberado da legislação, podendo-se afirmar que há empresas que, de fato, consideram que aplicam de forma devida a legislação e depois se viram diante de uma condenação judicial com a qual não esperavam.

Mas o juiz não cria o conflito; não propõe as reclamações; apenas julga e ao fazê-lo aplica a lei ao caso concreto, sendo que há na Justiça do Trabalho ao menos três instâncias para se conferir a regularidade jurídica das decisões: Varas do Trabalho, Tribunais Regionais e Tribunal Superior do Trabalho; e muitos casos ainda chegam ao Supremo Tribunal Federal.

Então, é completamente impróprio acusar a Justiça do Trabalho de conferir direitos indevidos aos trabalhadores, sendo que o que pode ocorrer com maior incidência é exatamente o contrário, ou seja, a supressão institucionalizada dos direitos dos trabalhadores, que pode ser estatisticamente comprovada, em razão do número de conciliações. Na fase de conhecimento, 40% das reclamações são resolvidas por acordos⁽²⁸⁾ e, como se diz, de forma corrente

na prática judiciária, “se for para pagar tudo não é acordo”.

Além disso, a quase totalidade desses acordos é firmada com cláusula de quitação do extinto contrato de trabalho. Muitos acordos, inclusive, são feitos sem o reconhecimento do vínculo empregatício, e boa parte com discriminação de verbas que desconsidera as obrigações das partes perante o fisco e a Previdência Social, beneficiando, mais uma vez, o infrator da legislação.

O que se dá, concretamente, nos casos em que o descumprimento das leis não é deliberado, assumindo mesmo como uma estratégia de gestão, é a adoção de uma prática jurídica de risco, advinda ou do recurso às iniciativas legislativas de cunho flexibilizante ou da construção de um negócio jurídico “mágico”.

De fato, se olharmos para a CLT, como foi editada em 1943, pouca, ou nenhuma, margem para insegurança jurídica aos empregadores se vislumbra. Afinal, o que a legislação confere aos trabalhadores não é nada além que: limitação da jornada de trabalho, salário (com regras de proteção ao salário), férias, períodos de descanso, idade mínima para o trabalho, preservação da saúde do trabalhador...

No entanto, como demonstrado acima, a legislação trabalhista foi ficando mais complexa e isso não se deu pelo aumento de direitos aos trabalhadores e sim como resultado das reivindicações patronais criadas para que se tentasse fugir das obrigações trabalhistas. Essa legislação flexibilizadora, no entanto, costuma ser confusa e, além disso, quase sempre os empregadores procuram adotá-la de modo ainda mais extensivo, no sentido da redução de custo, do que a literalidade estrita da lei permite.

O aumento da insegurança jurídica provocado por esses fatores pode ser facialmente verificado na experiência histórica:

— a CLT previu a excepcionalidade dos contratos a prazo, cujas normas, portanto, devem ser interpretadas restritivamente; e quantos não foram os empregadores

(27) Disponível em: <http://www.csjt.jus.br/noticiadestaque/-/asset_publisher/6Mvh/content/justica-do-trabalho-publica-listas-com-maiores-litigantes-no-pais?redirect=%2Finicio%2F-%2Fasset_publisher%2Fh7PL%2Fcontent%2Fcoleprecor-elege-comissoes-para-atuarem-no-csjt%3Fredirect%3D%2F>.

(28) Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83676-relatorio-justica-em-numeros-traz-indice-de-conciliacao-pela-1-vez>>.

que tentaram firmar contratos a prazo em hipóteses não expressamente autorizadas?

— a lei fixou que o representante comercial não era empregado; e quantos não foram os empregadores que passaram a considerar seus vendedores como representantes comerciais?

— a lei conferiu a possibilidade do trabalho temporário em duas hipóteses; e quantos não foram os empregadores que tentaram extrapolar as situações?

— a CLT disse que os empregados em trabalho externo, que sejam incompatíveis com o controle da jornada, não têm direito ao recebimento de horas extras; e quantos não foram os empregadores que consideraram que bastaria ao empregado trabalhador fora do seu estabelecimento que não teria que controlar sua jornada de trabalho?

— a lei dizia que os vigias tinham jornada de 12 horas; e quantos não foram os Bancos que negaram aos seus vigias, em respeito ao critério legal da categorização dos trabalhadores pela atividade preponderante, a condição de bancários e, conseqüentemente, o direito à jornada reduzida de seis horas prevista no art. 224 da CLT (sendo esta, aliás, a origem da Lei n. 7.102/83)?

— a lei disse que estagiários não eram empregados; e quantas não foram as empresas que passaram a contratar estudantes para realizar serviços como um empregado qualquer, sob a condição apenas formal do contrato de estágio?

— a Súmula n. 331 do TST passou a autorizar a terceirização na atividade-meio; e quantas não foram as empresas que passaram a considerar que tudo em seu empreendimento era atividade-meio? Lembro-me, a propósito, de um processo no qual uma grande empresa de refrigerantes alegava que empregados, atuando na linha de produção, realizando o serviço de operar a máquina que colocava as tampinhas nas garrafas, podiam ser terceirizados, porque, afinal, não

encostavam a mão no líquido, partindo do pressuposto de que apenas o líquido seria a atividade-fim da empresa; ao que fui obrigado a indagar se, concretamente, algum trabalhador encostava a mão no líquido, pois os consumidores tinham o direito de saber disso.

— a lei disse que não haveria formação de emprego nas cooperativas de trabalho; e quantas não foram as empresas que chegaram a dispensar todos os seus empregados, recontratando-os por intermédio de cooperativas, que eram cooperativas apenas na aparência, pois a essência do cooperativismo é a eliminação do intermediário entre o trabalho e o aproveitamento do seu resultado no mercado?

— a lei possibilitou a formação de banco de horas, primeiro considerando o limite de 120 dias e, depois, no prazo de um ano, e quantas não foram as empresas que, até hoje, se valeram desse mecanismo para simplesmente frustrar o efetivo controle das horas trabalhadas pelos empregados?

Muitas dessas leis, ademais, como dito, são de discutível validade jurídica, vez que afrontam a pedra fundamental do Direito do Trabalho, que é a da melhoria da condição social dos trabalhadores (art. 7º, da CF), e também rejeitam os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, da proteção da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (art. 1º, III e IV), sendo certo que esta mesma Constituição conferiu uma função social à propriedade (art. 5º, XXIII) e estabeleceu, expressamente, que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170).

Dentro desse contexto, os retrocessos sociais e humanos, ainda que fixados por lei, estão sempre sob o manto da avaliação de sua constitucionalidade, trazendo à baila, inclusive, os preceitos internacionais de Direitos Humanos.

É sempre muito arriscado, pois, querer valer-se de leis flexibilizantes para atingir o objetivo de diminuir o custo do trabalho.

É bem certo que uma corrente doutrinária tentou vender a ideia de que a Constituição Federal não teria toda essa força jurídica, buscando em suas normas fundamentos para justificar a flexibilização, mas este foi um esforço jurídico impróprio, que acabou sendo, devidamente, rebelado.

E há, ainda, situações bem mais afrontosas em que se tenta, de forma aberta, criar uma mágica jurídica para burlar a lei trabalhista, mas que são facilmente rechaçadas por aplicação do art. 9º da CLT, que, a exemplo do art. 166, VI, do Código Civil, considera “nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos” da legislação do trabalho.

Assim, as supostas saídas encontradas por muitas empresas, como a “CLTflex”, a contratação de trabalhadores como PJs, a fixação de jornadas de trabalho de 12 horas, em regimes de 4x2, 5x1, ainda que fixados em acordos ou convenções coletivas, estão fadadas ao insucesso jurídico, mas nada disso, por certo, é culpa da Justiça do Trabalho.

Que dirá, então, dos procedimentos assumidamente ilegais de deixar de registrar o emprego, de pagar salário “por fora” e de não anotar a efetiva jornada trabalhada em cartões de ponto, que são recorrentes nos processos trabalhistas?

O fato é que as sucessivas reivindicações para se efetivar uma flexibilização na legislação trabalhista e as investidas sobre essa legislação buscando extrair dela permissivos de fuga ainda maiores, que só o jurídico da empresa conseguir atingir, o que lhe daria, por consequência, uma vantagem econômica sobre a concorrência, acompanhadas da sensação de impunidade, fruto da noção de que direito trabalhista não precisa mesmo ser respeitado, acabaram gerando situações de insegurança

jurídica, mas isso como resultado da implementação de uma intenção juridicamente inconcebível, a de se alcançar segurança jurídica mesmo realizando negócios jurídicos arriscados.

É interessante também perceber que muitas das tensões jurídicas atualmente estabelecidas decorrem de um momento histórico em que se quis acreditar que as unidades produtivas tinham ganhado a guerra, digamos assim, contra o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho, o que se deu, mais precisamente, ao final da década de 1990, quando também se importaram as novas técnicas de gestão baseadas em aumento da produtividade por meio da imposição de metas.

Essa situação de insegurança jurídica dos trabalhadores, proporcionada pelas normas de flexibilização e pela ameaça de desemprego, acompanhadas da impossibilidade de reação institucional dos trabalhadores, dada a fragilização do sindicalismo e da força repressiva estatal, o qual atribuiu para si o papel de levar adiante o projeto neoliberal, conduziu os trabalhadores a um estágio de submissão e os empregadores à plenitude da soberba. Isso permitiu o advento de uma concepção empresarial no sentido de que deixar de aplicar direitos já não era o bastante, vez que passava a ser possível desenvolver uma forma de tratamento que assumia o caráter descartável do trabalhador.

Quando a concorrência entre as empresas perde o padrão jurídico-moral e estas se veem impulsionadas pela lógica da maior produtividade a qualquer custo, municiadas pelas tais estratégias de gestão, surge a prática da imposição de metas inatingíveis aos trabalhadores e, por consequência, novas patologias no mundo do trabalho (atingindo-se até mesmo o ponto da loucura).

Foi dentro desse contexto, lá no fundo do poço, em razão de uma importantíssima e competente atuação da advocacia trabalhista, do Ministério Público do Trabalho, da Justiça do Trabalho e dos auditores-fiscais do trabalho,

com apoio em intensa produção científica ligada às questões do trabalho de diversas áreas do conhecimento (sociologia, história, psicologia, medicina e direito, dentre outras), que o Direito do Trabalho começou a se reconstruir, municiado, sobretudo, pelos preceitos pertinentes aos direitos de personalidade.

Diante dos sucessivos casos de tratamento abusivo, com desconsideração da condição humana dos trabalhadores e o aumento vertiginoso das doenças profissionais e dos acidentes, notadamente, na terceirização, as indenizações por dano moral e por assédio moral passaram a habitar o cotidiano das Varas do Trabalho no início dos anos 2000. Mas tudo como efeito de toda a destruição jurídica promovida na década de 1990, que conferiu ao Brasil, inclusive, o título do quarto país do mundo em número de mortes por acidentes do trabalho⁽²⁹⁾.

E quanto custa uma ofensa à dignidade? Como se diz, isso não tem preço e essa imprevisibilidade maltrata muitos empregadores, mas a culpa da situação não é da Justiça do Trabalho e sim da tentativa de se estabelecer uma exploração do trabalho sem a consideração dos limites mínimos impostos pelo estágio da evolução da humanidade, pois querer impor um retrocesso ao estágio da humanidade, por intermédio de argumentos econômicos que interessam apenas ao setor dominante da sociedade, é uma tarefa irrealizável. Ao menos isso não se dará sem muita resistência e, conseqüentemente, sem o aumento dos riscos para os seus protagonistas.

9. Os efeitos das reformas trabalhistas propostas

Como demonstrado nos textos anteriores, os argumentos que sustentam as reformas são falsos, invalidando, pois, por completo, a

adoção das medidas pretendidas, até porque inaptas para atingir os objetivos expressos, embora os que se anunciam não sejam, efetivamente, aqueles que se pretendem alcançar.

Nenhuma das propostas é apta a gerar empregos, estimular a economia e fomentar o empreendimento de pequenas e médias empresas.

Vejamos esses aspectos sob a ótica do trabalho intermitente, tal qual previsto no PLS n. 218/2016.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 443.** O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou, ainda, de trabalho intermitente.

...” (NR)

“**Art. 452-A.** São requisitos do contrato de trabalho intermitente:

I – previsão em contrato de trabalho, acordo ou convenção coletiva de trabalho;

II – determinação do valor da hora de trabalho dos empregados a ele submetidos, que não poderá ser inferior àquela devida aos empregados da empresa que exerçam a mesma função do trabalhador intermitente e que não estejam submetidos a contrato de trabalho intermitente; e

III – determinação dos períodos em que o empregado deverá prestar serviços em prol do empregador.

§ 1º Em caso de chamadas do empregador para a prestação de serviço em dias ou períodos não previamente contratados, o empregador comunicará o empregado com, pelo menos, 5 (cinco) dias úteis de antecedência.

§ 2º O empregado deverá comunicar imediatamente ao empregador a impossibilidade de atendimento à comunicação prevista no § 1º.

§ 3º É prerrogativa do empregado, observado o disposto no § 2º, não atender à convocação

(29) Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-04/brasil-e-quarto-do-mundo-em-acidentes-de-trabalho-alertam-juizes>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

prevista no § 1º, não constituindo a recusa falta grave ou justo motivo para qualquer sanção contratual.”

“Art. 459-A. No contrato de trabalho intermitente, a remuneração devida ao empregado é calculada em função:

I – do tempo efetivamente laborado em prol do empregador;

II – do tempo em que o empregado estiver à disposição do empregador.

§ 1º Considera-se livre o período em que o empregado não estiver laborando em prol do empregador ou à sua disposição.

§ 2º É vedado ao empregado laborar durante o período livre, para empregadores concorrentes, salvo se de comum acordo celebrado em contrato pelo empregado e seus empregadores, individualmente.

§ 3º As férias, 13º salário e verbas rescisórias serão calculados com base na média dos valores recebidos pelo empregado intermitente durante o período a que corresponder ou ao ano.

§ 4º O empregador deverá remunerar com o valor proporcional ao das horas de trabalho, o empregado que se encontrar no período descrito no inciso II.

...”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Senador RICARDO FERRAÇO

De fato, a regulamentação em questão, como já se verificou no caso das cooperativas de trabalho (1994) e de tantas outras formas precarizadas de trabalho, não cria novos empregos. Na verdade, a fórmula aniquila os empregos já existentes, pois sendo economicamente mais vantajoso, as empresas tenderão a substituir os empregados plenos por empregados intermitentes, ainda mais em um ambiente jurídico em que não se garantiu aos trabalhadores a proteção contra a dispensa arbitrária e no qual até mesmo a dispensa sem pagamento de verbas rescisórias não tem sido devidamente punida.

A diferença com relação às cooperativas de trabalho é que no trabalho intermitente não

resta revelado, estatisticamente, o desemprego gerado (considerando-se a passagem do emprego pleno para o emprego precário), na média em que, para os efeitos da contagem oficial, o trabalhador intermitente é um empregado.

O contrato intermitente, portanto, precariza e, ao mesmo tempo, mascara a impotência da economia de gerar empregos.

Além disso, neste ambiente jurídico, marcado também pela fragilização sindical, determinada pelo desemprego estrutural e por um período conturbado da política nacional, a vida dos trabalhadores tende a ser um autêntico martírio, convivendo com as inseguranças jurídica, econômica, social e emocional, mesmo estando “empregados”.

Ora, o trabalhador intermitente não sabe quando de fato será chamado para o trabalho e, conseqüentemente, o quanto receberá em cada mês, já que é remunerado, segundo prevê o Projeto de Lei, de forma proporcional às horas trabalhadas.

E se a essa situação adicionarmos a terceirização, possível em qualquer atividade, como também se almeja, ou seja, se o trabalhador intermitente for, igualmente, um trabalhador terceirizado, além de não saber quando vai ser chamado, também não saberá onde prestará serviços.

Junte-se a tudo isso a previsão do “negociado sobre o legislado”, trazida em outro ponto da reforma, o PL n. 6.786/16, e se terá a livre negociação de trabalhadores terceirizados e intermitentes, que não se socializam no trabalho e, que, portanto, não possuem qualquer identidade entre si e com a entidade sindical que negocia em seu nome.

Ter-se-á, então, a fórmula mágica para que os empregadores imponham aos trabalhadores a sua vontade sem qualquer limite.

E repare-se: não se está falando de regimentos especiais, de previsões legais voltadas a situações excepcionais, que, portanto, preservariam a regra da contratação por prazo

indeterminado, em vínculos efetivos, duradouros e com direitos plenos. Trata-se de regulamentações generalizantes, aplicáveis em toda e qualquer relação de trabalho, sem a necessidade de uma justificativa especial, o que já denuncia a sua inconstitucionalidade.

Representam, portanto, a tentativa de transposição de um modelo para outro, ao qual, inclusive, os próprios empregadores, alguns poucos, não teriam como resistir, mesmo que pretendessem, vez que também submetidos à lógica da concorrência.

No cômputo geral de uma realidade marcada por: desemprego estrutural; terceirização ampla; negociação sem limites legais; contratos intermitentes e a tempo parcial; rompimento dos vínculos sociais e políticos dos trabalhadores; fragilização da atuação sindical; e, proibição concreta do exercício do direito de greve, o que se teria como efeito seria, pura e simplesmente, a extinção do Direito do Trabalho, o que nenhuma regrinha que venha a garantir, por exemplo, a responsabilidade “subsidiária” ou “solidária” dos “tomadores de serviço” poderia, obviamente, reverter ou, sequer, amenizar.

Com esse conjunto de reformas, o que se pretende, portanto, é um retorno ao século XIX, restando a pergunta: como um retrocesso desse tamanho pode ser considerado moderno?

Para os trabalhadores, essa plena descon sideração da sua condição humana é terrível, mas se iludem os que consideram que essa desconstrução do Direito do Trabalho possa ser útil para a economia ou para os pequenos e médios empreendedores.

No fundo, como já manifestou, na própria Câmara dos Deputados, em 1908, o deputado Graccho Cardoso, a ausência de normas estatais limitando a exploração do trabalho serve apenas para aumentar o poder do capital e este, ao contrário do que se pensa, não está distribuído entre os “empreendedores”. Bem

ao contrário, está nas mãos de pouco mais de 500 empresas em todo o mundo.

Assim, a liberdade contratual plena para o desenvolvimento do modelo de sociedade capitalista tende a favorecer apenas a algumas poucas corporações, permitindo que estas submetam os pequenos e médios empreendedores à mesma lógica de exploração, até porque, conforme pode ser historicamente verificado, as modalidades precárias de exploração do trabalho são apenas acessíveis aos grandes empregadores, que, efetivamente, detêm poder na negociação e na imposição da precariedade, também porque sua relação é, por assim dizer, “mais impessoal”.

E como as grandes corporações são geridas pelo capital estrangeiro, as supressões de direitos, que aumentam as possibilidades de exploração dos trabalhadores em território brasileiro, reproduzem uma lógica colonial, de facilitação de extração do trabalho enquanto valor, sem uma compensação minimamente adequada, abrindo, inclusive, a possibilidade para que empresas estrangeiras ajam aqui, na sua relação com os trabalhadores, de modo muito diverso daquele como agem em seus países de origem.

A eliminação de direitos trabalhistas, para atender aos interesses imediatos das grandes corporações, apenas reforça a lógica predatória e exploratória.

Nas terceirizações, por exemplo, é bastante comum a submissão de prestadoras de serviços, que não detêm capital, aos comandos do tomador de serviços, quando se trata de grandes corporações.

Aliás, sobre esse assunto, o da terceirização, o disfarce fica muito evidenciado quando se lembra que no início da década de 1990 os grandes conglomerados econômicos reivindicavam a possibilidade de se efetivarem a intermediação de mão de obra, com o eufemismo da terceirização, sob o argumento de que a produção e a competitividade das empresas aumentariam caso elas pudessem se preocupar

exclusivamente com a sua atividade-fim; e, agora, em 2017, o que dizem é que serão mais competitivas se não se preocuparem com coisa alguma, já que querem intermediar mão de obra também na atividade-fim, revelando, no entanto, o que, efetivamente, querem: maior lucro por meio de maior exploração do trabalho, desvinculado de qualquer projeto mínimo de nação.

Essa tentativa explícita de retorno ao momento do capitalismo desorganizado representa, ao menos, uma oportunidade para que os trabalhadores avaliem como teria sido falsa e enganosa a proposta de conciliação de classes baseada na promessa de que o modelo capitalista poderia integrá-los a um projeto de sociedade que lhes garantiria existência digna, assim como não corresponderia à realidade prática do capitalismo o princípio, consignado no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de que todas as pessoas, não importando sua classe e suas posses, estão integradas à “família humana”.

De fato, a reforma trabalhista ora em trâmite no Congresso Nacional, que tem essa potencialidade de eliminar por inteiro os direitos sociais, mesmo depois da imposição de anos de sofrimento à classe trabalhadora, ainda mais considerando que, no Brasil, esses direitos jamais foram integral e efetivamente aplicados, e desprezando o dado concreto de que foram os trabalhadores, ao longo de todos esses anos, com o seu trabalho, que enriqueceram o país e, porque não dizer, também a uma parte considerável de vários outros países, é uma demonstração clara dos disfarces dessas promessas.

Não se pode olvidar que estamos falando de um país que conviveu durante 388 anos com a escravidão negra; que ainda discrimina negros e negras; que tem uma das piores distribuições de riquezas do mundo; que criminaliza movimentos sociais; que reproduz e assume lógicas machistas, misóginas e de intolerância com a comunidade LGBT; e que, do ponto de vista

das relações de trabalho, tenta, agora, legitimar o sofrimento dos trabalhadores, tornando-os em culpados pelos problemas econômicos vivenciados, ao mesmo tempo em que busca fazer de vítima o capital.

No fundo, toda essa discussão é uma tentativa de desviar o foco da discussão dos reais problemas do país. Pretende-se transformar as ilegalidades reiteradamente cometidas no campo trabalhista em atos não apenas justificáveis como até necessários, tornando, assim, inadmissíveis e indevidas as atitudes voltadas ao efetivo cumprimento da lei trabalhista, o que explica, inclusive, a estapafúrdia defesa da extinção da Justiça do Trabalho.

O atual presidente da Câmara dos Deputados foi ao ponto de dizer que a Justiça do Trabalho jamais deveria ter existido. Sua fala reproduz uma concepção cultural, que, no fundo, se expressa no sentido de que não se deveria ter ultrapassado o momento da escravidão ou, ao menos, que não se deveria ter atingido o ponto de se conferirem direitos aos trabalhadores; e, se isto ocorreu, por descuido ou estratégia, que não se pode chegar ao absurdo de se fazerem valer esses direitos.

