

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).

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

LTr 6044.0

Abril, 2018

PRESIDENTE ANAMATRA

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

CONSELHO EDITORIAL ANAMATRA

EDUARDO ROCKENBACH PIRES

Doutor e Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo.
Juiz do Trabalho vinculado ao TRT da 2ª Região.

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 – ABDT; 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 Société 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>Editorial</i>	11
<i>Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças</i>	13
Doutrina	
Reforma trabalhista e o conceito de sistema jurídico <i>Camila Miranda de Moraes e Fausto Siqueira Gaia</i>	17
A reforma processual trabalhista de 2017: um retorno ao estado liberal clássico <i>Camila Sailer Rafanhim de Borba e Marina Brisolara Kolosza</i>	34
A “reforma trabalhista” e a desnaturação do Direito do Trabalho <i>Fábio Túlio Barroso, Cláudio Jannotti da Rocha e Ailana Ribeiro</i>	51
Termo de quitação anual trabalhista e sua eficácia liberatória <i>Filipe Cordeiro Kinsky e Gustavo Marcel Filgueiras Lacerda</i>	66
Aspectos da reforma trabalhista quanto à duração do trabalho — avançando perigosamente para o passado? <i>Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani</i>	76
Amianto, meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil do empregador <i>Guilherme Guimarães Feliciano e Olívia Pasqualetto</i>	89
A persistência da cultura escravocrata nas relações de trabalho do Brasil <i>Kátia Magalhães Arruda</i>	107
O princípio da vedação do retrocesso e a judiciabilidade de medidas regressivas em matéria de direitos sociais <i>Luísa Lacerda</i>	119
A (in)viabilidade da utilização de <i>holding</i> como mecanismo de blindagem patrimonial contra créditos trabalhistas <i>Milena Macalós Sasso</i>	143

“Equiparação” entre empregados de cooperativas de crédito e bancos: (re)exame da Orientação Jurisprudencial n. 379 da SDI I do TST <i>Oscar Krost</i>	177
O trabalho autônomo na reforma trabalhista e a fórmula política da Constituição Federal de 1988 <i>Paulo Roberto Lemgruber Ebert</i>	188
A reforma trabalhista e o novo regime jurídico do teletrabalho no Brasil <i>Raphael Miziara</i>	201
O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho após a reforma <i>Roberto Dala Barba Filho</i>	210
A representação dos empregados na empresa: um novo instituto do direito coletivo brasileiro <i>Rodolfo Pamplona Filho e Guilherme Levien Grillo</i>	219
A prevalência do negociado sobre o legislado e direitos humanos: a supralegalidade das normas internacionais do trabalho <i>Roseniura Santos</i>	230
Reflexões sobre a reforma trabalhista: a (im)possibilidade de mitigação de princípios pela perspectiva da integridade do Direito <i>Vanessa Cristina Gavião Bastos</i>	243
Índice Geral	259

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

Editorial

A Revista de Direito Material e Processual do Trabalho, organizada pela ANAMATRA em parceria com a LTr Editora, sempre pautou-se em trazer aos caros leitores os mais variados e instigantes temas do mundo contemporâneo, diretamente afetos à Justiça do Trabalho.

E, quando do início da Edição desta Revista, encontrava-se em pleno vapor a tramitação do projeto de lei que, ao final, foi aprovado pelo Congresso Nacional, trazendo inúmeros impactos à legislação trabalhista.

A temática desta Edição, “Direito do Trabalho: passado, presente e futuro”, visa apresentar ao leitor alguns estudos que servirão, ao final, como elementos necessários para a boa compreensão dos retrocessos que a Reforma Trabalhista, já aprovada, impingiu aos trabalhadores de nosso País.

Por isso, a seleção de artigos jurídicos que, por exemplo, abordam a cultura escravocrata que ainda existe nas relações de trabalho no Brasil; a vedação ao retrocesso social no campo dos Direitos Sociais; a Reforma Trabalhista e a “desnaturação” do Direito do Trabalho; a impossibilidade de mitigação dos princípios, pela perspectiva da integridade do Direito do Trabalho.

Temas como o termo de quitação anual, teletrabalho, a regulamentação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica da empresa e a representação dos empregados na empresa, também foram objeto de estudo, porque representam novidades dentro da seara laboral.

Procura-se, então, a partir da Revista n. 58, apresentar ao leitor uma série de artigos que enfrentam os efetivos entraves e retrocessos decorrentes da aprovação da Lei n. 13.467/2017, conhecida como Lei da Reforma Trabalhista.