E tudo isso é dito assim, abertamente, em um país no qual a realidade das relações de trabalho é a:

— de 12 milhões de terceirizados, que são conduzidos à invisibilidade e à supressão sistemática de direitos⁽³⁰⁾;

(30) Para conhecer a realidade dos terceirizados não é preciso que os congressistas se dirijam a local muito distante, aliás. Há dois anos, em 2015, executando um projeto elaborado pelo grupo de pesquisa que integro na Faculdade, o GPTC, compareci, em companhia de Valdete Souto Severo, Almiro Eduardo de Almeida e Marcelo Souto Maior, nos prédios dos três poderes em Brasília, para verificar as condições de trabalho dos terceirizados. Conversamos com trabalhadoras e trabalhadores terceirizados. Os relatos são impressionantes. São milhares de pessoas sem receber a integralidade de seus direitos trabalhistas, almoçando em locais inapropriados, deslocados de uma empresa para outra sem receber verbas rescisórias, punidas quando apresentam atestados, e muitas que há 05 anos ou mais não tiravam férias. E se

- de relações de trabalho doméstico, às quais somente a partir da Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015, passaram a ser aplicados direitos trabalhistas de maneira mais ampla (ainda assim mitigados);
- de relações de trabalho rural, cujos direitos somente começaram a ser reconhecidos, mais amplamente, em 1963, com o Estatuto do Trabalhador rural, sendo que somente em 1988 foram integrais e apenas em 1995 passaram a ser fiscalizados pelo Ministério do Trabalho;
- de condições de trabalho adversas à saúde (insalubres, perigosas e assediadas);
- da persistência do trabalho em condições análogas à de escravo⁽³¹⁾, cuja lista elaborada pelo Ministério Público do Trabalho o governo não quer publicar;
- de milhões de reclamações trabalhistas, sendo que 40% se referem a verbas rescisórias não pagas;
- de recuperações judiciais engendradas para salvar o patrimônio de empresas socialmente irresponsáveis, assim como de seus sócios, deixando milhões de trabalhadores sem o efetivo recebimento de seus direitos;
- da institucionalização do salário “por fora”, que é tida meramente como estratégia de gestão quando, de fato, se trata de crime de sonegação⁽³²⁾ e grave ilícito trabalhista;

- de extensas jornadas de trabalho (o Brasil é um dos países onde mais se realizam horas extras)⁽³³⁾;

- da exigência e do não pagamento de horas extras, acompanhados da elaboração de cartões de ponto fraudulentos;

- de baixos salários (o salário mínimo no Brasil é um dos menores do mundo)⁽³⁴⁾;

- de reiterados casos de trabalho infantil⁽³⁵⁾;

- da recorrente frustração dos trabalhadores nas reclamações trabalhistas, pois mesmo ganhando não levam, já que 70% das execuções trabalhistas não são efetivas, ou seja, não chegam a atingir o ponto do efetivo pagamento ao reclamante;

- de falência estrutural dos serviços públicos nas áreas da educação, da saúde e do transporte, impondo sofrimentos aos que, como os trabalhadores cujos direitos estão aqui sendo considerados, deles dependem;

- da péssima distribuição da renda produzida pelo trabalho⁽³⁶⁾;

- da contradição consistente da situação de que no mundo do desemprego, os que têm emprego morrem de tanto trabalhar.

Dentro desse contexto, já desesperador para os trabalhadores, ainda se quer apontar os direitos dos trabalhadores como culpados pela crise econômica, procurando impor, com extrema rapidez, uma reforma que, sabidamente, vai aumentar o sofrimento da classe trabalhadora, implementada por um Congresso que está há quase 29 anos atrasado

é assim no Congresso Nacional, no Supremo Tribunal Federal, no Ministério da Justiça, no Ministério do Trabalho, no Tribunal Superior do Trabalho, imagine-se o que a terceirização não produz por aí afora... Não é à toa, portanto, que o Brasil é o quarto país do mundo em número de acidentes fatais do trabalho, a grande maioria em relações terceirizadas. E é bastante curioso, aliás, como a terceirização no setor público, que não possui qualquer permissivo constitucional, continue sendo praticada. De fato, trata-se de um ilícito a céu aberto!

- (31) Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2016/02/nova-lista-de-transparencia-traz-340-nomes-flagrados-por-trabalho-escravo/>>. Acesso em: 18 jun. 2016.
- (32) Disponível em: <<http://machoadadvogados.com.br/sem-categoria-2/pagar-empregado-por-fora-crime-de-sonegao/>>.

- (33) Brasileiro é campeão em horas extras. Disponível em: <<http://www.e-konomista.com.br/n/horas-extras-no-trabalho/>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

- (34) Disponível em: <<https://noticias.bol.uol.com.br/bol-listas/os-30-maiores-salarios-minimos-do-mundo.htm?cmpid=fb-uol>>.

- (35) Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/11/em-2014-havia-554-mil-criancas-de-5-13-anos-trabalhando-aponta-ibge.html>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

- (36) Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/brasil-tem-segunda-pior-distribuicao-de-renda-em-ranking-da-ocde-7887116>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

na tarefa de regular o inciso I, art. 7º, CF, que garantiu aos trabalhadores a proteção contra a dispensa arbitrária.

No fundo, essa acusação, insistentemente reproduzida pela grande mídia, exerce o papel, típico dos regimes autoritários, de, pela repetição, tornar verdadeira uma mentira.

Essa versão deturpada da história tem o propósito de fragilizar ainda mais a classe trabalhadora, obstando a sua ação política de reivindicação por direitos, que passa a ser identificada quase que como um furto ou como uma demonstração de egoísmo, mirando, de forma covarde, os milhões de desempregados.

Ora, se não são os trabalhadores que detêm os meios de produção e não comprem força de trabalho para o incremento do seu negócio, não podem ser os trabalhadores culpados pelo desemprego, ainda mais em um sistema que lhes prometeu uma ordem jurídica voltada à melhoria de sua condição social e econômica.

Neste contexto, é mais que evidente que o desemprego não é gerado pelo incremento de direitos e sim pelos limites de um modelo de sociedade que precisa da desigualdade para se desenvolver e favorecer ao processo de acumulação do capital nas mãos de alguns poucos. Não é por outra razão que 1% da população mundial detém a mesma riqueza que os outros 99%⁽³⁷⁾.

Tenta-se mascarar a realidade e com isso procura-se justificar o sofrimento alheio ou o cometimento de ilegalidades para satisfazer a interesses que se apresentam como sendo de todos, mas que, de fato, pertencem a alguns poucos e determinados segmentos da sociedade. E, para tanto, chega-se a sustentar que não se podem fechar empresas envolvidas com corrupção ou que adulteram seus produtos porque isso geraria desemprego.

Utilizando-se da retórica de que não se pode tratar os empregados como coitados, busca-se implementar uma legislação que toma as

empresas como coitadas, uma legislação que protege as empresas, para que possam exercer, livremente, seu poder sobre os trabalhadores e para que se vejam previamente perdoadas pelo desrespeito aos consumidores e ao meio-ambiente.

E, assim, vão se preservando os interesses de 1% da população e naturalizando o sofrimento da classe trabalhadora.

E para que não se diga que não falei das flores, cumpre deixar consignado que apesar de tudo não se pode deixar abalar. Embora aparente ser de uma derrota profunda, o momento presente, dada a capacidade de mobilização social demonstrada desde 2013 e que cada vez mais se espalha entre as organizações trabalhistas, que estão reaprendendo o caminho das ruas, constitui uma grande oportunidade para que, enfim, se consiga barrar o processo de desmonte da legislação trabalhista iniciado, na história mais recente, em 1993, exatamente com a legitimação da terceirização, que atinge hoje, inclusive no setor público, em flagrante inconstitucionalidade, a mais de 12 milhões de pessoas, deixando um enorme rastro de mortes, mutilações, sofrimentos, ofensas morais, direitos desrespeitados e conflitos judiciais.

Além disso, mesmo se advierem as pretendidas reformas trabalhistas, que tentam reconduzir as relações de trabalho e a economia ao século XIX, é possível antever que não será nada fácil, no âmbito jurídico, a consagração da superação plena de direitos, eis que a Constituição, o conjunto normativo e mesmo os documentos internacionais continuarão em vigor, sendo certo que a proteção da dignidade humana sequer depende de norma expressa para ser efetivada judicialmente.

Assim, se o vácuo legislativo conduzir a explorações de trabalho, que tomem o trabalhador como coisa, como insumo do trabalho, com sua submissão a longas jornadas, a salário indigno (abaixo do mínimo constitucionalmente assegurado), a lógicas discriminatórias, com assédio, ofensa moral e sem possibilidades

(37) Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160118_riqueza_estudo_oxfam_fn>.

de descansos, de manifestação e de concreta organização sindical, não faltarão normas ou fundamentos jurídicos para impor reparações aos trabalhadores e limites ao capital, até por aplicação dos próprios dispositivos flexibilizadores que, no geral, são ambíguos, e que quando submetidos ao conjunto de leis e ao raciocínio lógico podem produzir efeitos não imaginados, como, por exemplo, o de que se todos são terceirizados, ninguém é, jogando por terra toda restrição fundamentada em excepcionalidade.

Juridicamente falando, qualquer normatividade que possibilite uma exploração do trabalho, de forma generalizada, em regime precário, ou seja, em paralelo ao modelo padrão da relação de emprego efetivo, com todos os direitos, não passa, obviamente, pelo crivo constitucional, que assegurou ao conjunto da classe trabalhadora essa conquista, que, portanto, não pode ser conduzida à esfera do voluntarismo do empregador.

O fato é que a ausência de leis ou a construção de regimes jurídicos paralelos que entram em confronto, bem ao contrário do que se imagina, acaba disseminando a insegurança jurídica.

Além disso, é uma grande ilusão considerar que a classe trabalhadora vai assistir a todo esse retrocesso histórico sem reagir, sendo certo, também, que o desencanto com as leis acaba se constituindo uma oportunidade para aflorar a consciência.

Enfim, nenhum fundamento para a implementação das reformas que se quer implementar para em pé.

E diante de todos esses argumentos, alguém que os acolha poderá, com seriedade, propor a questão: se a Reforma não aumenta a competitividade das empresas, não elimina o problema do desemprego e não favorece as pequenas e médias empresas, mas, se houver, de fato, uma crise existe, o que fazer, então?

Primeiro, lembre-se, a crise é do capital e não será a eliminação de direitos dos trabalhadores que vai resolver o problema, como

demonstrado, e também porque não é sequer moral exigir que os explorados se sacrifiquem para manter um sistema que tem favorecido a uma pequena parcela da população mundial, na qual não estão incluídos.

De todo modo, pensando o problema dentro do padrão do modelo de sociedade vigente, vislumbrando sofrimentos que possam ser ao menos minimizados — o que está longe de ser o ideal a ser buscado pela classe trabalhadora e pelos oprimidos da história —, a resposta parece-me simples e se coloca por intermédio de uma indagação provocativa: por que não experimentar, com seriedade e honestidade, o projeto de Estado Social fixado na Constituição Federal e amparado pelas leis sociais?

Dito de outro modo: que tal respeitarmos a lei?

Com isso, poderíamos, enfim, sem desgaste legislativo, chegar a grandes mudanças, que trariam efetiva modernidade às relações de trabalho, pois, no caso brasileiro, sairíamos enfim do século XIX e poderíamos com isso até atrair certa respeitabilidade da comunidade internacional. Neste contexto, algumas mudanças poderiam ser: a) negar validade à terceirização, inclusive da atividade-meio; b) reconhecer o princípio da sucumbência no processo do trabalho; c) rejeitar o regime de 12x36; d) declarar a inconstitucionalidade do banco de horas, revitalizando a norma constitucional que estabeleceu o limite de 44 horas semanais; e) invalidar a prática das horas extras ordinariamente prestadas e que ultrapassam, inclusive, o limite de duas horas ao dia; f) negar validade à terceirização no setor público; g) rejeitar a tese da responsabilidade subjetiva pelos acidentes do trabalho, afastando o argumento da culpa exclusiva da vítima; h) reconhecer a configuração do acidente do trabalho sem o pressuposto da necessidade da prova do nexos causal, adotando as presunções do Nexos Técnico Epidemiológico e fazendo sobressair

os caracteres degenerativos; i) considerar acumuláveis adicionais de insalubridade quando presentes distintos agentes nocivos à saúde no ambiente do trabalho; j) afastar o salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, nos termos da proibição constitucional e da referência expressa da Constituição a ‘adicional de remuneração’; k) deferir a acumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade; l) fixar valores reparatórios e punitivos para as indenizações por acidentes do trabalho e por danos morais e materiais, equiparando-os, por exemplo, às indenizações que se vêm concedendo por perdas de bagagens por companhias aéreas; m) não homologar acordos sem respeito ao caráter imperativo da legislação do trabalho, impedindo que os acordos representem legitimação a autênticas renúncias a direitos; n) não consignar nos acordos cláusula com quitação do extinto contrato de trabalho; o) pronunciar, sistematicamente, a prescrição quinquenal com base em interpretação literal da norma constitucional, que garante aos trabalhadores a possibilidade de discutirem os direitos de cinco anos da relação de trabalho, respeitando-se o limite de dois anos contados do término do vínculo; p) conferir eficácia à norma constitucional que garante aos trabalhadores a relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária; q) acatar a teoria da subordinação estrutural e reticular para efeito do reconhecimento do vínculo empregatício; r) adotar e aplicar os preceitos legais pertinentes ao dano social, cuja função é punir de forma adequada a prática das agressões reincidentes e deliberadas da legislação trabalhistas, eliminando a vantagem econômica do agressor; s) garantir às trabalhadoras domésticas a integralidade de direitos; t) refutar as limitações inconstitucionais e ilegais ao exercício do direito de greve etc.

Eis uma grande reforma!

10. Referências bibliográficas

- ANTUNES, José Pinto. O “Robot” e as consequências econômico jurídicas da sua utilização. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 52, p. 250-260, 1957.
- BARROS JR., Cássio Mesquita. Impacto das novas tecnologias no âmbito das relações individuais do trabalho. *Revista LTr* 51-9/1.045-1.056.
- BEZERRA JR, Carlos. *Lista suja do trabalho escravo: a “delação” que não interessa*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/lista-suja-do-trabalho-escravo-a-delacao-que-nao-interessa>>.
- BITTENCOURT, Dario de. Das “ordenações filipinas” à criação do Ministério do Trabalho: a legislação social trabalhista brasileira anterior a 1930. Separata da *Revista Trabalho, Indústria e Comércio*, ano I, n. 2, 1932, set. 1938. Porto Alegre: Thurmman, 1938. p. 15.
- PASTORE, José. *Relações de trabalho numa economia que se abre. Palestra realizada no Congresso Brasileiro de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 4 nov. 1996. In: PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997. p. 93.
- _____. O futuro do emprego. Artigo publicado no *Jornal da Tarde*, em 20 dez. 1995. In: PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997. p. 23.
- _____. A morte do emprego. Artigo publicado no *Jornal da Tarde*, em 15 set. 2004. In: PASTORE, José. *A agonia do emprego*. São Paulo: LTr, 1997. p. 21.
- PIMENTEL, Marcelo. Palestra proferida no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, realizado em Fortaleza, em março de 1987. In: Editorial da *Revista LTr* 51-4/87.
- RIBEIRO, José Augusto Ribeiro. *A Era Vargas*. Volume 1: 1882-1950: o primeiro governo Vargas. Rio de Janeiro: Casa Jorge Editorial, 2001. p. 103.
- SILVEIRA, Edy de Campos. Contribuição e elaboração de um anteprojeto de lei dispondo sobre a ‘arbitragem facultativa na solução dos conflitos individuais do trabalho’. *Revista LTr* 1-4/393.

A proposta de emenda à Constituição n. 287/2016 e o risco de desproteção social

Carlos Alberto Pereira de Castro^(*)

Resumo:

- O presente ensaio aborda a Proposta de Emenda à Constituição que trata de alterar, com bastante profundidade, o sistema de Seguridade Social brasileiro, tanto no tocante ao Regime Geral de Previdência Social quanto aos Regimes Próprios, excluídos os militares, e quanto ao chamado benefício assistencial para idosos e deficientes. São discutidas não só as regras propostas, mas também a constitucionalidade de uma reforma que ataca, frontalmente, a noção de Estado de Bem-Estar Social, constatando-se que, uma vez aprovada, a proposta descortina um futuro incerto e de graves consequências para a subsistência dos beneficiários, sob o argumento de que há um “déficit” nas contas do sistema, sem contudo buscar a melhoria da arrecadação, o combate à sonegação fiscal, a ruptura do processo de precarização e informalidade no mercado de trabalho e o problema das mortes e afastamentos por motivo de saúde, sejam os decorrentes de acidentes e doenças ligadas ao trabalho, seja os causados pela grave crise da segurança pública.

Abstract:

- This essay deals with the Proposed Amendment to the Constitution, which seeks to change the Brazilian Social Security system, both in terms of the General Social Security System and the Own Regimes, excluding the military, and with regard to the so-called welfare benefit For the elderly and disabled. Not only the proposed rules are discussed, but also the constitutionality of a reform that frontally attacks the concept of Welfare State, and once it is approved, the proposal reveals an uncertain future and serious consequences for subsistence of beneficiaries, on the grounds that there is a “deficit” in the system’s accounts, without seeking to improve tax collection, combating tax evasion, breaking the process of precariousness and informality in the labor market and the problem of deaths and withdrawals due to health reasons, whether arising from work-related accidents and diseases or those caused by the serious public security crisis.

(*) Juiz do Trabalho, titular da 7ª Vara de Florianópolis – TRT da 12ª Região. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Titular da cadeira n. 20 da Academia Catarinense

de Letras Jurídicas. Membro emérito do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Professor de Direito Previdenciário em cursos de pós-graduação da Escola da Magistratura do Trabalho da 12ª Região – ESMATRA e da Escola da Magistratura Federal do RS – ESMAFE.

Palavras-chave:

- ▶ Seguridade social — Reformas constitucionais — Estado de bem-estar social — Benefícios previdenciários.

Key-words:

- ▶ Social security — Constitutional reforms — Welfare state — Social security benefits.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução — (mais uma) reforma inconstitucional?
- ▶ 2. O ataque ao estado de bem-estar social prometido em 1988
- ▶ 3. Problemas não enfrentados pela PEC n. 287
 - ▶ 3.1. A alegação de déficit nas contas da Seguridade Social: a flagrante contradição em razão da manutenção da DRU pela EC n. 93/2016
 - ▶ 3.2. Redução de benefícios aos segurados *versus* renúncias fiscais e não-participação do Estado no financiamento — a quem serve a Seguridade Social, afinal?
 - ▶ 3.3. A ausência de combate à sonegação fiscal: por que não se faz justiça tributária?
 - ▶ 3.4. O não enfrentamento dos problemas que acarretam maiores ônus às políticas públicas de Seguridade Social: a omissão quanto aos danos causados por acidentes (incluindo os do trabalho) e a falta de políticas de combate ao desemprego estrutural
 - ▶ 3.5. A questão rural: só o Brasil está supostamente “no caminho errado”?
- ▶ 4. Propostas relativas ao regime geral de previdência social
 - ▶ 4.1. Criação da idade mínima e padronização etária
 - ▶ 4.2. Critério de cálculo das aposentadorias no RGPS
 - ▶ 4.3. Contribuição e comprovação de atividade do trabalhador rural/segurado especial
 - ▶ 4.4. Aposentadorias especiais no RGPS
 - ▶ 4.5. Pensão por morte no RGPS
- ▶ 5. Propostas relativas aos regimes próprios
 - ▶ 5.1. As particularidades dos Regimes Próprios e a reforma
 - ▶ 5.2. Gestão e Fiscalização dos RPPS
 - ▶ 5.3. Mudanças nas aposentadorias dos RPPS
 - ▶ 5.4. Aplicação do mesmo teto para o RGPS e os RPPS
 - ▶ 5.5. Adoção de mesma regra de reajustamento dos proventos de aposentadorias e das pensões em todos os regimes
 - ▶ 5.6. Aposentadorias especiais nos RPPS
 - ▶ 5.7. Pensão por morte nos RPPS
 - ▶ 5.8. Acumulação de aposentadorias e pensões nos RPPS
 - ▶ 5.9. Abono de permanência

- ▶ 6. A transição na proposta de emenda
- ▶ 7. O benefício de prestação continuada (BPC/LOAS)
- ▶ 8. À guisa de considerações finais
- ▶ 9. Referências bibliográficas

1. Introdução — (mais uma) reforma inconstitucional?

O Governo Federal, sob o argumento de que há necessidade de ajustes nas contas públicas, incluídas aí as despesas com benefícios da Previdência Social, tanto do Regime Geral como dos Regimes Próprios, e ainda, os benefícios da Assistência Social, apresentou, no dia 6.12.2016, uma Proposta de Emenda à Constituição, que levou o n. 287/2016 e atualmente tramita nas casas do Poder Legislativo — que detém, na ordem constitucional brasileira, o Poder Constituinte Derivado.

O intuito manifesto da PEC, segundo sua Exposição de Motivos — *assinada pelo Ministro da Fazenda, Henrique Meirelles*, é “fortalecer a sustentabilidade do sistema de seguridade social, por meio do aperfeiçoamento de suas regras, notadamente no que se refere aos benefícios previdenciários e assistenciais”, é dizer, em quase nada se referindo a questões relacionadas ao custeio — salvo quanto às contribuições dos segurados do meio rural.

Declara o Governo, no texto da Exposição, assinado pelo atual Ministro da Fazenda, ser este conjunto de medidas “indispensável e urgente, para que possam ser implantadas de forma gradual e garantam o equilíbrio e a sustentabilidade do sistema para as presentes e futuras gerações”.

A PEC alerta para questões de natureza demográfica, já que “a expectativa de sobrevida da população com 65 anos, que era de 12 anos em 1980, aumentou para 18,4 anos em 2015”. Nesse sentido, sustenta o Governo que “a idade mínima de aposentadoria no Brasil já deveria ter sido atualizada”.

Alude o texto da PEC à evolução demográfica brasileira, calculada pelo IBGE, que “aponta

para uma maior quantidade de beneficiários do sistema, recebendo benefícios por maior período de tempo, em contraponto com menor quantidade de pessoas em idade contributiva, tornando imprescindível a readequação do sistema de Previdência Social para garantir seu equilíbrio e, consequentemente, a sua sustentabilidade no médio e longo prazo”.

Além de tais aspectos demográficos, o texto aponta “distorções e inconsistências do atual modelo”, na ótica do Governo: “regras para concessão e financiamento dos benefícios rurais; readequação dos benefícios assistenciais; a persistência de regimes específicos para algumas categorias; e a disparidade das regras que regem o RGPS e o RPPS”.

O único ponto relativo ao custeio envolve a contribuição do segurado especial, propondo-se “instituir uma cobrança individual mínima e periódica para o segurado especial, substituindo o modelo de recolhimento previdenciário sobre o resultado da comercialização da produção”. Propõe-se “a adoção de uma alíquota favorecida sobre o salário mínimo, adequada à realidade econômica e social do trabalhador rural”.

De plano, os estudiosos do Direito, especialmente do Direito Previdenciário, se veem novamente diante da tentativa de atentados a Direitos e Garantias Individuais, cláusulas pétreas conforme a Constituição de 1988, na forma do inciso IV do art. 60, na medida em que tanto em seu conjunto como em suas disposições, isoladamente, apresentam evidente retrocesso social — exceção feita à alteração proposta no art. 109, que leva a competência para as ações que envolvem benefícios de natureza acidentária para a Justiça Federal, retirando-as da Justiça Estadual, o que se aplica apenas a processos que venham a ser

ajuizados após a sua promulgação, conforme o art. 21 da PEC.

Há, na proposta, evidente atingimento da própria estrutura do Estado de Bem-Estar Social, como veremos a seguir.

2. O ataque ao estado de bem-estar social prometido em 1988

O Estado Democrático de Direito que a Constituição de 1988 reconhece como existente tem entre seus objetivos a promoção do bem-estar de todos e a redução das desigualdades sociais — em síntese, estaria direcionado — no sentido de Constituição-dirigente de que nos fala Canotilho⁽¹⁾ — à realização da Justiça Social, o que apesar de se caracterizar como um grande desafio, não pode ser abandonado pelos poderes constituídos.⁽²⁾

Ferrajoli,⁽³⁾ ao identificar a crise “profunda e crescente” do Direito, formula de modo esquemático três aspectos desta, e que se apresentam como elementos integrantes do momento atual por que passa a nação brasileira.

O primeiro, relacionado à crise de legalidade dos poderes constituídos, está fortemente identificado com a “fenomenología de la ilegalidade del poder”. Tal como se observa aqui, aponta o jurista italiano que em seu país:

(1) “O título — Constituição dirigente e vinculação do legislador — aponta já para o núcleo essencial do debate a empreender: o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 11).

(2) Como pontifica Pasold, ao tratar dos desafios do Estado Contemporâneo: “Eis composto um quadro que exige uma consciência social esclarecida e mobilizadora da Sociedade, no sentido de que o progresso seja colocado a serviço de todas as pessoas, assegurando-lhes plenas condições de realização humana” (PASOLD, César Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. 3. ed. Florianópolis: Diploma Legal, 2003. p. 86).

(3) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2006.

numerosas investigaciones han sacado a la luz un gigantesco sistema de corrupción que envuelve a la política, la administración pública, las finanzas y la economía, y que se ha desarrollado como una especie de Estado paralelo, desplazado a sedes extra-legales y extra-institucionales, gestionado por las burocracias de los partidos y por los lobbies de los negocios, que tiene sus propios códigos de comportamiento.⁽⁴⁾

Em segundo lugar, indica Ferrajoli a inadequação estrutural das formas de Estado de Direito às funções do *Welfare State*. Frisa o autor que tal problema é associado à contradição entre o paradigma clássico do Estado de Direito — como conjunto de limites e proibições impostos aos poderes públicos de forma certa, geral e abstrata, e o Estado Social, que demanda os próprios poderes constituídos quanto à satisfação de direitos mediante prestações positivas e nem sempre predetermináveis de maneira geral e abstrata. Mas também que:

Precisamente, el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa y, sobre todo, la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y de control, al sistema de las garantías tradicionalmente predispuestas para la propiedad y la libertad, representan, en efecto, no sólo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio.⁽⁵⁾

E, por fim, Ferrajoli alude à crise dos Estados nacionais, por mudanças relativas à própria soberania estatal, fragilizada pela globalização e pelos interesses de grandes conglomerados econômicos, com repercussão direta no constitucionalismo, que fica, assim, debilitado, pois a integração internacional retirou o poder decisório dos poderes estatais:

(4) FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 15.

(5) FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 16.

El proceso de integración mundial, y específicamente europea, ha desplazado fuera de los confines de los Estados nacionales los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía, en materia militar, de política monetaria y políticas sociales.⁽⁶⁾

O que se nota é uma crise estrutural do Estado Democrático de Direito no Brasil, seja pela indisfarçável falta de representatividade da classe política, a partir de diversas investigações em curso, envolvendo inclusive a “compra” de medidas provisórias e outros atos normativos — a “Operação Zelotes” — seja pela própria contraposição e prevalência de interesses do capital especulativo sobre o povo que constitui esta Nação, notadamente os menos favorecidos, na medida em que, reduzindo drasticamente a proteção social prometida pelo Poder Constituinte originário em 1988, em todas as políticas sociais de redução de desigualdades — educação, saúde, assistência e previdência⁽⁷⁾ — demonstra haver uma crise que não é só política, ou fiscal, mas principalmente ideológica e filosófica.⁽⁸⁾

Nota-se que a PEC n. 287/2016, a exemplo das reformas anteriores, decorrentes das ECs ns. 20/1998 e 41/2003, mais uma vez em nada se preocupa com questões fundamentais e cruciais para a solução de diversas anomalias e injustiças realizadas — desde sempre — à sociedade brasileira, como será visto a seguir.

3. Problemas não enfrentados pela PEC n. 287

3.1. A alegação de déficit nas contas da Seguridade Social: a flagrante

(6) FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 17.

(7) *Vide*, a propósito, a PEC n. 55/2016, que visa o corte de gastos públicos nestas áreas pelo prazo de 20 anos, ou seja, sepultando qualquer perspectiva de melhoria da condição social das camadas menos favorecidas da população.

(8) LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *Jurisdição constitucional e democracia: uma análise fenomenológica de manifestações decisórias em sede de controle difuso de constitucionalidade*. Florianópolis : Conceito Editorial, 2009. p. 23.

contradição em razão da manutenção da DRU pela EC n. 93/2016

O primeiro argumento lançado pelo Governo envolve o polêmico tema do suposto déficit das contas públicas em matéria de Previdência Social.

Insiste o Sr. Ministro da Fazenda, subscritor da Exposição de Motivos da PEC, cuja *pasta* “absorveu” a da Previdência Social⁽⁹⁾, numa sinalização muito clara do que estava por vir, em afirmar, tendo por base um gráfico denominado “Fluxo de caixa do INSS”, constante do Anuário Estatístico da Previdência Social, que há um déficit de 85,8 bilhões de reais, a partir de uma conta que não leva em consideração o conjunto de receitas da Seguridade Social previstos no art. 194 da Constituição e na legislação regulamentadora das contribuições sobre faturamento e lucro líquido, além das outras receitas previstas na Lei n. 8.212/1991, mas apenas as contribuições que incidem sobre folha de pagamentos, o que se caracteriza como manipulação evidente dos dados relativos ao financiamento do sistema, fato este já denunciado várias vezes por entidades reconhecidamente isentas, como a ANFIP — Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, antiga Associação Nacional dos Fiscais da Previdência, tendo-se por base a obra mais recente lançada por aquela entidade.⁽¹⁰⁾

Em sua tese de Doutorado em Economia pela UFRJ, Denise Gentil esclarece:

(9) O Ministério do Trabalho e Previdência Social foi extinto pela Medida Provisória n. 726, de 12 de maio de 2016, convertida na Lei n. 13.341, de 2016. O mesmo diploma, também de forma peculiar, transferiu o Conselho de Recursos da Previdência Social, que passou a se chamar Conselho de Recursos do Seguro Social, e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, do Ministério do Trabalho e Previdência Social para o Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário.

(10) LOPES, Décio Bruno; MARANHÃO, Maria Inez Resende dos Santos (Coord.). *Previdência Social: contribuição ao debate*. Brasília : Fundação ANFIP, 2016.

“O que vem sendo chamado de déficit da previdência é, entretanto, o saldo previdenciário negativo, ou seja, a soma (parcial) de receitas provenientes das contribuições ao INSS sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho e de outras receitas próprias menos expressivas, deduzidas das transferências a terceiros e dos benefícios previdenciários do RGPS”. Este cálculo, segundo a mesma pesquisadora, não leva em consideração todas as receitas que devem ser alocadas para a previdência social, deixando de computar a CSLL e a COFINS, por exemplo, resultando em “um déficit que não é real.”

Conclui, então, a economista, que se computadas todas as receitas e despesas da Seguridade Social, o resultado é um superávit:

Esse superávit, denominado superávit operacional, que é uma informação favorável — e que pode ser apurada pelas mesmas estatísticas oficiais —, não é divulgado para a população como sendo o resultado da previdência social. Constata-se, portanto, que há recursos financeiros excedentes no RGPS e que tais recursos poderiam ser utilizados para melhorar este sistema, em benefício de uma parcela considerável da população de baixa renda.⁽¹¹⁾

De acordo com o estudo da ANFIP, as receitas decorrentes das contribuições sociais chegaram no exercício de 2015 a R\$ 694,398 bilhões e as despesas totais a R\$ 683,169, resultando em um superávit, portanto, de R\$ 11,229 bilhões, sendo que nos anos anteriores o resultado sempre foi positivo, nunca negativo.⁽¹²⁾

Lembram os estudiosos da questão tributária, ainda, que o número alardeado pelo Governo embute falsamente as chamadas renúncias

fiscais, que são concedidas, por exemplo, às chamadas entidades filantrópicas, ou em políticas de desoneração da folha de pagamento: “no ano de 2015, os valores de renúncia foram responsáveis por aproximadamente 50% do pseudo déficit previdenciário”, lembra Maçaneiro.⁽¹³⁾ Segundo os dados projetados pela ANFIP, o montante de renúncias fiscais em 2015 chegou à monta de R\$ 64,185 bilhões.

Admitido o suposto déficit, o atual governo então estaria em evidente contradição, pois submeteu à aprovação ainda em 2016, e teve promulgada, a EC n. 93, de 8.9.2016, com a alteração do art. 76 do ADCT⁽¹⁴⁾ prorrogando a chamada DRU, que retira doravante não mais 20%, mas sim 30% da arrecadação decorrente da receita de contribuições à Seguridade Social (R\$ 110,9 bilhões/ano, conforme notícia veiculada no site do Senado) até 2023.⁽¹⁵⁾

Desta forma, se valores de renúncias fiscais e DRU somados chegam a R\$ 175 bilhões, não é inteligível falar em déficit de R\$ 85,8 bilhões.

Entendemos como superado, por falacioso, o argumento de que o RGPS é deficitário.

Quanto aos Regimes Próprios, o problema abrange outros aspectos, pois via de regra é o ente da Federação que (1) não cumpre a exigência de criação de um Fundo Previdenciário Próprio e (2) não verte recursos — como qualquer empregador ou tomador de mão de obra é obrigado a fazer, no RGPS — de modo a manter a cobertura dos benefícios devidos, como determinam o art. 1º da Lei n. 9.717/1998 e seus incisos.

(13) *Op. cit.*, p. 13.

(14) Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data.

(15) Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/08/24/senado-aprova-proposta-que-prorroga-a-dru-ate-2023>>. Acesso em: 19 dez. 2016.

(11) GENTIL, Denise Lobato. *A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira* — Análise financeira do período 1990–2005. Tese de Doutorado em Economia. Universidade Federal do Rio de Janeiro. p. 31–33.

(12) MAÇANEIRO, Vanderley. Financiamento da Previdência Social: receitas, renúncias e recuperação de créditos. In: LOPES e MARANHÃO, *op. cit.*, p. 10.

Em artigo elucidativo desta questão relativa à gestão dos RPPS, Maria Cecília Mendes Borges identifica haver constante descumprimento da legislação relativa a tais regimes, em razão de “ausência ou insuficiência de fiscalização; a falta de punição dos maus gestores e a falta de transparência na aplicação dos ativos”, acarretando “crescente comprometimento do limite prudencial para despesas com pessoal fixado pela Lei Complementar n. 101/07; impossibilidade de realização de investimentos em áreas prioritárias para a sociedade, como saúde, educação e segurança; impossibilidade de adoção de políticas de desenvolvimento mais robustas; dificuldade em manter o equilíbrio financeiro e atuarial do RPPS.”⁽¹⁶⁾

Há, evidentemente, distorções bem maiores a serem discutidas e revistas, como por exemplo as aposentadorias (estas sim, precoces e imoralmente acumuladas) a políticos que exerceram mandatos eletivos e pensões a seus respectivos dependentes⁽¹⁷⁾ e as fraudes perpetradas, como a que foi veiculada amplamente pela mídia nacional envolvendo concessões de aposentadorias por invalidez a mais de 100 servidores da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina que não tinham qualquer problema de saúde.⁽¹⁸⁾

Em todo caso, a solução para os problemas de má gestão, tanto no RGPS quanto nos RPPS, não deveria passar tão somente pela modificação dos direitos daqueles que, honestamente,

prestaram seus serviços a toda uma sociedade, no exercício de cargos públicos ou quaisquer outras atividades lícitas, em flagrante quebra do princípio da proteção da confiança legítima, o qual será tratado mais adiante.

3.2. Redução de benefícios aos segurados versus renúncias fiscais e não-participação do Estado no financiamento — a quem serve a Seguridade Social, afinal?

Noutra vertente deste debate, recorda-se que o sistema de Seguridade Social estabelecido pela ordem constitucional vigente (art. 194 da CF) exige o financiamento não somente por parte de trabalhadores e empresas, mas também do poder público: o suposto déficit era — e continua sendo — “tão somente a diminuta parcela de recursos que caberia, naturalmente, ao Estado brasileiro contribuir. Como é, aliás, em todos os demais países que adotam o mesmo modelo previdenciário”.⁽¹⁹⁾

A Constituição estabelece que a receita da Seguridade Social constará de orçamento próprio, distinto daquele previsto para a União Federal (art. 165, § 5º, III; art. 195, §§ 1º e 2º). O legislador constituinte originário pretendeu, com tal medida, evitar que houvesse sangria de recursos da Seguridade para despesas públicas que não as pertencentes às suas áreas de atuação. No regime constitucional anterior, não havia tal distinção, o que tem acarretado, até hoje, a ausência de um “fundo de reserva”, dizimado que foi por regimes anteriores. É o relato do ex-Ministro da Previdência (e hoje Deputado Federal) Reinhold Stephanes:

Quando o sistema era jovem — ou seja, o número de trabalhadores contribuintes era muito superior ao número de inativos — verificaram-se saldos de caixa que deveriam ser utilizados para garantir a viabilidade do sistema em conjunturas desfavoráveis. Entretanto, esses saldos, muitas vezes, foram

(16) BORGES, Maria Cecília Mendes. Regimes próprios de previdência social: controle e forma de apreciação das contas pelos tribunais de contas. *Revista TCE-MG*, Belo Horizonte. abr./mai./jun. 2014. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2641.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

(17) Segundo estudos publicados, 157 ex-governadores e ex-primeiras-damas recebem aposentadorias especiais e pensões vitalícias que variam de R\$ 10,5 mil a R\$ 26,5 mil. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/estados-pagam-pensao-104-ex-governadores-14922273#ixzz4Tt6m4XUm>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

(18) Disponível em: <<http://ndonline.com.br/florianopolis/noticias/estigmatizados-pelo-escandalo-dos-invalidos-servidores-da-assembleia-protestam>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

(19) MAÇANEIRO, *op. cit.*, p. 14.

utilizados para outras finalidades, distintas dos interesses previdenciários.

Os saldos da Previdência foram usados na construção de Brasília, na constituição e no aumento de capital de várias empresas estatais (*sic*), na manutenção de saldos na rede bancária como compensação pela execução de serviços de arrecadação de contribuições e de pagamento de benefícios. De 1986 a 1988, as transferências da Previdência Social para a área de saúde cresceram por conta da implantação do Sistema Único Descentralizado de Saúde (SUDS), chegando a 35% da arrecadação sobre a folha de salários. De 1988 até meados de 1993, as transferências para o Sistema Único de Saúde (SUS), que substituiu o SUDS, chegaram a 15% de toda a arrecadação sobre a folha de salários.⁽²⁰⁾

Ou seja, é importante salientar que grande parte das dificuldades financeiras da Previdência é causada pela má administração do fundo pelos gestores que o dilapidaram. E esta dívida interna não é assumida pelo Governo nas discussões sobre a questão da sustentabilidade do regime, acarretando um ônus desnecessário aos atuais contribuintes.

3.3. A ausência de combate à sonegação fiscal: por que não se faz justiça tributária?

Outro motivo de discordância é a total ausência de preocupação com o combate à sonegação fiscal, cujo “sonômetro” aponta um dano de 500 bilhões de reais por ano. Em 2015, de acordo com este mesmo estudo, 12.547 empresas brasileiras eram responsáveis por uma dívida tributária de R\$ 723,38 bilhões, dos quais metade é devida à Previdência.⁽²¹⁾

(20) STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998, p. 95.

(21) Disponível em: <<http://www.quantocustaobrasil.com.br/artigos/divida-ativa-da-uniao-e-sonegacao-tubaro-es-ratos-fantasmas-patos-e-as-formigas>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

Assim, o que se esperaria, antes de novamente dirigir suas baterias de armas contra os segurados que verteram suas contribuições ao sistema, é que os gestores públicos considerassem a alternativa — perfeitamente plausível e aconselhável — de atacar os que não cumprem suas obrigações tributárias antes de penalizar, mais uma vez, os trabalhadores e seus dependentes. Como frisa o estudo da ANFIP, “uma nova reforma deverá, antes de tudo, promover a otimização da arrecadação em vez de focar na redução de benefícios.”⁽²²⁾

Somente com a redação proposta pelo relator, deputado Artur Maia, notam-se algumas medidas ainda bastante tímidas diante do *verdadeiro rombo* — este indiscutível — na arrecadação:

— o *caput* do § 11 do art. 195 passa a dispor que “São vedados o parcelamento em prazo superior a sessenta meses, a remissão, a anistia e a quitação com prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa das contribuições sociais de que tratam os incisos I, a, e II do *caput*”;

— “se introduz § 11-B com o intuito de determinar que não se promova concessão de isenção, redução de alíquota ou de base de cálculo de contribuições previdenciárias sem que se compense o sistema de aposentadorias e pensões custeado por tais receitas”; e

— “acrécimo de um § 11-C, por meio do qual se visa responsabilizar o patrimônio pessoal de gestores quando se verifica a inadimplência por parte de pessoas jurídicas em relação a contribuições previdenciárias.

A questão da justiça tributária é uma das mais importantes a serem buscadas na sociedade brasileira, marcada ultimamente pela ideia de que empresas envolvidas com suborno e corrupção do alto escalão governamental sempre se beneficiam, acarretando naturalmente uma maior e muitas vezes intragável carga tributária

(22) LOPES e MARANHÃO, *op. cit.*, p. 151.

aos demais contribuintes, sejam pessoas físicas na condição de trabalhadores, segurados ou consumidores, sejam as pessoas jurídicas em suas mais diversas atividades, da construção civil ao pequeno produtor, que acabam sendo inviabilizadas em razão da incapacidade de concorrer com outras, cujos princípios não se pautam pela ética e pela legalidade de suas transações, incluindo aí, obviamente, as benesses advindas de favores fiscais como as falsas entidades filantrópicas, os programas de recuperação fiscal para devedores contumazes e a inércia dos órgãos fiscais que acarretam a caducidade do direito de exigir os tributos e contribuições sociais.

3.4. O não enfrentamento dos problemas que acarretam maiores ônus às políticas públicas de Seguridade Social: a omissão quanto aos danos causados por acidentes (incluindo os do trabalho) e a falta de políticas de combate ao desemprego estrutural

O texto apresentado ao Legislativo pelo Executivo, cujo viés já se identificou como de redução pura e simples da proteção social, não atinge esse trágico objetivo apenas pelo conteúdo proposto, mas também pela evidente omissão quanto a aspectos que dizem respeito à formação das despesas do Estado com seus indivíduos – segurados ou não da Previdência.

Dois fenômenos sociais presentes e facilmente constatáveis na atualidade são exemplos da omissão governamental em tratar com devida atenção os graves problemas da modernidade: *a sinistralidade do ambiente de trabalho e a violência urbana e rural*.

No primeiro fenômeno, nota-se completa omissão a respeito dos constantes e crescentes índices de ocorrência de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, da ordem de mais de 700 mil por ano, se levarmos em conta apenas as Comunicações de Acidentes do Trabalho

— ou seja, sem contar com toda a gama de atividades prestadas na informalidade — este câncer que fere de morte o mercado de trabalho brasileiro e deixa praticamente a metade dos trabalhadores sem a devida proteção social, ante, mais uma vez, a inapetência do Executivo em exercer a fiscalização da atividade econômica, com o uso regular e constante do poder de polícia. Vidas continuam sendo perdidas e pessoas incapacitadas em números similares a de países em guerra, causando um ônus aos cofres da Previdência da ordem de 100 bilhões de reais/ano, segundo pesquisas realizadas pelo economista José Pastore.⁽²³⁾

No outro, nota-se a perversidade do poder constituído, que não toma providências eficazes contra a expansão da criminalidade (desde o tráfico de drogas e de armas até o de madeira, fora a banalização do atentado à vida alheia, além da violência no trânsito), causadora de mortes e mutilações a milhares de brasileiros — geralmente pessoas jovens — e que deixam dependentes, especialmente viúvas, com pensões que, desde 2015, já não são mais vitalícias.

Em ambos os casos, as despesas públicas não são apenas “na conta da Previdência”, mas também da Assistência Social e especialmente da Saúde, com custos totais que segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) são de R\$ 28 a 30 bilhões ao ano.⁽²⁴⁾

(23) Disponível em: <<http://www.topmed.com.br/comunicacao/noticias-da-rede/gastos-do-brasil-com-acidentes-de-trabalho-superam-conta-de-r-100-bilhoes/>>. Acesso em: 26 dez. 2016.