A ANAMATRA sempre foi crítica à forma pela qual o projeto de lei, que culminou com a Reforma, tramitou no Congresso Nacional. Historicamente, a ANAMATRA sempre se pautou pela defesa dos direitos da classe trabalhadora. Ocorre que a norma está aí, em plena vigência, o que nos faz iniciar os debates sobre seus efeitos concretos no mundo das relações de trabalho.

Aos leitores, o convite para que o debate se inicie. A compreensão do passado, presente e futuro do Direito do Trabalho é atividade premente e necessária. A todos, boa leitura.

Março de 2018.

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.

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

Reforma trabalhista e o conceito de sistema jurídico

Camila Miranda de Moraes^(*) e Fausto Siqueira Gaia^(**)

Resumo:

- A gênese do trabalho humano remonta os esforços físicos, punições. A etimologia da palavra trabalho, que vem do latim “*tripaliare*” que significa torturar, reflete em sua evolução histórica e na evolução da disciplina jurídica que hoje conhecemos como Direito do Trabalho. No curso da história o trabalho assumiu diversas feições — servidão, escravidão, corporações de ofício — o que gerou a necessidade do surgimento de uma disciplina jurídica autônoma que regulasse tais relações, que hoje chamamos Direito do Trabalho. O objetivo do presente artigo é estudar o conceito de sistema jurídico e suas características para investigar quais as características do sistema de Direito do Trabalho no Brasil e pesquisar se a chamada reforma trabalhista veiculada pela Lei n. 13.467 de 13.7.2017 guarda pertinência com o sistema do Direito do Trabalho brasileiro e em que medida.

Palavras-chave:

- Sistema — Direito do Trabalho — Reforma trabalhista — Lei n. 13.467/17 — Princípios.

Abstract:

- The birth of human labour tracks back to physical efforts and punishments. The etymology of the word labour, that comes from the latin word “*tripaliare*”, which means to torture, reflects in its historical evolution and in the evolution of the juridical discipline Labour Law as we now know it. In the course of history labour has assumed many facets — servitude, slavery, labour corporations — and that generated the need of an autonomous juridical discipline to regulate those facets, which nowadays we call Labour Law. This article aims to study the concept of juridical system and its characteristics to investigate which of them form the Labour Law juridical system in Brazil and research if the so-called labour reform (Law n. 13.467/2017) adapts to the Brazilian Labour Law juridical system and to what extent.

Key-words:

- System — Labour Law — Labour reform — Law n. 13.467/17 — Principles.

(*) Doutoranda em Direito do Trabalho (PUC-SP). Juíza do Trabalho Substituta (TRT 7).

(**) Doutorando em Direito do Trabalho (PUC-SP). Juiz do Trabalho Substituto (TRT 17).

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Conceito de sistema jurídico
- ▶ 3. Características do sistema de Direito do Trabalho brasileiro
- ▶ 4. Análise de alguns pontos da reforma trabalhista (Lei n. 13.467, de 13.7.2017)
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A gênese do trabalho humano remonta os esforços físicos, punições. A palavra trabalho significa "ocupar-se em algum mister; exercer seu ofício. Do latim *'tripaliare'*, torturar, derivado de *'tripalium'*, instrumento de tortura composto de três paus; da ideia inicial de sofrer; passou-se à de esforçar-se, lutar, pugnar e, por fim, trabalhar."⁽¹⁾

A etimologia da palavra trabalho reflete em sua evolução histórica e na evolução da disciplina jurídica que hoje conhecemos como Direito do Trabalho. No curso da história o trabalho assumiu diversas feições — servidão, escravidão, corporações de ofício — o que gerou a necessidade do surgimento de uma disciplina jurídica autônoma que regulasse tais relações, que hoje chamamos Direito do Trabalho.

O objetivo do presente trabalho é estudar o conceito de sistema jurídico e suas características para investigar quais as características do sistema de Direito do Trabalho no Brasil e pesquisar se a chamada reforma trabalhista veiculada pela Lei n. 13.467, de 13.7.2017, guarda pertinência com o sistema do Direito do Trabalho brasileiro e em que medida.

O ordenamento jurídico brasileiro possui um vasto arcabouço de normas jurídicas protetoras dos direitos sociais laborais no âmbito constitucional e infraconstitucional.

No plano constitucional há de se observar que os valores sociais do trabalho, da livre-iniciativa e dignidade da pessoa humana estão inscritos como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, Constituição Federal de 1988) e que o trabalho está inserido dentre os direitos sociais (art. 6º, Constituição Federal).