(24) Em 2013, no Brasil, foram registrados mais de 42 mil óbitos por acidentes de trânsito, segundo o Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM). Em sua maioria as vítimas são os homens, jovens e adultos jovens. Em relação às internações hospitalares por acidentes de trânsito, foram quase 170 mil ocorrências atendidas no Sistema Único de Saúde (SUS), com gasto de aproximadamente R\$ 230 milhões. Um aumento de quase 50% em relação ao valor gasto em 2008, R\$ 117.683.116,48. Disponível em: <<http://promocaodasaude.saude.gov.br/promocaodasaude/assuntos/incentivo-a-seguranca-no-transito/noticias/impactos-economicos-dos-acidentes-de-transito/>>. Acesso em 26: dez. 2016.

No entanto, nada se faz para combater esse verdadeiro “déficit”, não de caráter financeiro, mas sim de vidas humanas.

3.5. A questão rural: só o Brasil está supostamente “no caminho errado”?

Lamentavelmente, a Exposição de Motivos do Governo, que apresenta a PEC n. 287 à sociedade, trata o segurado trabalhador rural como um grande vilão do sistema.

Indica a existência de um “alto índice de informalidade” (como se a culpa disso fosse do próprio trabalhador) e de contribuições que seriam equivalentes a apenas 2% do valor “gasto” com benefícios — como se não tivesse havido a unificação das previdências urbana e rural, em um discurso de caráter estigmatizante e que demonstra uma visão completamente distorcida da realidade mundial a respeito do tema.

Divergimos frontalmente da ideia sectária de apontar o dedo em riste para os beneficiários do meio rural como se não fossem partícipes do mesmo sistema desde a Constituição de 1988.

Em primeiro lugar, é necessário frisar, como já o fez José Enéas Kovalczuk Filho em sua dissertação de Mestrado, que somente a partir desta Constituição “o rurícola em sua plenitude passou a ser considerado membro efetivo e permanente da seguridade social pátria”.⁽²⁵⁾

Depois, é importante registrar que no meio rural há diversas realidades sociais e econômicas. De um lado, pessoas sujeitas à informalidade e à ausência de fiscalização do Estado, como os boias-frias; trabalhadores em alto grau de penosidade, como os cortadores de cana-de-açúcar; sujeitos a condições profundamente insalubres, como os trabalhadores em contato com agrotóxicos; e todos sujeitos

a problemas de saúde típicos desta atividade, especialmente o melanoma (câncer de pele). De outro, produtores-empresários rurais, que exercem atividades altamente rentáveis com mão de mão precária, ou quase nenhum uso de mão de obra (agricultura mecanizada). E, ainda, os pequenos produtores rurais em regime de economia familiar, que num certo sentido, não exploram nem são explorados em sua força de trabalho por outrem.

Em que pese tais considerações, observa-se que em grande parte dos países que adotam modelos de repartição há um forte subsídio à atividade rural, o que não pode e não deve ser confundido com políticas de cunho assistencial, como é o caso do Bolsa-Família.

Conforme estudo publicado pela Organização Internacional do Trabalho, para cotejo do cumprimento da Convenção n. 102 da OIT, a respeito da proteção previdenciária do trabalhador rural no Brasil, a previdência rural brasileira é (ainda) apontada pelos especialistas em seguridade social como uma das experiências mais abrangentes do ponto de vista de proteção e inclusão social no contexto internacional e particularmente na América Latina.

Ou seja, com a Proposta de Emenda, o Governo pretende agir de forma diametralmente oposta ao que preconiza o consenso internacional, por razões meramente circunstanciais, violando, à toda evidência, a Convenção n. 102 da OIT, ao pretender reduzir o alcance — que deveria, ao contrário ser universal — da proteção social.

4. Propostas relativas ao regime geral de previdência social

Vistas as questões em que há flagrante omissão da PEC n. 287 e que poderiam ser objeto de enfrentamento numa reforma que se preocupasse, de fato, com os indivíduos, e não com “as contas do governo”, chega-se à análise de cada uma das propostas incluídas no texto da PEC.

(25) KOVALCZUK FILHO, José Enéas. *A função social da proteção previdenciária aos trabalhadores rurais*. São Paulo: LTr, 2015. p. 47.

4.1. Criação da idade mínima e padronização etária

A proposta que pode ser considerada central na PEC n. 287 é a que envolve a exigência de uma idade mínima para todas as hipóteses de aposentadoria voluntária, além de um tempo mínimo de contribuição.

A justificativa presente na PEC é que “Em países com o envelhecimento populacional em estágio mais avançado que o nosso, a média já supera os 65 anos”.

Propunha-se originalmente que tal idade mínima fosse a mesma — homens e mulheres, tanto para trabalhadores do meio urbano quanto do meio rural, mantendo-se, tão somente, a diferenciação para as chamadas “aposentadorias especiais”, devidas àqueles segurados que exercerem atividades comprovadamente nocivas à saúde.

A respeito desta temática, é relevante lembrar que em 2015 houve a edição de Medida Provisória n. 676, de 17.6.2015 (convertida posteriormente na Lei 13.183/2015), a qual, segundo a Exposição de Motivos da MP, lavrada no próprio Poder Executivo,

Acrescenta o art. 29-C à Lei n. 8.213, de 1991, com a finalidade de manter a regra 85/95 aprovada pelo Congresso Nacional, com vigência imediata, mas com a inclusão da progressividade deste parâmetro de cálculo, incorporando o impacto do envelhecimento da população e o aumento da expectativa de sobrevida. Esta é uma exigência para assegurar a sustentabilidade financeiro-orçamentária futura da Previdência Social.⁽²⁶⁾

Pela aprovação daquela regra, hoje vigente, a majoração do fator 85/95 ocorrerá progressivamente até 2022, a partir de 2018, assegurando o cálculo do benefício da aposentadoria por essa regra aos segurados que preencham os requisitos necessários até 31 de dezembro de 2018.

(26) BRASIL. *Exposição de motivos da Medida Provisória 676, de 17 de junho de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Exm/Exm-MP%20676-15.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2017.

Na época da aprovação da MP, convertendo-a em Lei, o então ministro da pasta disse que “o caráter de progressão colabora para a sustentabilidade do sistema previdenciário porque reconhece as mudanças demográficas do país”.⁽²⁷⁾

Como se explica, então, que pouco mais de um ano após a aprovação da Lei n. 13.183 seja necessária a revisão da regra estabelecida, inclusive com indicação, a todos os segurados, de um plano de majoração paulatina da idade para obtenção de 100% do salário de benefício?

A PEC n. 287, a um só tempo, visa tornar ineficaz a alteração levada a efeito e extinguir, por conseguinte, o fator previdenciário, que veio a lume em 1999 justamente por não ter o Governo, à época da EC n. 20/1998, obtido êxito na aprovação da idade mínima para aposentadoria voluntária no RGPS, por ter faltado somente um voto para obtenção do quórum qualificado para aprovação da matéria.

O fator previdenciário, embora bastante criticado, ao menos permite uma redução de graves desigualdades, na medida em que, ao não fixar uma idade mínima, permite que pessoas seguradas desde a adolescência (e que já contam com tempo de contribuição suficiente para aposentadoria) possam ter deferido o benefício.

Caso aprovada a PEC n. 287, uma pessoa que inicie seu labor aos 16 anos de idade (homem ou mulher) e contribua de modo ininterrupto terá sua aposentadoria devida com a mesma idade que uma outra que tenha iniciado a contribuir somente após cumprir todo o ensino superior, por exemplo, a partir dos 25 anos de idade. No entanto, apesar de muito possivelmente ter trabalhado em atividades mais penosas, terão que trabalhar muito mais, como é fácil observar.

A respeito da distinção entre urbanos e rurais, reportamo-nos às diferenças que

(27) Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/2015/11/aposentadoria-sancionada-formula-8595-de-aposentadoria/>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

também ocorrem dentro do próprio meio rural no tocante à penosidade de algumas atividades — matéria que deveria ser objeto de regulamentação infraconstitucional (pois há previsão no art. 7º da CF/88) e nunca foi objeto de discussão.

Acrescenta-se que a idade mínima proposta é completamente surreal, pois no Brasil as pessoas não conseguem colocação no mercado de trabalho, especialmente após os 50 anos de idade, como tem sido relatado pelos órgãos que pesquisam o tema.

Estudos do final de 2016 apontam que somente entre janeiro e setembro já se havia perdido 657.761 postos de trabalho, frisando-se o detalhe relativo à faixa etária dos desempregados:

As demissões estão atingindo mais os homens, com idade entre 25 e 49 anos, com ensino fundamental e que ganham entre dois e cinco salários mínimos. Nessa faixa etária, típica do chefe de família, foram registrados 803.606 desligamentos no período, mostra estudo realizado pelo site especializado Trabalho Hoje (...).⁽²⁸⁾

Acrescido a isso, passaria a ser exigido, caso aprovada a PEC, um mínimo de 25 anos de contribuição para qualquer aposentadoria, exceto a invalidez — o substitutivo reduziu o tempo de contribuição para os trabalhadores rurais para 20 anos, como será visto adiante.

Corre-se o risco, portanto, de haver um bolsão de pessoas sem-emprego-e-sem-previdência, na medida em que o indivíduo que perca o emprego em certa faixa etária não consiga nova ocupação e, por consequência, deixe de contribuir, acarretando a busca por outros programas sociais, de caráter puramente assistencial — muito mais “caros” para as contas públicas, visto o problema sob o ponto de vista puramente econômico.

(28) Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/homem-de-25-49-anos-a-cara-do-desemprego-17993813>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

Em retorno ao tema do trabalho camponês, a PEC sugere uma visão sectária entre população urbana e rural⁽²⁹⁾ ao afirmar que “não há exigência de contribuição do segurado especial” (item 47 da Exposição de Motivos), o que é uma grave inverdade, bastando verificar o que prevê a Lei n. 8.212/1991 em seu art. 25. Se as contribuições não são vertidas corretamente, ou não são cobradas de quem não as realiza, é um problema de natureza tributária e fiscalizatória, havendo aí omissão do Estado em sua função executiva e no exercício do poder de polícia, não se podendo culpar todo o conjunto de segurados pela inadimplência de parte destes.

É dizer, a Proposta de Emenda, contrariamente ao que preconiza a Constituição dirigente de 1988, *aumentará as desigualdades sociais, em vez de reduzi-las*.

O fator previdenciário não corrige o problema de modo pleno, mas acarreta o somatório da idade com o tempo de contribuição, permitindo que a pessoa segurada se beneficie de ter iniciado no mercado de trabalho em idade mais jovem, ou ao menos não seja tão prejudicado.

O substitutivo do deputado Artur Maia, diante das acirradas críticas que o texto original sofreu, em que pese manter a fixação de idades mínimas, promoveu alterações:

- diferenciação da idade mínima entre homens e mulheres do meio urbano, passando a prever *65 anos para o homem e 62 anos para a mulher*;
- quanto ao trabalhador rural, a modificação do texto para prever idade mínima de *60 anos e 20 anos de contribuição*, para ambos os sexos;
- para professores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das

(29) “O atual modelo de contribuição do trabalhador rural gera apenas 2% da arrecadação previdenciária total, tornando a relação entre as contribuições e despesas com os benefícios rurais altamente deficitária” (item 46 da Exposição de Motivos da PEC n. 287)

funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, idade mínima de 60 anos e 25 anos de contribuição, para ambos os sexos.

O texto do substitutivo, entretanto, é nitidamente contraditório, na medida em que reconhece a discriminação da mulher no mercado de trabalho e a necessidade de tratamento distinto, mas apenas o faz no que toca às trabalhadoras do meio urbano e excluiu o magistério, como se no meio rural e entre professores a situação fosse diversa do restante da sociedade.

Por fim, encontramos no texto da PEC uma norma que tem conteúdo nitidamente trabalhista: o art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passaria, caso aprovada a Proposta, a conter um § 4º, com a seguinte redação:

§ 4º Até que seja publicada a lei complementar a que se refere o inciso I do art. 7º da Constituição, o vínculo empregatício mantido no momento da concessão de aposentadoria voluntária não ensejará o pagamento da indenização compensatória prevista no inciso I.

Trata-se, à toda evidência, de tentativa de redução do alcance dado à matéria pela decisão proferida pelo STF na ADIn n. 1.770, que declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos do art. 453 da CLT sob o argumento de que a aposentadoria voluntária, por si, não acarreta o fim do contrato de trabalho e que gerou o cancelamento da OJ n. 170 da SBDI-1 do TST, que entendia indevida a indenização de 40% do FGTS sobre o período anterior à aposentadoria do empregado que continuava trabalhando na mesma empresa após a concessão do benefício.

4.2. Critério de cálculo das aposentadorias no RGPS

Inova a PEC n. 287 ao tentar a aprovação de um novo critério de cálculo da renda mensal dos benefícios de aposentadoria.

Propõe-se, além da fixação da idade mínima — que leva, por conseguinte, à ineficácia, caso

aprovada, a Lei n. 9.876/99 (fator previdenciário) e todas as regras que se baseiam na sua sistemática — a adoção de uma nova fórmula para a obtenção do salário de benefício.

É de se recordar que até a criação do fator previdenciário pela Lei n. 9.876/1999, o cálculo do benefício de aposentadoria era a média aritmética dos últimos 36 salários de contribuição, corrigidos monetariamente.

Com a mudança ocorrida, passou a ser considerado para o cálculo o valor da média aritmética de todos os salários de contribuição, computados desde julho de 1994 e desprezados apenas os menores salários de contribuição equivalentes a 20% do total de meses de contribuição. Assim, o cálculo de quem tinha 100 meses de contribuição de julho de 1994 até a véspera da aposentadoria seria a média dos 80 maiores salários de contribuição corrigidos monetariamente.

Para que não paire dúvida acerca da autoaplicabilidade do novo *período básico de cálculo*, a PEC, caso aprovada, assim impõe:

Art. 19. Até que lei venha a disciplinar a matéria, as médias previstas no § 2º-A do art. 40 da Constituição e no § 8º-A do art. 201 da Constituição considerarão as remunerações e salários de contribuição, atualizados monetariamente, utilizados como base para contribuições ao regime geral de previdência social ou ao regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição, correspondentes a 100% (cem por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a competência do início da contribuição, se posterior àquela competência.

Outro ponto relacionado ao cálculo envolve o percentual desta média que leva ao valor da chamada *renda mensal inicial* do benefício de aposentadoria.

A esse respeito, a PEC n. 287 previa originalmente que a renda mensal das aposentadorias voluntárias e por invalidez não acidentária corresponderia a 51% da média dos salários de contribuição acrescidos de 1 (um) ponto

percentual para cada ano de contribuição considerado na concessão da aposentadoria, até o limite de 100%.

O relator da PEC na Câmara, entretanto, diante das pesadas críticas que foram formuladas, pois caso aprovada desta forma a matéria, apenas após 49 anos de contribuição algum segurado, homem ou mulher, conseguiria se aposentar com o valor equivalente à média, *resolveu alterar o critério, que passou a ser de 70% da média de salários de contribuição, observando-se, para as contribuições que excederem o tempo de contribuição mínimo exigido para concessão do benefício (25 anos), os seguintes acréscimos, até o limite de 100%, incidentes sobre a mesma média:*

- a) do primeiro ao quinto grupo de doze contribuições adicionais, 1,5 (um inteiro e cinco décimos) pontos percentuais por grupo;
- b) do sexto ao décimo grupo de doze contribuições adicionais, 2 (dois) pontos percentuais por grupo;
- c) a partir do décimo primeiro grupo de doze contribuições adicionais, 2,5 (dois inteiros e cinco décimos) pontos percentuais por grupo.

Conforme informa o relatório encaminhado pelo deputado Artur Maia, relator da PEC na Câmara, “Não se considera para cômputo da média o tempo de contribuição prestado no âmbito de regimes jurídicos voltados a militares”.

Um detalhe importante: *a idade da pessoa na data da aposentadoria passa a não ter qualquer relevância no cálculo*, enquanto atualmente, nos critérios de cálculo do fator previdenciário, quanto maior a idade, mais a pessoa se beneficia, podendo inclusive chegar a receber mais de 100% da média.

A PEC ainda prevê um critério de atualização para a idade e o tempo mínimo de contribuição, a fim de evitar a necessidade de novos ajustes após certo período: assim,

“sempre que verificado o incremento mínimo de 1 (um) ano inteiro na média nacional única correspondente à expectativa de sobrevida da população brasileira aos sessenta e cinco anos, para ambos os sexos, em comparação à média apurada no ano de promulgação desta Emenda, as idades previstas serão majoradas em números inteiros...”, o que valeria tanto para o RGPS quanto para os RPPS.

4.3. Contribuição e comprovação de atividade do trabalhador rural/segurado especial

Visa a PEC n. 287 “instituir uma cobrança individual mínima e periódica para o segurado especial, substituindo o modelo de recolhimento previdenciário sobre o resultado da comercialização da produção”. Propõe-se “a adoção de uma alíquota favorecida sobre o salário mínimo, adequada à realidade econômica e social do trabalhador rural” — item 51 da Exposição de Motivos.

O Brasil atualmente (ainda) está, conforme a OIT, entre os países de mais alta cobertura na América Latina, “em função dos seus programas de inclusão social, principalmente a Previdência Rural e o BPC”. Conclui o estudo em questão que a situação da previdência brasileira “é coerente com o consenso internacional de que, na área rural, não é possível exigir contribuições regulares e mensais como se faz nos modelos existentes nas áreas urbanas”.⁽³⁰⁾

A contribuição vertida pelo segurado especial, incidente sobre a produção rural comercializada, atende ao princípio constitucional da equidade na participação do custeio do sistema, na medida em que, havendo períodos em que não há comercialização, não há como exigir contribuição:

Se a produção é a renda que eles auferem, esta deve ser a base de cálculo. Exigir desses segurados uma contribuição baseada no

(30) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *As boas práticas brasileiras em seguridade social*. V. 1. Brasília: OIT, 2012. p. 80-82.

salário mínimo ou outro parâmetro seria atribuir-lhes uma renda fictícia, que estaria ferindo o princípio da equidade.⁽³¹⁾

Se o problema está, como apontado pelo próprio Governo, na falta de adimplemento das contribuições, a mera alteração de critérios de participação no custeio dos segurados especiais não modificará o panorama, devendo, isto sim, direcionar-se os esforços da Receita Federal do Brasil na efetiva fiscalização, lançamento e cobrança dos valores não pagos.

Acerca da redução de cinco anos, na aposentadoria por idade e por tempo de contribuição, até então concedida para a classe rural, a Exposição de Motivos aponta que “se justificava, à época, pelas adversas condições de vida e trabalho desse grupo, que exerce atividade tipicamente braçal, exposto às intempéries e, no passado, com grande dificuldade de acesso a serviços públicos básicos” e ainda, “a predominância do trabalho informal, que reduz o rendimento médio do trabalhador rural, quando comparado à média dos trabalhadores urbanos”.

Sustenta o Governo que “pelos regras atuais, o segurado especial não precisa comprovar recolhimentos previdenciários caso não comercialize sua produção: basta provar que trabalhou 15 anos em atividade rural, por meio de início de prova material (notas de produtor rural, declaração de sindicato, documentos pessoais dos quais conste a ocupação rurícola, dentre outros), corroborada por prova testemunhal”.

Isto acarreta, segundo a Exposição de Motivos, grande quantidade de concessões de aposentadorias nesse segmento: “A desnecessidade de efetivas contribuições, e esta forma de comprovação do trabalho rural, têm resultado em um número muito elevado de concessões de aposentadorias rurais, bem como o reconhecimento de tempo de trabalho rural sem contribuições para outros benefícios urbanos”.

(31) BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm. *Previdência rural: inclusão social*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011. p. 159.

O substitutivo do deputado Artur Maia, diante das severas críticas ao texto original, *reduziu a idade mínima para 60 anos e o tempo mínimo de contribuição de tais pessoas de 25 anos para 20 anos* — redação do § 7º, inciso II, do art. 195.

São estabelecidos, segundo o relator, regras voltadas a não deixar “ao relento” caso não se regulamente a nova modalidade de contribuição desses segurados ao sistema previdenciário: “Se isso não ocorrer, passam a se aplicar as mesmas regras previstas para os microempreendedores individuais”.

Sobre contagem do tempo rural, a redação conferida à PEC pelo substitutivo indica:

Art. 11. A contribuição a que se refere o § 8º do art. 195 da Constituição será disciplinada em lei, no prazo de até vinte e quatro meses a contar da data de publicação desta Emenda.

§ 1º No prazo improrrogável previsto no *caput*, fica mantido o critério de aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção, nos termos da legislação que disciplinava a aplicação do § 8º do art. 195 da Constituição em sua redação anterior a esta Emenda.

§ 2º Vencido o prazo estabelecido no *caput* sem que a contribuição seja disciplinada, a contagem de tempo de atividade rural dependerá do recolhimento de contribuições na forma dos §§ 12 e 13 do art. 201.

Art. 12. Ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo e do art. 16, será assegurada contagem fictícia de tempo de contribuição decorrente de situações descritas na legislação em vigor na data de publicação desta Emenda, para efeito de aposentadoria, até que lei discipline a matéria, observando-se, a partir de então, o disposto no § 14 do art. 201 da Constituição.

§ 1º O tempo de atividade rural exercido até a data de publicação desta Emenda, desde que comprovado na forma da legislação vigente na época do exercício da atividade, será reconhecido para a concessão de aposentadoria a que se refere o § 7º do art. 201 da Constituição, substituindo-se eventual exigência de declaração sindical

pela declaração do próprio segurado acompanhada de razoável início de prova material, garantindo acesso a benefício de valor igual a um salário mínimo.

§ 2º Para os segurados de que trata o § 8º do art. 195, o reconhecimento do tempo de atividade rural previsto no § 1º será estendido até que seja exigível a contribuição prevista no mesmo dispositivo ou até o vencimento do prazo estabelecido no *caput* do art. 11.

Como a contribuição que é prevista terá de ser disciplinada em lei e deverá atender ao princípio da anterioridade especial das contribuições (90 dias), a consideração do tempo rural será assim mantida até que seja exigível a exação a ser incluída na legislação de custeio.

O ponto é que a informalidade das relações de trabalho no meio rural não é sinônimo de obtenção indevida de benefícios: a baixa escolaridade e a exploração — muitas vezes beirando a escravidão — de boias-frias e situações afins não permite outra forma de prova que a estabelecida atualmente. Trata-se do princípio da aptidão para a prova, desconhecido dos economistas e tecnocratas de plantão.

Negar ao trabalhador rural o direito a aposentadoria pelo simples fato de ter provas muitas vezes frágeis de ter trabalhado não é solução, mas sim a criação de outro problema, pois estes trabalhadores dificilmente obterão benefícios previdenciários, acabando por se tornarem, quando muito, titulares de prestações assistenciais.

4.4. Aposentadorias especiais e de professores no RGPS

A PEC n. 287 também visa atingir a concessão de aposentadorias especiais. O texto propunha originalmente o fim da aposentadoria diferenciada para professores de qualquer nível de ensino (passando a ser exigidos os mesmos requisitos para os segurados em geral).

Além disso, aponta na direção de que há apenas duas espécies de aposentadorias especiais: a dos portadores de deficiência (regulamentada pela Lei Complementar n. 142/2015) e

a dos segurados que exercem atividades sob condições que “*efetivamente* prejudiquem a saúde, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação”.

O objetivo, nas entrelinhas, é colocar fim em concessões com base em atividades de risco, exigindo-se a comprovação de efetiva nocividade da atividade, pois a redação original não continha a palavra “efetivamente” e esta é a única alteração observada no tocante à regra em questão (§ 1º do art. 201 da CF).

Nesta mesma toada, o relator da PEC na Câmara afirma em seu relatório, acerca da matéria, inclusive para os RPPS: “o substitutivo furta-se a resgatar o critério das atividades de risco como uma de suas hipóteses, mas determina que sejam tratados de forma específica professores, policiais e agentes penitenciários. Também estabelece que se faça avaliação biopsicossocial no que diz respeito à definição da condição de pessoa com deficiência”.

Esta avaliação, por sua vez, deverá considerar “os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho de atividades e as restrições à participação no meio social” (art. 18 da PEC).

Fica também definido, pela Proposta de Emenda Constitucional, quanto às aposentadorias especiais por exposição a agente nocivo, que “a redução na idade e no tempo de contribuição para essas aposentadorias especiais estará limitada a, no máximo 10 e 5 anos, respectivamente, conforme estabelecido em lei complementar”, o que é justificado, na Exposição de Motivos, não só pelo aumento da expectativa de sobrevida como também porque “ocorreu melhoria nas condições do ambiente de trabalho”. Todavia, esta última afirmação é, no mínimo, altamente discutível, na medida em que o número de pessoas vítimas de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais não se reduziu de modo significativo, muito pelo contrário, continua em níveis alarmantes e lamentáveis.

Portanto, caso aprovada a PEC n. 287, fica aberta a oportunidade para que, por via legal, seja novamente adotada uma idade mínima para as aposentadorias especiais por atividade exercida, o que atualmente não é exigido, e certamente haverá a majoração do tempo mínimo exigido na atividade nociva.

Coloca-se em risco a própria existência deste benefício, ou pelo menos a sua inevitável judicialização em caso de aprovação da mudança proposta, pois as empresas não necessariamente informam os agentes nocivos a que está sujeito a pessoa do segurado, e os documentos exigidos por lei — PPRA, PCMSO, LTCAT, PPP — são, muitas vezes, produzidos apenas para cumprir formalidades perante a (incipiente) fiscalização do trabalho.

4.5. Pensão por morte no RGPS

O benefício da pensão por morte, já tratado em legislação bastante recente, que limitou o seu alcance, volta novamente a ser objeto de redução do campo de proteção pela PEC n. 287.

Segundo os dados do Governo, o montante das pensões representa 24,2% do valor despendido com benefícios do RGPS e, de acordo com a Exposição de Motivos, “decorre da falta de dispositivos legais limitando a concessão desses benefícios”.

Por esta razão é proposta “a revisão das regras de cálculo de seu valor, a extinção da reversibilidade das cotas e vedação de acúmulo de pensão com aposentadoria, em complemento às alterações iniciadas pela Lei n. 13.135, de 2015, resultado da conversão da Medida Provisória n. 664, de 2014.”

A síntese das ideias trazidas pela PEC n. 287 é a seguinte:

- previsão de valor inicial de pensão diferenciado conforme o número de dependentes;
- irreversibilidade de cotas individuais de pensão;
- vedação de acúmulo de pensão por morte com aposentadoria por qualquer beneficiário ou de duas pensões por morte,

pelo beneficiário cônjuge ou companheiro, oriundas de qualquer regime previdenciário, até o máximo de dois salários mínimos; e

— harmonização do rol de dependentes de todos os regimes de previdência social.

Quanto ao cálculo, o texto da PEC estabelece que “será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento), acrescida de cotas individuais de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o limite de 100% (cem por cento) do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito”, porém aplicando-se o § 2º do art. 201. No texto original da PEC, o valor da pensão poderia ser inferior ao salário mínimo vigente, o que foi alterado na Câmara.

Novamente em razão de críticas procedentes, o relator do substitutivo da PEC na Câmara modifica o texto original dos §§ 16 a 18 do art. 201, passando a ter a seguinte redação:

§ 16. O benefício de pensão por morte será equivalente a uma cota familiar de 50% (cinquenta por cento), acrescida de cotas de 10 (dez) pontos percentuais por dependente, até o limite de 100% (cem por cento), observando-se os seguintes critérios:

I – na hipótese de óbito do aposentado, as cotas serão calculadas sobre o valor da aposentadoria que o segurado recebia;

II – na hipótese de óbito de segurado em atividade, as cotas serão calculadas sobre o valor da aposentadoria a que teria direito caso o segurado fosse aposentado, na data do óbito, nos termos do inciso III do § 7º;

III – as cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes, preservado o valor de 100% (cem por cento) quando o número de dependentes for igual ou superior a cinco;

IV – o tempo de duração da pensão por morte e das cotas por dependente até a perda dessa qualidade será estabelecido em lei.

§ 17. É vedado o recebimento conjunto, sem prejuízo de outras hipóteses previstas em lei:

I – de mais de uma aposentadoria à conta do regime geral de previdência social;

II – de mais de uma pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro, no âmbito do regime geral de previdência social, ou entre o regime geral de previdência social e o regime de previdência de que trata o art. 40;

III – de pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro e de aposentadoria no âmbito do regime geral de previdência social, ou entre o regime geral de previdência social e o regime de previdência de que trata o art. 40, cujo valor total supere dois salários mínimos.

§ 18. Na hipótese dos incisos II e III do § 17, é assegurado direito de opção por apenas um dos benefícios, ficando suspenso o pagamento dos demais benefícios.

Inobstante isso, o texto demonstra apenas preocupação com as “contas da Previdência”, não se recordando que, quando do falecimento de um segurado ou do dependente que receba uma cota de pensão, a perda de seu rendimento, mesmo quando há outra pessoa com atividade remunerada, compõe a renda familiar para o custeio de todas as despesas, *sendo certo que não há uma redução drástica nos gastos cotidianos de uma família de um dia para o outro em razão do óbito de algum dos seus integrantes.*

A vedação do recebimento de duas pensões deixadas pelo mesmo indivíduo (instituidor) *fere de morte a Constituição no tocante à proteção conferida pelo seguro social*, na medida em que houve regular e compulsória contribuição em ambos os casos, não sendo possível imaginar que o Estado deixe de oferecer a contrapartida quando da ocorrência do risco social coberto conforme a redação original do artigo 201 da Carta Magna.

No mesmo diapasão, a vedação de recebimento conjunto de aposentadoria, decorrente de contribuição vertida regularmente pelo indivíduo, e pensão por perda do ente afetivo que também contribuiu para a proteção de sua família atenta contra o mesmo princípio.

Em outras palavras, dado um casal em que ambos recebem aposentadoria de R\$ 4.000,00 cada, é de se presumir que seus gastos atinjam

valor próximo de R\$ 8.000,00. Mas o falecimento de um deles não leva à redução das despesas de R\$ 8.000,00 para R\$ 4.000,00. Logo, se for vedada a acumulação de aposentadoria com pensão acima de dois salários mínimos, isso trará sérias dificuldades financeiras para o(a) viúvo(a) deste exemplo.

Mais grave ainda é a situação quando nos deparamos com pessoas que exercem licitamente mais de uma atividade e, por tal razão, ao falecer, acarretam o direito a pensões também simultâneas. Não há sentido em penalizar a pessoa viúva pelo fato de ter o instituidor sido uma pessoa tão capaz e trabalhadora a ponto de ter duas atividades paralelas, dentro das limitações constitucionais e legais. *A matéria, certamente, envolverá questionamentos sob a ótica da inconstitucionalidade.*

O mesmo pode ser dito em relação à hipótese de reversão da cota-parte de um dependente para outro, atualmente prevista. A exclusão de tal possibilidade acarretará os mesmos problemas já expostos acima e com toda certeza levará a questionamentos em juízo.

Quanto à duração da percepção da pensão, já tecemos comentários bastante críticos à ideia, quando incluída na Lei n. 8.213/1991 pela MP n. 664/2014 e na conversão desta pela Lei n. 13.135/2015, aos quais nos reportamos. A questão foi tratada pura e simplesmente sob o ponto de vista de coibir fraudes, porém estas, como exceções, não podem impor danos à esmagadora maioria da sociedade, que se pauta pela boa-fé.

Aqui residem, ademais, certamente algumas das principais questões polêmicas em caso de aprovação da PEC:

- Em caso de benefícios de pensão já concedidos, pretenderá o INSS aplicar a regra de irreversibilidade das cotas entre dependentes?
- Em caso de pessoa que exerça atividade remunerada simultaneamente em mais de um regime de previdência, de forma lícita, seu falecimento não irá gerar, então,

direito a duas pensões para seu dependente em relação conjugal ou afetiva?

— Em caso de pessoa que já tenha preenchido todos os requisitos para a aposentadoria, porém não a tenha requerido antes de possível aprovação da PEC, tal aposentadoria, concedida após a promulgação da Emenda, seria então inacumulável com pensão deixada pelo falecimento de cônjuge/companheiro(a)?

— E na hipótese de pensão devida por falecimento anterior à aprovação da PEC, mas requerida posteriormente (por exemplo, em casos de reconhecimento de paternidade após o óbito), aplicar-se-á a regra da data do óbito ou o INSS irá aplicar a regra de cálculo e cumulatividade restrita eventualmente promulgada?

Quanto à análise dos impactos sociais da PEC sobre as pensões, fica evidente, mais uma vez, o descaso das autoridades públicas acerca dos fenômenos sociais que circundam o tema, especialmente se lembrarmos que o Brasil registra a inacreditável contagem de 58.000 homicídios por ano⁽³²⁾ e uma média sempre superior a 40.000 mortes por ano no trânsito. Se pensarmos que grande parte destes falecimentos são de pessoas em idade ativa para o trabalho, não é difícil notar o risco de desamparo a milhares de famílias com as mudanças propostas.

5. Propostas relativas aos regimes próprios

5.1. As particularidades dos Regimes Próprios e a reforma

Não se limita a PEC n. 287 ao campo do Regime Geral de Previdência, ocupando-se, sobremaneira, também dos Regimes Próprios.

(32) Em 2015, 58 mil pessoas foram assassinadas no país, segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública — BRASIL. *10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/10o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

O texto da PEC, a respeito de tais Regimes, alude que:

Desequilíbrios históricos dos RPPS, oriundos de períodos anteriores, e a manutenção de regras que demandam aperfeiçoamento, de sorte a proporcionar oferta de proteção previdenciária aos servidores públicos que não onerem excessivamente o conjunto da sociedade, indicam a necessidade de nova revisão desses sistemas.

As dificuldades encontradas no âmbito dos RPPS são de diferentes matizes. A principal, com toda certeza, é o desequilíbrio financeiro das contas dos Entes Federativos, que não necessariamente é causado pelos benefícios previdenciários devidos, merecendo por este motivo a mesma crítica já lançada ao alegado déficit das contas do RGPS.

Ataca-se a previdência dos servidores públicos, mas não outras questões muito mais profundas e perenes de mau uso do dinheiro público, como os gastos excessivos com obras superfaturadas, propaganda(?) governamental, inchaço de órgãos e entidades públicas a partir de inúmeros cargos em comissão que servem apenas de “cabides de emprego” para os cor-religionários das alianças político-partidárias, desorganização administrativa etc.

Com efeito, a má gestão dos recursos públicos, realizada por décadas consecutivas, especialmente com desvios flagrantes de finalidade do uso das contribuições de servidores — exigidas desde a regulamentação da EC n. 3, ou seja, a partir de 1993 — algumas vezes pelo imoral recurso à extinção de regimes próprios municipais, e a ausência de criação de um fundo previdenciário em cada Ente, para cobertura dos servidores segurados e seus dependentes, acarretou grande parte da situação hoje vivenciada.

5.2. Gestão e fiscalização dos RPPS

A Proposta “prevê a edição de uma lei que estabelecerá regras gerais de organização e funcionamento dos RPPS em âmbito nacional, voltadas a garantir a responsabilidade na

gestão previdenciária, criando mecanismos de proteção dos recursos vinculados aos fundos previdenciários”. Neste sentido, diz a Exposição de Motivos, “busca fortalecer o modelo de regulação e supervisão dos RPPS instituído pela Lei n. 9.717, de 1998”.

Ocorre que os tecnocratas do Governo Federal insistem na ideia de que a União, através de seus servidores públicos, teria constitucionalmente o poder de estabelecer critérios de avaliação da retidão (ou não) da gestão dos regimes/fundos previdenciários dos demais Entes da Federação, inclusive a partir de um Certificado de Regularidade Previdenciária, “concedido” pela União a Estados e Municípios que ajam de acordo com as diretrizes da administração pública federal.

Todavia, há evidente desrespeito ao princípio da autonomia dos Entes da Federação, não sendo factível a PEC neste aspecto, por inconstitucionalidade flagrante, conflitando com o art. 18 do Texto Constitucional original,⁽³³⁾ sendo certo que o art. 24 do mesmo diploma indica a competência concorrente dos Entes Federativos sobre “previdência social” em seu inciso XII, de modo que “No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais” (§ 1º do art. 24).

A matéria, ademais, se encontra sedimentada no STF, após diversos Entes Federativos se insurgirem contra a União:

SEPARAÇÃO DE PODERES. PREVIDÊNCIA SOCIAL. AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. TUTELA. Surge relevante pedido voltado ao implemento de tutela antecipada quando estão em jogo competência concorrente e extravasamento do campo alusivo a normas gerais considerada previdência estadual (ACO n. 830/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 10.4.2008).

(33) Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Em seu voto, o relator, Ministro Marco Aurélio, afirmou:

Constato, neste exame preliminar, que se adentrou não o campo do simples estabelecimento de normas gerais. Atribuem-se a ente da Administração Central, ao Ministério da Previdência e Assistência Social, atividades administrativas em órgãos da Previdência Social dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos fundos a que se refere o artigo 6º da citada lei. A tanto equivale a previsão de que compete ao Ministério da Previdência e Assistência Social orientar, supervisionar e acompanhar as práticas relativas à previdência social dos servidores públicos das unidades da Federação. Mais do que isso, mediante o preceito do art. 7º, dispôs-se sobre sanções diante do descumprimento das normas — que se pretende enquadradas como gerais. Deparo, assim, com quadro normativo federal que, à primeira vista, denota o extravasamento dos limites constitucionais, da autonomia própria, em se tratando de uma Federação. Uma coisa é o estabelecimento de normas gerais a serem observadas pelos Estados membros. Algo diverso é, a pretexto da edição dessas normas, a ingerência na administração dos Estados, quer sob o ângulo direto, quer sob o indireto, por meio de autarquias. Vale frisar que não prospera o paralelo feito entre a legislação envolvida na espécie e a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, editada a partir de previsão expressa contida no art. 169 da Constituição Federal, impondo limites a serem atendidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. 3. Tenho como atendidos os requisitos próprios à tutela antecipada, valendo assinalar que o poder de cautela é inerente ao Judiciário, à luz dos ditames constitucionais. 4. Defiro a tutela antecipada para afastar, a partir deste momento, o óbice vislumbrado pela União ao repasse obrigatório da compensação previdenciária bem como a observação, doravante, da exceção imposta a partir da Lei n. 9.717/98, até mesmo quanto à realização de operações financeiras de que trata o art. 7º dessa lei.

Após tal decisão, diversas decisões em sede de tutela antecipada foram proferidas no

mesmo sentido, *verbi gratia*: AC n. 3.794/DF, rel. Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 17.3.2015; AC n. 3.562/MG, rel.^a Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática, DJe 12.3.2014; AC n. 3.201-MC, rel. Ministro Marco Aurélio, decisão monocrática, DJe 21.8.2012.

Logo, caso aprovada a PEC neste tópico, certamente haverá arguição de inconstitucionalidade, com alentadas possibilidades de reconhecimento.

A PEC indica, ademais, que União, Estados, Distrito Federal e Municípios “deverão adequar os regimes de previdência dos servidores titulares de cargos efetivos ao disposto nos §§ 14 e 20 do art. 40 da Constituição no prazo de dois anos, contado da data de publicação desta Emenda, sem prejuízo do disposto no art. 4º” (art. 15).

5.3. Mudanças nas aposentadorias por tempo de contribuição e invalidez dos RPPS

O substitutivo do relator da PEC n. 287 visa alterar a idade mínima, já criada pela EC n. 20/98, para os titulares de cargos efetivos e vitalícios se aposentarem, propondo-se o mesmo limite mínimo — de 65/62 anos de idade — do RGPS, para homens e mulheres, respectivamente — originalmente, a idade seria igual para ambos, fixada em 65 anos, tendo sido alterada pelo relator da matéria na Câmara.

A proposta iguala os critérios de idade mínima, tempo mínimo de contribuição e critérios de cálculo das aposentadorias e pensões para os servidores civis vinculados aos RGPS e RPPS, mantendo-se, todavia, as exigências de dez anos de serviço público e cinco anos no cargo, regras que não mais se coadunariam, a nosso ver, com o texto proposto, ante a incoerência de estabelecer exigências que não existem no RGPS.

Não esconde o Governo sua intenção de, sem ainda criar um regime único de Previdência, tornar ainda mais factível tal ideia, na

medida em que a criação da previdência complementar em diversos Entes da Federação, incluindo a União, já leva a que os ingressantes em cargos públicos após a instituição dos fundos correspondentes possam se aposentar tendo como valor “teto” de proventos o mesmo previsto para o RGPS.

O § 2º-A do art. 40, no tocante ao “período básico de cálculo”, caso aprovado, estabelece que “os proventos das aposentadorias decorrentes do disposto neste artigo terão como referência a média aritmética simples das remunerações e dos salários de contribuição, selecionados na forma da lei, utilizados como base para contribuições ao regime de previdência de que trata este artigo e ao regime geral de previdência social”. Exclui-se, portanto, rendas auferidas na condição de militar das Forças Armadas, podendo a lei “selecionar” o período contributivo — atualmente, é computado de julho de 1994 em diante, em razão da adoção do Real como moeda daquele mês em diante.

O § 3º do art. 40 sofreria, conforme a PEC n. 287, alteração em sua redação, para conter a mesma regra de cálculo da renda mensal inicial de aposentadoria do RGPS, adrede comentada (51% da média mais 1% para cada ano de contribuição, salvo a invalidez acidentária, que é de 100% da média, e a aposentadoria compulsória, fixada em 75 anos de idade, cujo cálculo seria o resultado do tempo de contribuição dividido por 25 (vinte e cinco), limitado a um inteiro, multiplicado pelo resultado do cálculo previsto para as demais aposentadorias).

No entanto, o substitutivo do deputado Artur Maia já modificou o critério de cálculo para considerar como base 70% da média de salários de contribuição, observando-se então, para as contribuições que excederem o tempo de contribuição mínimo exigido para concessão do benefício (25 anos), os seguintes acréscimos, até o limite de 100%, incidentes sobre a mesma média:

- a) do primeiro ao quinto grupo de doze contribuições adicionais, 1,5 (um inteiro

e cinco décimos) pontos percentuais por grupo;

b) do sexto ao décimo grupo de doze contribuições adicionais, 2 (dois) pontos percentuais por grupo;

c) a partir do décimo primeiro grupo de doze contribuições adicionais, 2,5 (dois inteiros e cinco décimos) pontos percentuais por grupo.

Apenas no caso das pessoas com deficiência e nas aposentadorias por invalidez causadas por acidente em serviço ou moléstia profissional, asseguram-se proventos com 100% da média. No texto original da PEC, as doenças ocupacionais ficavam “de fora” da regra, sem o menor fundamento para tal *discrimen*.

Quanto à aposentadoria por invalidez acidentária, portanto, “corresponderá a 100% (cem por cento) da média dos salários de contribuição e das remunerações utilizadas como base para as contribuições do segurado aos regimes de previdência de que tratam os arts. 40 e 42, respeitado o limite máximo do salário de contribuição do regime geral de previdência social, apurada na forma da lei”.

Perde-se a oportunidade, mais uma vez, de corrigir grave anomalia na matéria, pois *não se compreende como razoável o estabelecimento de dois critérios distintos para o cálculo da aposentadoria por invalidez, diferenciados em razão da causa — ligada ou não ao serviço*.

O cálculo de aposentadorias compulsórias, uma vez atingidos os 75 anos de idade, passa a ter como critério o “resultado do tempo de contribuição dividido por vinte e cinco, limitado a um inteiro”, multiplicado pelo resultado do cálculo previsto para a aposentadoria voluntária, ficando “ressalvado o caso de cumprimento de critérios de acesso para aposentadoria voluntária que resulte em situação mais favorável” (§ 3º, inciso IV).

Quanto à possibilidade de readaptação de agentes públicos, o § 13 do art. 40, se vier a ser aprovado, passaria a prever: “O servidor titular de cargo efetivo poderá ser readaptado para

exercício de cargo cujas atribuições e responsabilidades sejam compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, mediante perícia em saúde, enquanto permanecer nesta condição, desde que a habilitação e o nível de escolaridade exigidos para o cargo de destino sejam iguais ou inferiores aos de origem, mantida a remuneração do cargo de origem.” Evita-se, com isso, readaptações para cargos de maior escolaridade e habilitações.

5.4. Aplicação do mesmo teto para o RGPS e os RPPS

Outra relevante tentativa de modificação proposta na PEC n. 287 é a imediata aplicação do valor “teto” do RGPS a todos os ocupantes de cargos efetivos e vitalícios, em razão da redação elaborada para os §§ 2º, 14 e 15 do art. 40 da CF, vazada nos seguintes termos:

§ 2º Os proventos de aposentadoria não poderão ser inferiores ao valor referido no § 2º do art. 201 ou superiores ao limite máximo estabelecido para o regime geral de previdência social.

(...)