Por sua vez, o art. 7º da Constituição Federal, nos seus 34 (trinta e quatro) incisos, traz uma lista meramente exemplificativa dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, o que significa dizer que há permissão para criação ou adoção de outros desde que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores — conclusão extraída da parte final do *caput* do mesmo dispositivo constitucional.

Quanto aos aspectos metodológicos, as hipóteses apresentadas foram investigadas mediante pesquisa bibliográfica, em que são analisadas algumas obras que tratam do assunto, e pesquisa documental, pois exploramos diversos diplomas normativos existentes atinentes aos tópicos discutidos. A tipologia da pesquisa, segundo a utilização dos resultados, é pura. Segundo a abordagem, a tipologia da pesquisa é qualitativa, visto que busca desenvolver a problemática com base numa pesquisa subjetiva, ou seja, preocupando-se com o aprofundamento e abrangência da compreensão das ações e relações humanas. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva e exploratória, uma vez que procura aperfeiçoar as sugestões e ajudará na formulação de hipóteses para pesquisas posteriores.

(1) CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 779.

2. Conceito de sistema jurídico

Ao conceituar o que seria ciência Maria Helena Diniz diz que “ciência é um complexo de conhecimentos ordenados e conexos entre si, cujo objetivo é dar às suas constatações um caráter descritivo, genérico, comprovado e sistematizado. Ciência é um saber metodicamente fundado, demonstrado e sistematizado”.⁽²⁾

Segundo a autora a ideia de sistema é de fundamental importância por ser o principal argumento para afirmar a cientificidade de algo. A justificação do saber científico decorre da sistematização.

Explica ela que a palavra sistema é de origem grega e significa “aquilo que é construído” (*syn-istemi*). Nas palavras de Maria Helena Diniz o sistema

“é um todo organizado racionalmente e planejado metodicamente, portanto significa nexos, uma reunião de elementos, e método, um instrumento de análise. A sistematização é uma operação lógica que estabelece um nexo entre os elementos do direito, que constituem o objeto da análise do jurista, para dar uma unidade. De modo que o sistema não é uma realidade, é o aparelho teórico, mediante o qual se pode estudá-la. É, por outras palavras, o modo de ver ou de ordenar, logicamente, a realidade, que não é sistemática. Todo o sistema é uma reunião de objetos de seu estudo e seus atributos ou elementos (repertório) relacionados entre si, conforme certas regras (estrutura) que variam de concepção para concepção”.⁽³⁾

Ainda sobre o conceito de sistema diz Tacio Lacerda Gama que a expressão significa

“existência de um conjunto formado por elementos que se relacionam segundo certos padrões de racionalidade. Nesse sentido, Lourival Vilanova afirmava que

‘onde há sistema há relações e elementos, que se articulam segundo leis’. Por isso, falar em ‘sistema’ é falar na totalidade de elementos, reunidos por uma característica comum e organizados de acordo com certos padrões”.⁽⁴⁾

Portanto o sistema é uma construção epistemológica realizada pelo jurista com o propósito de conhecer e organizar o ordenamento jurídico para facilitar a aplicação do direito e a consequente solução dos problemas que surgem na vida cotidiana. Para que haja ciência não basta haver sistematização. Além da organização das partes de um todo no sistema, é imprescindível que haja coerência lógica e unidade de sentido. São características de um sistema jurídico o nexo entre seus elementos, a coerência entre eles, serem reunidos e organizados de forma lógica e relacionados entre si.

Nesse sentido importante a síntese feita por Paulo Issamu Nagao:

“Em qualquer campo do conhecimento humano em que houver a congregação de diversos elementos (feição concreta) e aspectos conceituais (face abstrata) que se coordenam entre si e se organizam estruturalmente para a consecução de determinado(s) escopo(s) estará presente a noção de sistema, de modo que se pode falar, v.g., de sistema jurídico, judicial, constitucional, ou processual, sobressaindo-se a ideia de unidade, organização e finalidade”.⁽⁵⁾

O sistema, portanto, é um método de análise, a forma metodológica de estudar o direito colocando em ordem o que está em desordem.

(2) DINIZ, Maria Helena. Sistematização: problema central da ciência jurídica. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 13, n. 6, p. 88-94, jan./abr. 2016.

(3) *Idem*.

(4) GAMA, Tacio Lacerda. Sistema jurídico – Perspectiva dialógica. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). *Enciclopédia Jurídica da PUC*, Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/100/edicao-1/sistema-juridico--perspectiva-dialogica>>. Acesso em: maio 2017.

(5) NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 172.