§ 14. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que mantiverem o regime de previdência de que trata este artigo fixarão o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social para o valor das aposentadorias e pensões e instituirão regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo e oferecerá aos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida, observado o disposto no art. 202.

Em síntese, passa a ser obrigatória a utilização do valor teto do RGPS e a criação de regime previdenciário complementar para todos os Entes Federativos que mantenham RPPS (o que se compreende pelo uso do imperativo “fixarão”).

O texto da PEC n. 287 indica que a aplicação do teto do RGPS se dará somente nos casos de servidores que ingressaram em cargo de Ente Federativo sem regime de previdência complementar até a promulgação da Emenda, caso aprovada, ou os que ingressaram antes da implantação da previdência complementar no respectivo Ente Federativo, desde que não tenham optado por migrar para o respectivo regime onde exista:

Art. 4º O limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social somente será aplicado a aposentadorias concedidas a servidores que ingressaram ou vierem a ingressar no serviço público posteriormente à instituição de regime de previdência complementar ou que ingressaram anteriormente e exerceram a opção de que trata o § 16 do art. 40 da Constituição.

Todavia, é de se frisar que interpretações equivocadas podem partir de órgãos responsáveis pelos RPPS, quanto à noção de ingresso no serviço público e problemas ligados à existência ou não de solução de continuidade, notadamente quando o indivíduo deixa um cargo para tomar posse em outro, inacumulável. Neste caso, não há que se falar em aplicação das limitações advindas da implantação de fundos de pensão no Ente público respectivo.

5.5. Adoção de mesma regra de reajustamento dos proventos de aposentadorias e das pensões em todos os regimes

Na perspectiva da equalização entre os Regimes, o § 8º do art. 40, pela redação proposta, identifica expressamente o critério de reajustamento de aposentadorias e pensões dos RPPS: “É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, nos termos fixados para o regime geral de previdência social.”

Assim, supostamente colocar-se-ia fim à controvérsia a respeito da exigibilidade ou não de aplicação do INPC como critério de reajustamento de aposentadorias e pensões

nos RPPS, como já foi objeto de judicialização quanto aos servidores de Estados e Municípios, já que o Plenário do STF decidiu nos termos do relator, Min. Marco Aurélio, conceder liminar na ADIn n. 4.582 determinando a não observância obrigatória do art. 15 da Lei n. 10.887/2004 a partir da provocação do Estado do Rio Grande do Sul, matéria ainda não levada a julgamento (DJe n. 193, divulgado em 06.10.2011).

5.6. Aposentadorias especiais nos RPPS

É intenção declarada do Governo, na Exposição de Motivos da PEC n. 287, pôr fim às aposentadorias com menor tempo de contribuição e idade para professores de qualquer nível de ensino, dando sequência à mudança iniciada com a EC n. 20/98, que retirou os professores de ensino superior da regra que concedia redução de cinco anos de serviço/contribuição.

Conforme a Exposição de Motivos da PEC: “é relevante destacar que a aposentadoria antecipada dos professores afeta de forma mais significativa os RPPS dos Estados, Distrito Federal e Municípios, nos quais a carreira do magistério representa, em média, entre 20% e 30% do quadro de pessoal total, dos quais entre 80% e 90% são mulheres”.

Ou seja, professores e professoras da rede pública, já desvalorizados e sem possibilidade de realizar a contento seu mister por diversos fatores, desde a falta de segurança até a baixíssima remuneração, agora se veem desprestigiados, com a necessidade de terem de trabalhar mais tempo — sem as condições ideais — para talvez se aposentarem.

Outro ponto sobre o qual o Governo demonstra interesse na extinção de regra especial de aposentadoria envolve as chamadas atividades de risco, em que a classe dos policiais civis é a principal atingida. A respeito destas, a Exposição de Motivos considera que “medidas que elevem o tempo de contribuição para estes servidores públicos se fazem necessárias para dar sustentabilidade aos planos previdenciários

e, ao mesmo tempo, garantir a execução de outras políticas públicas de responsabilidade dos Estados e Municípios”.

Para tanto, o texto da PEC prevê que, mesmo nos casos de aposentadorias especiais mantidas na Constituição, a redução será “de, no máximo, dez anos no requisito de idade e de, no máximo, cinco anos para o tempo de contribuição”. Ou seja, o servidor poderá se aposentar aos 55 anos de idade e 20 de contribuição, caso portador de deficiência ou exerça atividade que tenha condições de nocividade à sua saúde.

O substitutivo do deputado Artur Maia, para que “sejam tratados de forma específica professores, policiais e agentes penitenciários” e que “haja avaliação biopsicossocial no que diz respeito à definição da condição de pessoa com deficiência”, insere no texto as seguintes regras:

§ 4º-A Os limites de idade previstos na alínea “a” do inciso I do § 1º poderão ser reduzidos por lei complementar em até dez anos para os policiais dos órgãos previstos nos incisos I, II, III e IV do art. 144 e para os agentes penitenciários, desde que comprovados pelo menos vinte e cinco anos de efetivo exercício de atividade policial ou de agente penitenciário.

§ 5º O professor de ambos os sexos que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio poderá se aposentar aos sessenta anos de idade e vinte e cinco anos de contribuição.

Novamente, nota-se a preocupação apenas com os aspectos econômicos e financeiros e, outra vez mais, sem a menor estrutura adequada.

5.7. Pensão por morte nos RPPS

No caso específico dos RPPS, encontramos na PEC n. 287 propostas que modificam sensivelmente a proteção conferida aos pensionistas de agentes públicos ocupantes de cargos, o que está identificado na redação que se pretende conferir ao § 7º do art. 40 da CF pelo substitutivo:

I – na hipótese de óbito do aposentado, as cotas serão calculadas sobre a totalidade dos proventos do servidor falecido;

II – na hipótese de óbito de servidor em atividade, as cotas serão calculadas sobre o valor dos proventos aos quais o servidor teria direito caso fosse aposentado, na data do óbito, por incapacidade permanente;

III – o rol de dependentes, as condições necessárias para o enquadramento e a qualificação dos dependentes serão os estabelecidos para o regime geral de previdência social;

IV – as cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes, preservado o valor de 100% (cem por cento) quando o número de dependentes for igual ou superior a cinco;

V – o tempo de duração da pensão por morte e das cotas por dependente até a perda dessa qualidade será estabelecido na forma prevista para o regime geral de previdência social.

Ficam preservados, ao que se nota do texto do substitutivo da PEC, os ditames das ECs ns. 47⁽³⁴⁾ e 70⁽³⁵⁾, que tratam da matéria, assegurando aos pensionistas a proteção dos proventos em caso de óbito do instituidor.

De igual modo, a restrição do inciso II também só se aplica, segundo o texto da PEC, a falecimentos de servidores que ingressaram depois da EC n. 41/2003 e nos Entes que instituíram a previdência complementar.

O substitutivo do deputado Artur Maia altera parcialmente a regra, e segundo o relatório, visa assegurar a observância do salário mínimo como piso do benefício e eliminar

(34) A regra em comento é o parágrafo único do art. 3º da EC n. 47/2005, que se refere aos servidores ingressantes no serviço público antes da EC n. 20/98: “Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional n. 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo.”

(35) Que inseriu o art. 6º-A na EC n. 41/2003, com o mesmo objetivo, quanto a servidores que ingressaram no serviço público até 31.12.2003 e seus dependentes.

efeito que seria produzido pela versão original, que inadvertidamente impedia a concessão de pensões vitalícias a pessoas com deficiência.

5.8. Acumulação de aposentadorias e pensões nos RPPS

Há um foco bastante claro na PEC n. 287, qual seja, a eliminação de diversas situações de acumulação de benefícios, antes consideradas lícitas. No tocante aos RPPS, são previstas as mesmas vedações já identificadas no que toca ao RGPS, inseridas, conforme o texto do substitutivo, nos §§ 6º e 6º-A do art. 40:

§ 6º É vedado o recebimento conjunto, sem prejuízo de outras hipóteses previstas em lei:

I – de mais de uma aposentadoria à conta de regime de previdência de que trata este artigo, ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição;

II – de mais de uma pensão por morte deixada por cônjuge ou companheiro, no âmbito do regime de previdência de que trata este artigo, ou entre este regime e o regime geral de previdência social;

III – de pensão por morte e de aposentadoria no âmbito do regime de previdência de que trata este artigo, ou entre este regime e o regime geral de previdência social, cujo valor total supere dois salários mínimos.

§ 6º-A Na hipótese dos incisos II e III do § 6º, é assegurado o direito de opção por apenas um dos benefícios, ficando suspenso o pagamento dos demais benefícios.

Atenta contra o bom senso a vedação de acumulação de pensões deixadas pela mesma pessoa, quando esta tenha exercido mais de uma atividade remunerada, de forma lícita. Penaliza-se o grupo de dependentes de pessoa que trabalhou até mais do que outros, que só tiveram uma atividade, sendo certo que o exercício lícito de dois cargos ou de um cargo com uma atividade privada (como a de professor em instituição privada de ensino) deveria ser enaltecida e não castigada.

Da mesma forma, convém ressaltar que a proposta que veda a acumulação de uma

aposentadoria com pensão por falecimento de cônjuge ou companheiro(a) é, como já apontado quando do comentário sobre o tema relativo ao RGPS, situação que trará graves impactos sociais sobre as pessoas que vivem em uniões maritais ou afetivas com outra pessoa já aposentada, pela redução imediata da renda familiar sem que tenha ocorrido redução de gastos da família, olvidando-se completamente da noção de seguro social existente.

5.9. Abono de permanência

Pela regra vigente, há um abono de permanência (na verdade, o Ente Federativo ‘devolve’ a contribuição do agente público) para quem já preencheu os requisitos para a aposentadoria voluntária (detentores de direito adquirido).

A PEC n. 287 também visa inovar no tema, ao prever uma nova redação ao § 19 do art. 40: “Conforme os critérios a serem estabelecidos pelo ente federativo, o servidor titular de cargo efetivo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária, estabelecidas no inciso III do § 1º, e que opte por permanecer em atividade *poderá* fazer jus a um abono de permanência equivalente, no máximo, ao valor da sua contribuição previdenciária, até completar a idade para aposentadoria compulsória”.

Aqui, a proposta se inverte: em vez de obrigatório, o abono de permanência passa a ser facultativo, conforme o juízo de conveniência e oportunidade de cada Ente Federativo, podendo ou não ser concedida a benesse.

Certamente, a matéria também envolverá polêmicas, pois os que recebem tal abono e eventualmente possam vir a perdê-lo questionarão judicialmente seu direito (adquirido?) à manutenção da verba até a idade da aposentadoria compulsória.

6. A transição na proposta de emenda

A PEC n. 287/2016 estabelecia regras bastante duras para os indivíduos que já se encontram em atividade tanto no RGPS quanto nos RPPS,

ignorando-se, mais uma vez, a existência de direitos acumulados por tais pessoas.

O relatório do deputado Artur Maia promove alterações em parte das regras de transição.

Para os segurados do RGPS, “faz-se com que a idade mínima inicialmente prevista (53 anos para as mulheres e 55 para os homens) aumente progressivamente, até atingir o patamar previsto no texto permanente”.

Vejamos o exemplo dado pelo próprio relator:

Supondo-se, por exemplo, que determinado segurado ainda tenha de cumprir — computado o período adicional — oito anos de contribuição antes de requerer a aposentadoria, será aplicado ao seu caso pessoal a idade em vigor oito anos depois de publicada a Emenda Constitucional. Na progressão prevista, valerá, para o exercício de 2025 (oito anos depois da publicação da Emenda), a idade mínima de 57 anos, de forma que somente quando completar essa idade poderá o segurado requerer a concessão do benefício.

O mecanismo não se vincula ao efetivo recolhimento das contribuições no período imediatamente subsequente à aprovação da PEC. No caso tomado a título de ilustração, não se dispensa o cumprimento dos referidos oito anos, mas não se exige que eles sejam cumpridos até 2025. Se o segurado em questão hoje possui 45 anos, poderá cumprir os oito anos que lhe restam entre 49 e 57 anos, o que não o obriga a permanecer empregado para preservar sua idade mínima de aposentadoria.

No que tange ao RGPS, o texto atual é o seguinte:

Art. 9º Ressalvado o direito de opção pela aposentadoria de acordo com as normas estabelecidas no art. 201 da Constituição, o segurado filiado ao regime geral de previdência social até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se quando cumprir, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – cinquenta e três anos de idade, se mulher, e cinquenta e cinco anos de idade, se homem;

II – trinta anos de contribuição, se mulher, e trinta e cinco anos de contribuição, se homem; e

III – período adicional de contribuição equivalente a 30% (trinta por cento) do tempo que, na data de publicação desta Emenda, faltaria para atingir o tempo de contribuição previsto no inciso II.

§ 1º A partir do primeiro dia do terceiro exercício subsequente à data de publicação desta Emenda, os limites mínimos de idade previstos no inciso I do *caput* serão acrescidos em um ano para ambos os sexos, sendo reproduzida a mesma elevação a cada dois anos, até o limite de sessenta e dois anos para as mulheres e sessenta e cinco anos para os homens.

§ 2º O limite de idade aplicável a cada segurado, decorrente do disposto no § 1º, será determinado na data de publicação desta Emenda, com base no período remanescente de contribuição, resultante da combinação do disposto nos incisos II e III do *caput*, e não será alterado pela data de efetivo recolhimento das contribuições.

§ 3º Para o professor que comprovar exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, os requisitos de idade e de tempo de contribuição de que tratam os incisos I e II do *caput* serão reduzidos em cinco anos, inclusive para os fins do inciso III do *caput*, acrescendo-se um ano de idade a cada dois anos, nos termos dos §§ 1º e 2º, até atingir a idade de sessenta anos para ambos os sexos.

§ 4º O valor dos benefícios concedidos nos termos deste artigo será determinado na forma do disposto no inciso I do § 8º-B do art. 201 da Constituição, considerando-se, para os fins do cálculo ali estabelecido, vinte e cinco anos como tempo mínimo de contribuição.

§ 5º Os benefícios concedidos na forma deste artigo serão reajustados na forma do § 4º do art. 201 da Constituição, observado o disposto no § 2º do mesmo dispositivo.

Art. 10. Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas no § 7º do art. 201 da Constituição, o segurado filiado ao regime geral de previdência social até a data de publicação desta Emenda poderá aposentar-se quando preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzidos em cinco anos para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para o segurado de que trata o § 8º do art. 195 da Constituição, observado o disposto nos §§ 2º e 3º;

II – cento e oitenta contribuições mensais, acrescendo-se, a partir do primeiro dia do terceiro exercício financeiro imediatamente subsequente à data de publicação desta Emenda, seis contribuições mensais a cada ano, até o limite de duzentas e quarenta contribuições mensais, para os segurados referidos no § 8º do art. 195 da Constituição, e de trezentas contribuições mensais, nos demais casos.

§ 1º A redução do limite de idade previsto no inciso I do *caput* somente se aplica ao segurado que cumprir o requisito referido no inciso II do *caput* integralmente em atividade rural, ainda que de forma descontínua, cabendo-lhe comprovar esse tempo na forma da legislação vigente à época do exercício da atividade, substituindo-se eventual exigência de declaração sindical pela declaração do próprio segurado, acompanhada de razoável início de prova material.

§ 2º A partir do primeiro dia do terceiro exercício subsequente à data de publicação desta Emenda, as idades previstas no inciso I do *caput* serão acrescidas, até os respectivos limites de idade previstos nos incisos I e II do § 7º do art. 201 da Constituição, em um ano a cada dois anos.

§ 3º A utilização de tempo de atividade sem recolhimento da contribuição prevista no inciso II do art. 195 limitará o benefício ao valor de um salário mínimo e somente garantirá a redução do limite de idade previsto no inciso I do *caput* àquele que comprovar pelo menos três anos de todo o tempo de atividade rural exigido no § 1º

cumpridos no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício.

§ 4º O valor dos benefícios concedidos nos termos deste artigo será determinado na forma do disposto no inciso I do § 8º-B do art. 201 da Constituição, considerando-se, para os fins do cálculo ali estabelecido, vinte e cinco anos como tempo mínimo de contribuição.

§ 5º Os benefícios concedidos na forma deste artigo serão reajustados na forma do § 4º do art. 201 da Constituição, observado o disposto no § 2º do mesmo dispositivo.

Quanto à transição nos RPPS, frisa o relator que “Na complexa negociação a respeito, o governo restou convencido de que um período adicional de 50% sobre as contribuições remanescentes representariam (sic) um ônus excessivo e aceitou abaixar esse percentual em vinte pontos”.

Desta forma, a redação do substitutivo ficou assim publicada:

Art. 2º Ressalvado o disposto no art. 3º e o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas no art. 40 da Constituição, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até a data da publicação desta Emenda poderá aposentar-se quando preencher, cumulativamente, as seguintes condições:

I – cinquenta e cinco anos de idade, se mulher, e sessenta anos de idade, se homem, observado o disposto no § 1º;

II – trinta anos de contribuição, se mulher, e trinta e cinco anos de contribuição, se homem;

III – vinte anos de efetivo exercício no serviço público;

IV – cinco anos no cargo efetivo em que se der a aposentadoria; e

V – período adicional de contribuição equivalente a 30% (trinta por cento) do tempo que, na data de publicação desta Emenda, faltaria para atingir o tempo de contribuição previsto no inciso II.

§ 1º A partir do primeiro dia do terceiro exercício subsequente à data de publicação desta Emenda, os limites mínimos de idade previstos no inciso I do *caput* serão acrescidos em um ano para ambos os sexos, sendo reproduzida a mesma elevação a cada dois anos, até o limite de sessenta e dois anos para as mulheres e sessenta e cinco anos para os homens.

§ 2º O limite de idade aplicável a cada servidor, decorrente do disposto no § 1º, será determinado na data de publicação desta Emenda, com base no período remanescente de contribuição, resultante da combinação do disposto nos incisos II e V do *caput*, e não será alterado pela data de efetivo recolhimento das contribuições.

§ 3º Os servidores que ingressaram no serviço público em cargo efetivo até 16 de dezembro de 1998 poderão optar pela redução das idades mínimas de que tratam o inciso I do *caput* e o § 1º em um dia de idade para cada dia de contribuição que exceder o tempo de contribuição previsto no inciso II do *caput*.

§ 4º Para o professor que comprovar exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, os requisitos de idade e de tempo de contribuição de que tratam os incisos I e II do *caput* serão reduzidos em cinco anos, inclusive para os fins do inciso V do *caput*, acrescendo-se um ano de idade a cada dois anos, nos termos dos §§ 1º e 2º, até atingir a idade de sessenta anos para ambos os sexos, não se aplicando o disposto no § 3º.

§ 5º Salvo no caso do exercício da opção prevista nos §§ 14 e 16 do art. 40 da Constituição, os proventos das aposentadorias concedidas de acordo com este artigo corresponderão:

I – à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, para aqueles que ingressaram no serviço público em cargo efetivo até 31 de dezembro de 2003 e se aposentarem com sessenta anos de idade, na hipótese do § 4º, e sessenta e cinco anos de idade nos demais casos;

II – a 100% (cem por cento) da média prevista no § 2º-A do art. 40 da Constituição, para o

servidor que ingressou no serviço público até 31 de dezembro de 2003 não contemplado no inciso I;

III – ao valor resultante do cálculo previsto no inciso I do § 3º, do art. 40 da Constituição, para o servidor não contemplado nos incisos I e II.

Fica mantida, portanto, regra de transição bastante parecida com a da Emenda n. 47/2005, conhecida como “fórmula 95/85”, aplicável àqueles que ingressaram no serviço público até a promulgação da EC n. 20/98 (em 16.12.1998), modificando-se apenas o critério de redução, que antes era de um ano de contribuição para um ano de idade, passando a ser de um dia de contribuição para um dia na idade (§ 3º) e, da mesma forma, aos professores, salvo de ensino superior, a redução de cinco anos (§ 4º).

Todavia, o cálculo da aposentadoria, caso exercido o direito à transição acima, fica limitado à média contributiva — e não à última remuneração — salvo se o indivíduo aguardar até a *idade de 60 anos*, independentemente do gênero, quando então fica assegurada a integralidade.

Está prevista na PEC, ainda, uma transição no tocante às aposentadorias especiais e a pessoas com deficiência:

Art. 16. Até que entrem em vigor as leis complementares previstas no § 4º do art. 40 e no § 1º do art. 201, ambos da Constituição, será concedida aposentadoria, independentemente de idade:

I – aos servidores e segurados que comprovem o exercício de atividades em condições especiais que prejudiquem a saúde, quando cumpridos os requisitos de tempo de contribuição fixados nos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, calculando-se o benefício na forma estabelecida no inciso I do § 3º do art. 40 da Constituição e no inciso I do § 8º-B do art. 201 da Constituição;

II – aos servidores e segurados com deficiência submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar, calculando-se o benefício na forma estabelecida no inciso III do § 3º

do art. 40 da Constituição e no inciso III do § 8º-B do art. 201 da Constituição, quando cumpridos:

- a) trinta e cinco anos de contribuição, para a deficiência considerada leve;
- b) vinte e cinco anos de contribuição para a deficiência considerada moderada;
- c) vinte anos de contribuição para a deficiência considerada grave.

§ 1º É assegurada, na forma da lei, a conversão de tempo especial em comum ao segurado do regime geral de previdência social que comprovar tempo de exercício de atividade sujeita a condições especiais que prejudiquem a saúde, cumprido até a data de publicação desta Emenda.

§ 2º Se o servidor ou segurado tornar-se pessoa com deficiência ou tiver seu grau de deficiência alterado, após a vinculação ao regime de previdência de que trata o art. 40 ou ao regime geral de previdência social, os tempos de contribuição mencionados no inciso II do *caput* serão proporcionalmente ajustados, considerando-se o número de anos em que exercer atividade laboral sem deficiência e com deficiência, observado o grau de deficiência correspondente.

E, também como não poderia deixar de ser, o art. 6º da PEC declara a preservação dos direitos adquiridos:

Art. 6º É assegurada a concessão, a qualquer tempo, de aposentadoria ao servidor público e de pensão por morte aos dependentes de servidor público falecido que tenha cumprido todos os requisitos para obtenção desses benefícios até a data de publicação desta Emenda, com base nos critérios da legislação vigente na data em que foram atendidos os requisitos para a concessão da aposentadoria ou da pensão por morte.

Parágrafo único. Os proventos de aposentadoria a serem concedidos ao servidor público referido no *caput* e as pensões por morte devidas a seus dependentes serão calculados e reajustados de acordo com a legislação em vigor à época em que foram atendidos os requisitos nela estabelecidos para a concessão desses benefícios ou, se mais favoráveis, nas condições da legislação vigente.

O texto da PEC revoga, como já é de costume, todas as regras de transição até aqui vigentes, previstas nas ECs ns. 41/2003 e 47/2005, substituindo-as, caso aprovadas, pelas que constam do texto da Proposta.

Mantém-se, por conseguinte, o direito adquirido daqueles que preencherem todos os requisitos exigidos até que ocorra a promulgação, independentemente de prévio requerimento e do tempo decorrido para o exercício do direito, dado o caráter irrenunciável do direito.

7. O benefício de prestação continuada (BPC/LOAS)

Quanto ao benefício de prestação continuada, a PEC n. 287 propõe a alteração do art. 203 da CF, de modo a modificar a idade para obtenção do benefício para 70 anos, bem como tencionando modificar o requisito da renda *per capita*. Esta idade foi ainda mais reduzida pelo substitutivo do deputado Artur Maia, para 68 anos.

A PEC originalmente previa que a idade para obtenção do BPC teria incremento gradual de um ano a cada dois anos após a promulgação da Emenda e que após dez anos da promulgação da Emenda, a idade seria revista da mesma forma que a idade para obtenção da aposentadoria.

Os argumentos expostos pelo governo são de que “a idade mínima requerida para o BPC, para ambos os sexos, está igual à requerida para a aposentadoria por idade, no caso de homens, distorção que, conforme dito anteriormente, resulta em desincentivo para que determinada camada da população contribua para o sistema de previdência social” e defende ser indispensável a diferenciação entre o piso dos benefícios previdenciários e assistenciais, “sobretudo quando o salário mínimo se encontra no pico da sua série histórica”.

Sustenta a Exposição de Motivos que “Na maioria dos países da OCDE o valor do benefício assistencial não é vinculado ao respectivo salário mínimo, representando, em média, 45% do seu valor.”

Tenciona o Governo, ainda, incluir no cálculo da renda familiar e *per capita* a “renda mensal total” de cada integrante do grupo, com isso visando sobrepor-se à jurisprudência que tem excluído do cálculo os valores de outros benefícios assistenciais pagos.

O relatório do deputado Artur Maia altera o critério para concessão às pessoas com deficiência, prevendo a imposição de *avaliação biopsicossocial* como condição para sua concessão e se determina que o cálculo da renda familiar desconsidere parcelas relativas a outros programas sociais, especificados no substitutivo.

A transição para a nova idade mínima é fixada, na parte transitória da nova Emenda, em nove anos, iniciando-se a progressão na mesma data prevista para as aposentadorias. Fica mantido o valor de um salário mínimo.

8. À guisa de considerações finais

O tema das reformas é sempre polêmico e identifica posicionamentos opostos conforme a leitura que se faça do papel do Estado e da coletividade (ou da ausência destes) na proteção social de cada indivíduo.

Montarroyos, em artigo sobre o livro “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”, lembra que Dworkin, quando analisou a reforma da previdência social americana,

afirmou que deveríamos evitar uma reforma que fosse demais porosa a ponto de permitir abusos excessivos individuais; ao mesmo tempo, demais rígida, a ponto de prejudicar o acesso daquelas pessoas que realmente merecem e precisam do seguro-desemprego e de outros benefícios. A solução seria buscar um equilíbrio entre esses dois extremos.⁽³⁶⁾

(36) MONTARROYOS, Heraldo. Observatório constitucional Ronald Dworkin: reconstruindo o liberalismo do livro “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”. *Revista Universitas/JUS*, v. 24., n. 1, p. 89-118, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/File/2182/1892>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

O que é proposto como regra geral e como regras de transição constantes da PEC violam tanto o princípio da proteção da confiança legítima quanto a isonomia. Afinal, *como pode alguém se programar para a aposentadoria se as regras mudam a toda hora?*

É interessante lembrar que, há um ano, já houve um ajuste do chamado fator previdenciário, não tendo sentido haver nova mudança no RGPS em prazo tão curto.

Na época da aprovação da fórmula 95/85 para o fator previdenciário pela MP n. 676, o então ministro da pasta disse em órgão oficial de imprensa que “o caráter de progressão colabora para a sustentabilidade do sistema previdenciário porque reconhece as mudanças demográficas do país”.⁽³⁷⁾

As mudanças também constantes nas regras de transição geram insegurança jurídica incommensurável, especialmente se lembrada a redação de tais regras, em que se utiliza, sempre, a expressão: “é assegurado...”. Qual seria então o sentido de tal expressão, *se tais regras nunca são mantidas, logo, não há nada assegurado?*

A violação também é grave quanto às pensões em ambos os Regimes, que aparecem como vilãs — quando se trata do embrião de qualquer sistema de Previdência, servindo, desde o século XIX, para assegurar a sobrevivência da família do indivíduo falecido.

Então, não há como considerar possível a reforma da Previdência sem o respeito não só aos direitos adquiridos, mas também às legítimas expectativas decorrentes do tempo de contribuição já vertido, o que exige mudanças que atinjam apenas as pessoas que ainda não ingressaram no mercado de trabalho e no serviço público, mantendo-se as regras atuais para aqueles que já trabalham digna e honestamente e não podem, mais uma vez, pagar pelas escolhas equivocadas dos nossos governantes.

(37) Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/2015/11/aposentadoria-sancionada-formula-8595-de-aposentadoria/>>. Acesso em: 8 jan. 2017.

Impõe-se o combate eficaz da sonegação e da evasão fiscais, buscando-se a justiça social também sob o aspecto tributário-fiscal. Não só os segurados, mas também as empresas seriam altamente beneficiadas com o tratamento isonômico, permitindo maior competitividade e transparência nas atividades econômicas.

Convém enfrentar de modo direto e enfático problemas sociais como a violência urbana, os conflitos rurais, os acidentes do trabalho e de trânsito, que causam tantas mortes e incapacidades, onerando os cofres públicos tanto no campo da Previdência como no plano da Saúde.

É importante, por fim, que o Governo assuma a responsabilidade pela inclusão social de todos os trabalhadores mantidos na informalidade, verdadeiros indivíduos “sem direitos”, que dificilmente conseguem ver sua condição mínima de cidadania e dignidade humana reconhecidos e preservados pelo Estado. Trata-se de verdadeira bomba-relógio social, que levará a rupturas severas na sociedade caso não sejam corrigidas as falhas estruturais.

Desta forma, estaria sendo feita uma verdadeira reforma do sistema de proteção social, e não apenas um “tapa buracos” dos maus usos praticados pela classe política e pela tecnocracia refrigerada nos gabinetes palacianos.

9. Referências bibliográficas

- BERWANGER, Jane Lúcia Wilhelm. *Previdência rural: inclusão social*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.
- BORGES, Maria Cecília Mendes. Regimes próprios de previdência social: controle e forma de apreciação das contas pelos tribunais de contas. *Revista TCE-MG*, Belo Horizonte. abr./mai./jun.2014. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/2641.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2016.
- BRASIL. *10º Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/10o-anuario-brasileiro-de-seguranca-publica>>. Acesso em: 5 jan. 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 20. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2006.
- GENTIL, Denise Lobato. *A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira — Análise financeira do período 1990–2005*. Tese de Doutorado em Economia. Universidade Federal do Rio de Janeiro, mimeo.
- KOVALCZUK FILHO, José Enéas. *A função social da proteção previdenciária aos trabalhadores rurais*. São Paulo: LTr, 2015.
- LEIRIA, Maria Lúcia Luz. *Jurisdição constitucional e democracia: uma análise fenomenológica de manifestações decisórias em sede de controle difuso de constitucionalidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- LOPES, Décio Bruno; MARANHÃO, Maria Inez Resende dos Santos (Coord.). *Previdência Social: contribuição ao debate*. Brasília: Fundação ANFIP, 2016.
- MONTARROYOS, Heraldo. Observatório constitucional Ronald Dworkin: reconstruindo o liberalismo do livro “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”. *Revista Universitas/JUS*, v. 24., n. 1, p. 89-118, jan./jun. 2013. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/viewFile/2182/1892>>. Acesso em: 3 jan. 2017.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *As boas práticas brasileiras em seguridade social*. vol. 1. Brasília: OIT, 2012.
- PASOLD, César Luiz. *Função social do estado contemporâneo*. 3. ed. Florianópolis: Diploma Legal, 2003.
- STEPHANES, Reinhold. *Reforma da previdência sem segredos*. Rio de Janeiro: Record, 1998.

Jurisprudência

Acórdão de Tribunal Regional do Trabalho

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Processo: 0010559-07.2014.5.15.0091

Recorrentes: Eder Leandro dos Santos

Recorridos: ASUS Transportes Ltda. – EPP
AMBEV S.A.

Origem: 4ª Vara do Trabalho de Bauru

Juiz Sentenciante: Júlio César Marin do Carmo

Competência: 1ª Turma – 1ª Câmara

Acórdão:

► MOTORISTA CARRETEIRO. TEMPO DE ESPERA. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. VALIDADE DO ADICIONAL DE 30%.

O pagamento referente ao tempo de espera do motorista profissional detém nítida natureza salarial, como remuneração contraprestativa ao período em que o empregado fica aguardando para carregar/descarregar o veículo, ou submeter-se à fiscalização da mercadoria transportada. Entretanto, por se tratar de tempo peculiar de serviço à disposição, é válida a estipulação do adicional de 30%, em conformidade com o critério da especificidade adotado também para outras categorias profissionais como o sobreaviso/prontidão para os ferroviários (art. 244 da CLT), sobreaviso do aeronauta (Lei n. 7.138/84) e sobreaviso dos que atuam no transporte de petróleo por meio de dutos (Lei n. 5.811/72). Interpretação sistemática da parte final do *caput* do art. 4º da CLT com a redação conferida pela Lei n. 12.619/2012 ao art. 235-C da CLT.

Inconformado com a r. sentença (Id 9267f7b), que julgou **parcialmente procedente** os pedidos, recorre o **reclamante** (Id ee29312). Aduz que os relatórios de monitoramento não refletem a realidade, desservindo como prova dos horários laborados, razão pela qual deve ser acolhida a jornada de trabalho declinada na prefacial e confirmada pela prova testemunhal. Alega fazer jus ao intervalo intrajornada, aduzindo ter a prova testemunhal confirmado a supressão. Afirma que o conjunto probatório evidenciou o desrespeito ao intervalo de 11 horas entre as jornadas de trabalho, reque-

rendo a condenação respectiva. Assevera que a condenação ao pagamento do tempo de espera deve corresponder ao que dispunha a lei vigente à época da prestação laboral. Pretende a condenação à devolução dos valores descontados a título de adiantamento de diárias. Pugna pela cominação da multa prevista no art. 467 da CLT. Aduz ter recebido comissão no importe de R\$ 30,00 por viagem realizada, paga extra folha, pleiteando a integração e pagamento dos reflexos. Ante o cumprimento de jornada de trabalho extenuante, alega fazer jus à indenização por dano moral.

Contrarrazões (Id fafcfd9).

Em cumprimento ao Regimento Interno deste TRT, não houve a remessa dos autos à Procuradoria do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

1. Do conhecimento

Presentes os pressupostos de admissibilidade, decido **conhecer** do recurso interposto.

2. Da jornada de trabalho. Dos relatórios de monitoramento. Das horas extras. Do intervalo intrajornada. Do intervalo interjornada. Do tempo de espera.

O reclamante aduz que os relatórios de monitoramento não refletem a realidade, deservindo como prova dos horários laborados, razão pela qual deve ser acolhida a jornada de trabalho declinada na prefacial e confirmada pela prova testemunhal. Alega fazer jus ao intervalo intrajornada, aduzindo ter a prova testemunhal confirmado a supressão. Afirma que o conjunto probatório evidenciou o desrespeito ao intervalo de 11 horas entre as jornadas de trabalho, requerendo a condenação respectiva. Assevera que a condenação ao pagamento do tempo de espera deve corresponder ao que dispunha a lei vigente à época da prestação laboral.

Pois bem.

Inicialmente consigne-se ter a sentença reconhecido o cumprimento de jornada diária com duração de 10 horas, determinando o pagamento, como extras, de 02h00 diárias, com base na prova oral (Id 9267f7b), e não nos relatórios de monitoramento, como aduzido pelo recorrente.

Ademais, consignou o Juízo que essas horas referem-se ao tempo de trabalho efetivo, tratando em tópico próprio do intervalo para refeição, repouso, espera e descanso.

MARCOS APARECIDO GONÇALVES, testemunha trazida a Juízo pelo próprio reclamante,

explicou que “*em média dirigiam de 08 a 10 horas por dia*” (Id 18d6f3a).

DANIEL RAMOS DA SILVA, testemunha inquirida no processo 0010322-76.2014.5.15.0002, utilizado como prova emprestada a requerimento da reclamada (Id 18d6f3a), referiu que “*em média o depoente dirigia por dia de 10 a 12 horas*” (Id 2fc6d16).

SIDNEI PAULO declarou que “*em média dirige 8 horas por dia de trabalho*” (Id 2fc6d16).

Ao aduzir que “*dirigia por dia cerca de 5 horas*” (Id 2fc6d16), a testemunha VICTOR HUGO HELLINGER referiu jornada distinta das demais, reduzindo o valor probante de seu depoimento.

Neste contexto, a prova testemunhal não respalda a assertiva prefacial quanto à permanência na direção do caminhão durante 16 horas diárias, razão pela qual deve ser mantida a sentença que fixou o tempo médio de direção em 10 horas por dia.

A Origem fixou o tempo de espera em 05 horas diárias, duas vezes por semana, aduzindo que a limitação encontra respaldo na narrativa prefacial.

Todavia, verifica-se que o reclamante, na petição inicial, afirmou que acompanhava o carregamento e descarregamento de mercadorias diariamente, mas permanecia na fila por até 10h00 em duas vezes por semana (Id e92885e).

O autor alega, ainda, que enquanto aguardava a carga e descarga das mercadorias, permanecia junto ao caminhão, manobrando-o, de sorte que não pode ser considerado tempo de espera, mas sim de trabalho efetivo, razão pela qual não subsiste a limitação referida pela Origem.

Sobre a questão, MARCOS APARECIDO GONÇALVES explicou que “*aguardava em média 4 horas para o carregamento do veículo; que não poderia deixar o veículo durante o período de carregamento; que ao terminarem as entregas se dirigiam até uma das fábricas da*

AMBEV para fazer novo carregamento; que o carregamento efetivo demora em torno de 30 minutos; que aguardavam, em média 4 horas para cada descarregamento nos clientes... que na AMBEV o carregamento é feito 24 horas por dia; que os carregamentos seguem um agendamento” (Id 18d6f3a).

DANIEL RAMOS DA SILVA declarou que *“o carregamento demorava cerca de 3 a 4 horas; que o descarregamento demorava o mesmo tempo... que na maioria das vezes o carregamento não era imediato e esperava o tempo acima citado; que não tinha autorização para deixar o veículo durante o carregamento ou descarregamento” (Id 2fc6d16).*

SIDNEI PAULO referiu que *“o carregamento demora cerca de 1 hora e 40 minutos; que o descarregamento demora cerca de 40 minutos... que em média o tempo de espera até começar o carregamento era de uma hora; que poderiam ir para o restaurante durante o tempo de espera; que não pode outras pessoa manobrar o caminhão usado pelo depoente; que não existe uma fila; que o caminhão fica estacionado; que como a reclamada anota a placa na entrada depois chama o próximo caminhão a ser carregado; que no cliente não poderiam deixar o veículo no tempo de espera para descarregamento” (Id 2fc6d16).*

VICTOR HUGO HELLINGER afirmou que *“em média o carregamento demorava duas horas; que em média o descarregamento demorava de 3 a 4 horas, já computando o tempo de espera... o depoente tinha que ficar próximo ao veículo era responsável pelo mesmo e sua carga” (Id 2fc6d16).*

Deste modo, a aferição pela média constante da prova oral demonstra que o tempo destinado ao carregamento e descarregamento de mercadorias era de 06 horas diárias (03h00 para carga e 03h00 para descarga) em 2 vezes por semana, devendo tal lapso ser considerado como tempo de espera, pois trata-se de período em que o motorista fica aguardando para carregar/descarregar o veículo, ou submeter-se à fiscalização da mercadoria transportada.

No que tange ao descanso semanal, MARCOS APARECIDO GONÇALVES, testemunha trazida a Juízo pelo próprio reclamante, afirmou que *“tinham 04 folgas por mês” (Id 18d6f3a).*

DANIEL RAMOS DA SILVA declarou que *“no mês em média folgavam 3 dias” (Id 2fc6d16).*

SIDNEI PAULO afirmou que *“folga nos finais de semana” (Id 2fc6d16).*

Deste modo, escoreita a sentença que reconheceu a fruição de uma folga semanal.

Em relação ao intervalo intrajornada, a sentença baseou-se nas paradas registradas nos relatórios de viagem para indeferir o pleito, contra o que se insurge o reclamante.

Diversamente do entendimento esposado pela sentença, os relatórios de viagem não são suficientes para comprovar a regular fruição do intervalo intrajornada, notadamente quando a prova testemunhal revelou de forma robusta que não havia possibilidade de realizar a pausa para refeição e descanso com duração de 01h00.

Com efeito, MARCOS APARECIDO GONÇALVES explicou que *“tinham parada de apenas 15 minutos pra refeição” (Id 18d6f3a).*

DANIEL RAMOS DA SILVA declarou que *“usufruí de 15 a 20 minutos de intervalo; que se parasse mais tempo a reclamada telefonava e cobrava para que continuassem a viagem para fazer a entrega” (Id 2fc6d16).*

VICTOR HUGO HELLINGER, trazido a Juízo pela reclamada, afirmou que *“fazia no máximo 40 minutos para refeição” (Id 2fc6d16).*

Assim, por se tratar de assertiva isolada, a declaração de SIDNEI PAULO no sentido de que usufruía intervalo de 1h00/1h30, não é suficiente para se constituir em contraprova.

Deste modo, considerando o princípio da primazia da realidade e a média dos depoimentos supracitados reputa-se usufruído o intervalo intrajornada em 25 minutos.

Neste contexto, considerando o princípio da primazia da realidade, os depoimentos

supracitados e o fato da prova oral ter revelado que os motoristas atuavam em horários variados, a jornada de trabalho do reclamante será fixada da seguinte forma: 10 horas diárias na condução do veículo, 06 horas em dois dias por semana acompanhando o carregamento e descarregamento de mercadorias, 25 minutos de intervalo intrajornada e 01 folga semanal.

Assim sendo, são devidas, como extras, as horas que ultrapassarem o limite de 08h00 diárias e 44h00 semanais, acrescidas do adicional de 50% e reflexos já deferidos, face à habitualidade da prestação.

Diante da jornada fixada, restou patente a violação ao art. 66 da Consolidação das Leis do Trabalho, quando demandava 06 horas acompanhando carregamento e descarregamento de mercadorias, de sorte que faz jus o reclamante ao intervalo interjornada efetivamente suprimido em dois dias por semana, acrescido do adicional de 50% e reflexos deferidos para as horas extras. Neste sentido a diretriz fixada pela Súmula n. 110 do c. TST.

Acrescente-se que, diversamente do entendimento esposado pela sentença, o pagamento do tempo de espera detém nítida natureza contraprestativa.

Com efeito, é preciso consignar que o tempo de espera, quando regularmente comprovado, configura período peculiar — como o sobreaviso (cujas horas são remuneradas à razão de 1/3 do salário-hora normal) e a prontidão (contadas à razão de 2/3 do salário-hora normal) do ferroviário (art. 244 da CLT, §§ 2º e 3º) situação também reconhecida ao sobreaviso do aeronauta (12 horas — arts. 25 e 26 da Lei n. 7.183/1984 — 1/3 dos valores de hora de voo) e sobreaviso dos que atuam no transporte de petróleo por meio de dutos (arts. 5º e 6º da Lei n. 5.811/72 — salário mais adicional de 20%) — referente ao período em que o empregado está à disposição do empregador, de modo que nada impede que este critério de especificidade também seja observado quanto à remuneração do tempo de espera do motorista profissional,

no que se refere ao pagamento do salário-hora + 30%, estando em consonância com a locução final do *caput* do art. 4º da CLT, ao excepcionar “*disposição especial expressamente consignada*”.

Tal ocorre porque a lei traçou clara distinção entre: a) o período dedicado ao trabalho efetivo na direção do veículo — remunerando como extraordinárias as horas que extrapolarem o limite legal de 8 horas; b) o período de serviço efetivo — em que o empregado permanece em disponibilidade em benefício do empregador — tempo de espera.

Portanto, o tempo de espera, ora fixado em 06 horas em dois dias por semana, deve ser remunerado com o acréscimo de 30% e reflexos, ante a habitualidade desta prestação.

Comprovada a violação do disposto no art. 71, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho, torna-se aplicável *in casu* a cominação prevista no § 4º do referido dispositivo legal.

No que se refere à natureza jurídica da verba em comento (intervalo intrajornada), cumpre consignar que, ao tratar da falta de concessão do intervalo intrajornada, a lei determinou que a remuneração, como hora extra, deve ser acrescida do adicional de no mínimo 50% do valor da remuneração da hora normal. Fez questão de utilizar a mesma palavra “remuneração”, tanto quando faz menção à hora normal, como quando se refere à hora relacionada ao intervalo, não lhe atribuindo, em nenhum momento, a natureza de indenização.

Assim, insustentável a atribuição da natureza indenizatória a tal pagamento, pois redundaria em conferir ônus menor ao empregador, que mantém empregado trabalhando mais de 6 horas sem intervalo para alimentação, do que aquele que concede regularmente o intervalo, mas exige o trabalho por mais uma hora no final da jornada, o que se revela inadmissível.

Neste sentido, preconiza o inciso III da Súmula n. 437 do C. TST, *in verbis*:

“III – Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei n. 8.923, de 27 de julho

de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais”.

Desse modo, devem ser deferidos para o intervalo intrajornada os mesmos reflexos concedidos para as horas extras.

Consigne-se, por oportuno, que o pagamento de horas extras pela falta de concessão do intervalo para refeição e descanso (art. 71 da CLT) não se confunde com as horas devidas pela extrapolação da jornada diária efetivamente trabalhada (art. 58, CLT), pois constituem cominações distintas, que advêm de fatos geradores diversos, como considerou a própria lei ao tipificá-las em dispositivos diferentes, inocorrendo *bis in idem*.

Quanto ao pagamento, tenho julgado com base no §4º do art. 71 da CLT, *in verbis*:

“§ 4º Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.” (g.n.)

Assim, constatada a parcial supressão do intervalo, considero que deve ser deferido o pagamento pelo interregno não usufruído, em consonância com o dispositivo legal expresso.

Entretanto, ciente que tal decisão vem sendo reiteradamente reformada em recurso de revista, a fim de dar cumprimento ao disposto no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88 e garantir a razoável duração do processo, com ressalva de meu entendimento pessoal, passo a adotar a posição majoritária desta Câmara Recursal e aplicar o inciso I da Súmula n. 437 do C. TST, *in verbis*:

“I – Após a edição da Lei n. 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido,

com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração”.

Por todo o exposto, decido **dar parcial provimento** ao recurso do reclamante para: 1) fixar a jornada de trabalho da seguinte forma: 10 horas diárias na condução do veículo, 06 horas em dois dias por semana acompanhando o carregamento e descarregamento de mercadorias, 25 minutos de intervalo intrajornada e 01 folga semanal, 2) determinar que sejam consideradas, como extras, as horas excedentes da 8ª diária e 44ª semanal, 3) determinar que o tempo de espera, ora fixado em 06 horas em dois dias por semana, deve ser remunerado com o acréscimo de 30% e reflexos, 4) deferir o pagamento do intervalo intrajornada correspondente a 01h00 por dia, acrescida do adicional de 50% e dos reflexos deferidos para as horas extras, 5) deferir o pagamento do intervalo interjornada efetivamente suprimido, acrescido do adicional de 50% e dos reflexos deferidos para as horas extras, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

3. Dos descontos indevidos

Ponderou o Juízo de Origem que “a cláusula 10ª da CCT de ID 1f6c064, em seu parágrafo quarto, autoriza a devida compensação no mês posterior. Assim, considerando-se que o reclamante não formulou pedido de pagamento de diferenças de diárias e que a testemunha obreira afirmou que a reclamada depositava o montante mensal na conta corrente do empregado, autorizada está a dedução efetuada a título de adiantamento de refeição”, razão pela qual indeferiu o ressarcimento do importe de R\$ 720,00 descontado no TRCT a título de adiantamento de refeições e pernoite.

Irresignado recorre o autor, aduzindo que não há prova quanto ao alegado adiantamento das diárias de viagem. Sucessivamente, alega que o valor descontado não poderia ultrapassar o importe de R\$ 360,00.

Pois bem.

No TRCT (Id 7edb8cd) verifica-se que as verbas rescisórias correspondiam ao importe líquido de R\$ 4.005,36, tendo discriminados como deduções apenas os valores devidos a título de contribuição previdenciária e imposto de renda.

O cheque colacionado com a prefacial evidencia que a reclamada procedeu ao pagamento do importe de R\$ 2.445,36 a título de quitação da rescisão (Id a99a026).

Em contestação a reclamada aduziu que efetuou o desconto de R\$ 720,00 a título de adiantamento das despesas com viagem, benefício instituído em norma coletiva. Alegou que *“conforme se depreende da Convenção Coletiva da Categoria, cláusula 10, fica o empregador obrigado a reembolsar o empregado das despesas com refeição e pernoites, ao contrário da lei e a favor dos empregados a empresa Ré, não indenizado o empregado, mas antecipa o pagamento mensal das despesas”* (Id f65b2f6).

Embora não tenha sido apresentado qualquer documento comprovando o pagamento antecipado das diárias, a prova testemunhal confirmou a tese patronal neste aspecto.

Com efeito, a testemunha MARCOS APA-RECIDO GONÇALVES declarou que *“as diárias eram feitas em depósito em conta corrente... que a empresa pagava R\$ 1.020,00 por mês para alimentação, com depósito em conta corrente”* (Id 18d6f3a).

DANIEL RAMOS DA SILVA afirmou que *“recebia R\$ 1.200,00 por mês depositado em sua conta para despesa de viagem; que se gastassem mais não era reposto”* (Id 2fc6d16).

SIDNEI PAULO explicou que *“a reclamada depositava um valor fixo para despesas, que corresponde hoje a R\$ 1.080,00... que o depoente nunca gastou mais do que o valor pago pela reclamada para despesa com viagem”* (Id 2fc6d16).

VICTOR HUGO HELLINGER confirmou que *“por depósito bancário, de R\$ 1.080,00, por*

mês, recebia as diárias... que nunca precisou de mais dinheiro para despesa” (Id 2fc6d16).

Neste contexto, verifica-se que o depósito das despesas de viagem era feito previamente pela reclamada, ou seja, antes do efetivo dispêndio. Registre-se que tal benefício correspondia a R\$ 1.080,00 por mês, conforme admitiu o próprio reclamante em suas razões recursais.

Assim, considerando que o autor foi dispensado em 10.9.2014 (TRCT – Id 9c63a20), acolher o pedido sucessivo do recorrente quanto à limitação do desconto de apenas R\$ 360,00 ($R\$ 1.080,00 \div 30 = R\$ 36,00 \times 10 = R\$ 360,00$) implicaria em autorizar o desconto em relação aos 10 dias em que houve prestação de serviços, portanto, era devido o pagamento das despesas. Deste modo, escorreita a dedução de R\$ 720,00 a tal título.

Destarte, como o reclamante não logrou êxito em comprovar a incorreção do valor descontado a título de antecipação de despesas com alimentação, escorreita a sentença que, a fim de evitar o enriquecimento sem causa, reputou válido o desconto pelo que decido **negar provimento** ao recurso, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

4. Da multa prevista no art. 467 da CLT

Diversamente do aduzido pelo reclamante, as verbas rescisórias incontroversas foram pagas por meio do cheque (Id a99a026), sendo que a diferença entre o valor discriminado no TRCT e o efetivamente quitado decorre dos descontos efetivados a título de adiantamento salarial, refeições e devolução de descarga.

Considerando que tais descontos foram objeto da controvérsia instaurada nestes autos, o reconhecimento judicial do direito à devolução dos valores deduzidos a título de adiantamento salarial (R\$ 700,00) e devolução de descarga (R\$ 140,00), não enseja o pagamento da multa prevista no art. 467 da Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que na data da primeira audiência não havia parte incontroversa de verbas rescisórias a ser quitada, pelo

que decido **negar provimento**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

5. Das comissões

Alega o recorrente que o valor de R\$ 30,00 pago a título de comissão por viagem deve integrar o salário, sendo devido o pagamento dos reflexos em “o 13º salário, as férias, o aviso prévio, o DSR, o FGTS, o INSS e as horas extras”.

Pois bem.

A testemunha MARCOS APARECIDO GONÇALVES limitou-se a declarar que “além das diárias, recebiam R\$ 30,00 por viagem, o qual não vinha no holerite; que tal pagamento era feito mensalmente” (Id 18d6f3a).

SIDNEI PAULO referiu que “a reclamada depositava um valor fixo para despesas, que corresponde hoje a R\$ 1.080,00, além de 30 reais por viagem para despesa de pernoite; que o depoente nunca gastou mais do que o valor pago pela reclamada para despesa com viagem” (Id f27a899).

VICTOR HUGO HELLINGER declarou que “por depósito bancário, de R\$ 1.080,00, por mês, recebia as diárias; que recebia R\$ 30 por viagem realizada; que nunca precisou de mais dinheiro para despesa” (Id f27a899).

Deste modo, insuficiente para reconhecer que o valor de R\$ 30,00 por viagem depositado pela reclamada referia-se a comissão, o depoimento prestado por DANIEL RAMOS DA SILVA, ao afirmar que “receberiam 30 reais por viagem desde que chegassem no horário estabelecido” (Id f27a899), pois restou isolado nos autos.

Assim, como bem pontuou a sentença, a “prova oral produzida não evidenciou o pagamento de comissões extra folha, haja vista que ambas as testemunhas da reclamada esclareceram que os R\$ 30,00 recebidos referiam-se a despesas de viagem, verba de natureza indenizatória, não se tratando de comissões e, portanto, não integrando o salário do trabalhador” (Id 9267f7b).

Destarte, não há respaldo para acolher a pretensão do reclamante neste aspecto, pelo que decido **negar provimento**, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

6. Do dano moral

O reclamante alega fazer jus à indenização por dano moral decorrente do cumprimento de jornada de trabalho extenuante, inclusive com violação do intervalo interjornada e sem direito ao descanso semanal remunerado.

Pois bem.

Estabelecem os incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

“V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

No mesmo sentido o disposto no art. 186 do Código Civil ao imputar o dever de reparação àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral.

Extraem-se daí os pressupostos a compor a definição do que seja ato ilícito passível de indenização, como sendo ação ou omissão, advindas de culpa ou dolo, e que tenham relação de causalidade com o dano experimentado pela vítima.

No caso dos autos, não restou configurada a prática de ato lesivo a desafiar o pagamento de indenização por dano moral.

Com efeito, restou reconhecida a regular fruição da folga semanal, conforme razões expendidas no item 2 desta fundamentação, inexistindo a alegada supressão do DSR, permitindo o convívio familiar e social.

O sobrelabor não quitado, inclusive quanto à supressão parcial dos intervalos interjornada e intrajornada (item 2 desta fundamentação),

gera efeitos meramente materiais ao trabalhador, cuja reparação foi determinada nestes autos, não havendo se falar em violação moral a ensejar a indenização pretendida, mormente quando não demonstrado que, em razão do trabalho, o empregado deixou de realizar atividades em seu meio social ou tenha se afastado do convívio familiar.

Nesse sentido, o seguinte aresto:

“RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUBMISSÃO A JORNADA EXTENUANTE. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. O dano existencial é espécie de dano imaterial. No caso das relações de trabalho, o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre dano/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador, impossibilitando-o de estabelecer a prática de um conjunto de atividades culturais, sociais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, etc., ou de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal. Não é qualquer conduta isolada e de curta duração, por parte do empregador, que pode ser considerada como dano existencial. Para isso, a conduta deve perdurar no tempo, sendo capaz de alterar o objetivo de vida do trabalhador, trazendo-lhe um prejuízo no âmbito de suas relações sociais. Na hipótese dos autos, embora conste que o Autor se submetia frequentemente a uma jornada de mais de 15 horas diárias, não ficou demonstrado que o Autor tenha deixado de realizar atividades em seu meio social ou tenha sido afastado do seu convívio familiar para estar à disposição do Empregador, de modo a caracterizar a ofensa aos seus direitos fundamentais. Diferentemente do entendimento do Regional, a ofensa não pode ser presumida, pois o dano existencial, ao contrário do dano moral, não é “in re ipsa”, de forma a se dispensar o Autor do ônus probatório da ofensa sofrida. Não

houve demonstração cabal do prejuízo, logo o Regional não observou o disposto no art. 818 da CLT, na medida em que o Reclamante não comprovou o fato constitutivo do seu direito. Recurso de Revista conhecido e provido” (TST – RR: 14439420125150010, rel^a. Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 15.4.2015, 4^a Turma, Data de Publicação: DEJT 17.4.2015)

Diante do exposto, não há como acolher a pretensão recursal, pelo que decido **negar provimento** ao recurso, nestes termos consignando as razões de decidir para fins de prequestionamento.

POR TAIS FUNDAMENTOS, decido **conhecer e dar parcial provimento** ao recurso do **reclamante** para: 1) fixar a jornada de trabalho da seguinte forma: 10 horas diárias na condução do veículo, 06 horas em dois dias por semana acompanhando o carregamento e descarregamento de mercadorias, 25 minutos de intervalo intrajornada e 01 folga semanal, 2) determinar que sejam consideradas, como extras, as horas excedentes da 8^a diária e 44^a semanal, 3) determinar que o tempo de espera, ora fixado em 06 horas em dois dias por semana, deve ser remunerado com o acréscimo de 30% e reflexos, 4) deferir o pagamento do intervalo intrajornada correspondente a 01h00 por dia, acrescida do adicional de 50% e dos reflexos deferidos para as horas extras, 5) deferir o pagamento do intervalo interjornada efetivamente suprimido, acrescido do adicional de 50% e dos reflexos deferidos para as horas extras, tudo nos termos da fundamentação.

Rearbitro a condenação em R\$ 25.000,00 e custas no importe de R\$ 500,00, pelas reclamadas.

Tereza Aparecida Asta Gemignani

Desembargadora do Trabalho

Relatora

Índice Geral

Doutrina

A imprecisa interpretação da Súmula n. 294 do TST. 1. Introdução. 2. Histórico da Súmula n. 294. 3. A conflituosa jurisprudência relacionada à Súmula n. 294 do TST. 3.1. Conflito jurisprudencial quanto à prescrição quinquenal fundamentada na alteração do pactuado. 3.2. Conflito jurisprudencial quanto à prescrição quinquenal fundamentada em direito previsto em lei. 3.3. Conflito jurisprudencial quanto à prescrição quinquenal parcial fundamentada na tese da nulidade da alteração contratual lesiva. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.....

1. Introdução. 2. Histórico da Súmula n. 294. 3. A conflituosa jurisprudência relacionada à Súmula n. 294 do TST. 3.1. Conflito jurisprudencial quanto à prescrição quinquenal fundamentada na alteração do pactuado. 3.2. Conflito jurisprudencial quanto à prescrição quinquenal fundamentada em direito previsto em lei. 3.3. Conflito jurisprudencial quanto à prescrição quinquenal parcial fundamentada na tese da nulidade da alteração contratual lesiva. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.....

19

A inconstitucionalidade da despedida coletiva imotivada. 1. Considerações iniciais. 2. As liberdades sociais. 3. A proteção contra a despedida arbitrária como direito de liberdade. 4. Direitos fundamentais como sistema de valores. 5. Eficácia irradiante dos direitos fundamentais. 6. O alcance do art. 7º, I, diante da regra contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988. 7. Eficácia plena da primeira parte do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 e a anti-juridicidade da despedida imotivada. 8. Inconstitucionalidade da autorização da despedida coletiva imotivada. 9. A inconstitucionalidade por ofensa ao devido processo legal. 10. Motivação e devido processo legal para aplicação de penalidades: o paradigma estabelecido pelo código civil. 10.1. Entidades associativas e sociedades. 10.2. Relações condominiais. 10.3. O dever de motivação na ação de despejo. 11. A necessidade da motivação da despedida como consequência do devido processo legal aplicável à relação de emprego. 12. Notas conclusivas. 13. Referências bibliográficas

1. Considerações iniciais. 2. As liberdades sociais. 3. A proteção contra a despedida arbitrária como direito de liberdade. 4. Direitos fundamentais como sistema de valores. 5. Eficácia irradiante dos direitos fundamentais. 6. O alcance do art. 7º, I, diante da regra contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988. 7. Eficácia plena da primeira parte do art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988 e a anti-juridicidade da despedida imotivada. 8. Inconstitucionalidade da autorização da despedida coletiva imotivada. 9. A inconstitucionalidade por ofensa ao devido processo legal. 10. Motivação e devido processo legal para aplicação de penalidades: o paradigma estabelecido pelo código civil. 10.1. Entidades associativas e sociedades. 10.2. Relações condominiais. 10.3. O dever de motivação na ação de despejo. 11. A necessidade da motivação da despedida como consequência do devido processo legal aplicável à relação de emprego. 12. Notas conclusivas. 13. Referências bibliográficas

36

O princípio da vedação do retrocesso e a judiciabilidade de medidas regressivas

1. Introdução. 2. A judiciabilidade dos direitos sociais e das medidas regressivas. 2.1. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 2.2. Corte Constitucional da Colômbia. 2.3. Corte Suprema de Justicia de la Nación — Suprema Corte Argentina. 2.4. Supremo Tribunal Federal. 3. A aplicação do princípio da vedação do retrocesso. 3.1. Presunção de inconstitucionalidade e inversão do ônus da prova. 3.2. Princípio da vedação do retrocesso e o princípio da proporcionalidade. 3.3. Núcleo essencial dos direitos. 3.4. Mínimo existencial. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.....

64

Agoniza o social no estado que seria social de direito. 1. Introdução. 2. Reforma Trabalhista. 2.1. Introdução. A árvore social. 2.2. Release histórico. 2.3. O concretismo antissocial em andamento nas decisões do STF. 2.4. A serpente lançada pelo Poder Executivo. 2.5. O calote da terceirização. 3. Reforma Previdenciária. 3.1. O maior retrocesso social. 3.2. Aposentadoria *post mortem*. 3.3. Levantai-vos heróis do Novo Mundo! 4. Notas conclusivas. 5. Referências bibliográficas.....

1. Introdução. 2. Reforma Trabalhista. 2.1. Introdução. A árvore social. 2.2. Release histórico. 2.3. O concretismo antissocial em andamento nas decisões do STF. 2.4. A serpente lançada pelo Poder Executivo. 2.5. O calote da terceirização. 3. Reforma Previdenciária. 3.1. O maior retrocesso social. 3.2. Aposentadoria *post mortem*. 3.3. Levantai-vos heróis do Novo Mundo! 4. Notas conclusivas. 5. Referências bibliográficas.....

88

1. Introdução. 2. Vantagens do instituto. 3. Quem pode ser *whistleblower*? 4. Quem deve ser o destinatário da denúncia? 5. Mecanismos de proteção contra represálias. 6. Mecanismos de incentivo ao instituto. 7. A situação do delator no Brasil. 8. Projeto de Lei sobre o tema. 9. Considerações finais. 10. Referências bibliográficas

102

1. Introdução. 2. A fundamentalidade dos direitos sociais laborais na ordem

constitucional brasileira. 3. Perspectivas negativas da “reforma” trabalhista no direito processual do trabalho para o acesso à justiça. 3.1. Art. 790, §§ 3º e 4º: beneficiários da gratuidade dos atos processuais. 3.2. Art. 790-B: honorários periciais. 3.3. Art. 791-A: honorários advocatícios. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas.....	112
Reforma trabalhista e desenvolvimento humano: uma análise legislativa à luz do fenômeno da “pejotização”. 1. Introdução. 2. Trabalho como alicerce do desenvolvimento humano. 2.1. Desenvolvimento como discurso e como paradigma. 2.2. Valor social do trabalho e trabalho decente: nortes principiológico e instrumental para o alcance do desenvolvimento. 3. Reforma trabalhista e pejotização na esteira da onda neoliberal precarizante do trabalho humano. 3.1. Reestruturação produtiva, flexibilização e precarização. 3.2. A pejotização (e a reforma trabalhista) no contexto do terceiro espírito do capitalismo. 4. A desconformidade da reforma trabalhista com a realização do desenvolvimento humano. 4.1. A pejotização no contexto da reforma trabalhista. 4.2. Alternativas à crise através do trabalho decente. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas	134
Reforma trabalhista e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. 1. Introdução. 2. Da execução na Justiça do Trabalho. 3. Da responsabilidade patrimonial primária e secundária. 4. Da desconsideração da personalidade jurídica e Teoria Inversa. 5. A desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC e sua aplicabilidade no processo do trabalho. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.....	155
Direito fundamental à limitação da jornada: a disciplina do teletrabalho à luz dos princípios constitucionais. 1. Introdução. 2. A proposta da “Reforma Trabalhista” (Projeto de Lei da Câmara n. 38/2017) sobre o teletrabalho. 3. Poder diretivo e possibilidade de controle da jornada de trabalho por meios tecnológicos. ► 4. A limitação da jornada prevista na Constituição de 1988 e a não recepção do art. 62 da CLT. 5. As implicações de uma compreensão principiológica do art. 7º, XIII, da Constituição. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.....	164
Lei n. 13.429 de 2017 e a intermediação de trabalho no Brasil: perspectivas políticas e hermenêuticas. 1. Introdução. 2. Origens da lei. 3. Breves considerações sobre a terceirização e trabalho temporário no Brasil. 4. Comentários aos dispositivos alterados e acrescidos na Lei n. 6.019/1974. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas	178
Vamos falar séria e honestamente sobre a Reforma Trabalhista? 1. Introdução. 2. A CLT é velha. 3. As normas trabalhistas são anacrônicas e obsoletas. 4. A legislação trabalhista é rígida e não está adaptada aos novos tempos. 5. O modelo sindical brasileiro é fascista. 6. O custo do trabalho no Brasil é excessivo. 7. Não se pode mais tratar o trabalhador como coitado. 8. É preciso eliminar a insegurança jurídica. 9. Os efeitos das reformas trabalhistas propostas. 10. Referências bibliográficas	193
A proposta de emenda à Constituição n. 287/2016 e o risco de desproteção social. 1. Introdução — (mais uma) reforma inconstitucional?. 2. O ataque ao estado de bem-estar social prometido em 1988. 3. Problemas não enfrentados pela PEC n. 287. 3.1. A alegação de déficit nas contas da Seguridade Social: a flagrante contradição em razão da manutenção	

da DRU pela EC n. 93/2016. 3.2. Redução de benefícios aos segurados *versus* renúncias fiscais e não-participação do Estado no financiamento — a quem serve a Seguridade Social, afinal?. 3.3. A ausência de combate à sonegação fiscal: por que não se faz justiça tributária?. 3.4. O não enfrentamento dos problemas que acarretam maiores ônus às políticas públicas de Seguridade Social: a omissão quanto aos danos causados por acidentes (incluindo os do trabalho) e a falta de políticas de combate ao desemprego estrutural. 3.5. A questão rural: só o Brasil está supostamente “no caminho errado”?. 4. Propostas relativas ao regime geral de previdência social. 4.1. Criação da idade mínima e padronização etária. 4.2. Critério de cálculo das aposentadorias no RGPS. 4.3. Contribuição e comprovação de atividade do trabalhador rural/segurado especial. 4.4. Aposentadorias especiais no RGPS.

4.5. Pensão por morte no RGPS. 5. Propostas relativas aos regimes próprios. 5.1. As particularidades dos Regimes Próprios e a reforma. 5.2. Gestão e Fiscalização dos RPPS. 5.3. Mudanças nas aposentadorias dos RPPS. 5.4. Aplicação do mesmo teto para o RGPS e os RPPS. 5.5. Adoção de mesma regra de reajustamento dos proventos de aposentadorias e das pensões em todos os regimes. 5.6. Aposentadorias especiais nos RPPS. 5.7. Pensão por morte nos RPPS. 5.8. Acumulação de aposentadorias e pensões nos RPPS. 5.9. Abono de permanência. 6. A transição na proposta de emenda. 7. O benefício de prestação continuada (BPC/LOAS). 8. À guisa de considerações finais. 9. Referências bibliográficas 226

Jurisprudência

Acórdão de Tribunal Regional do Trabalho

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região 259