Conhecer o sistema de Direito do Trabalho brasileiro implica estudar suas características, sua estrutura e diretrizes para diferenciá-lo de outros sistemas.

3. Características do sistema de Direito do Trabalho brasileiro

Com a finalidade de analisar as características do sistema de Direito do Trabalho nacional faremos uma digressão histórica para verificar a evolução e características dos direitos trabalhistas nas Constituições brasileiras.

No Brasil, o período de maior significância para o direito do trabalho foi uma parte da chamada *Era Vargas*, que compreende o período de 1930 até 1945. Não podemos, entretanto, deixar de analisar as mudanças ocorridas no período que vai desde a Constituição do Império, em 1824, até a Constituição de 1988.

O estudo das cartas constitucionais brasileiras demonstra de maneira clara a evolução do pensamento constitucional brasileiro e do próprio direito do trabalho nacional.

A Constituição de 1824, outorgada por Dom Pedro I, não tratou dos direitos sociais dos trabalhadores. Esta Carta tinha inspiração na filosofia liberal da revolução francesa, e limitou-se a proibir, no seu art. 179, XXV⁽⁶⁾, a existência das corporações de ofício, como fora feito na França em 1791, por meio da Lei Le Chapelier. A inovação da Carta de 1824 foi a existência do poder moderador, do qual o Imperador era titular.

Houve a abolição da escravatura em 1888 e, no ano seguinte, a proclamação da República. Em 1891 foi promulgada a primeira Constituição da era republicana. Este diploma sofreu influências da Constituição norte-americana e, a exemplo da Constituição do Império, também não tratou dos direitos dos trabalhadores.

(6) NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. p. 105.

“Fundamentalmente, a Constituição de 1891 adaptou ao Brasil o sistema constitucional de modelo norte-americano, à semelhança do que já tinham feito o México e a Argentina.”⁽⁷⁾

Comparando as Constituições de 1824 e 1891, Anderson Orestes Cavalcante Lobato afirma que

“[...] a Monarquia constitucional brasileira, apesar de inserir no seu Texto constitucional os Direitos fundamentais individuais de cidadania, ignorava a sua dimensão coletiva, notadamente quanto ao exercício dos direitos políticos, porquanto admitia o voto censitário, bem como o direito de propriedade individual sobre pessoas, os escravos, que por uma ficção jurídica, considerava-se coisa. (*sic*) Desse modo, o avanço obtido com a primeira Constituição republicana foi deveras significativo. O final da monarquia representou para os brasileiros as conquistas, dos direitos coletivos e políticos, como o sufrágio universal”. (*sic*)⁽⁸⁾

Limitou-se a Carta de 1891 a garantir “o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial” (art. 72, § 24) e que “a todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas” (art. 72, § 8º).⁽⁹⁾

O pensamento da época entendia que a liberdade contratual era absoluta. Por tal razão a intervenção estatal nas relações entre os particulares, mormente nas relações trabalhistas, não era aceita. Entendia-se que o Estado não podia intervir na formação dos contratos, pois estaria restringindo a liberdade dos contratantes e ferindo-a, limitando o livre exercício de

(7) MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. t. I, p. 225.

(8) LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Os direitos humanos na Constituição brasileira: os desafios da efetividade. In: MALUSCHKE, Gunther e outros (Orgs.). *Direitos humanos e violência: desafios da ciência e da prática*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004. p. 23.

(9) BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. p. 113.

todas as profissões. Era a preponderância da doutrina do liberalismo, que não foi propícia para a evolução jurídica na ordem trabalhista.

Nessa época a população das cidades crescia, a imigração ocorria em grande escala, a industrialização no Brasil iniciava-se. Segundo Amauri Mascaro Nascimento:

“Formavam-se, assim, as condições para que o trabalho subordinado viesse a ser regido por leis de proteção, mas, não obstante, o Poder Público, fiel ao princípio liberalista que o inspirava, mantinha-se alheio a qualquer reivindicação. Estas existiram. Atestam-no dois fatos: o elevado número de greves e o movimento político”.⁽¹⁰⁾

Nesse período surgiram iniciativas isoladas buscando tratamento jurídico para as relações de trabalho. Por meio do Decreto n. 1.637/1907, foi assegurado o direito de sindicalização aos trabalhadores.

Com o Código Civil, em 1916, foi regulada a locação de serviços, antecedente histórico do contrato de trabalho.

Em 1919 a União legislou sobre seguro de acidentes do trabalho (Lei n. 3.724/1919), e em 1923 instituiu as Caixas de Aposentadorias e Pensão dos Ferroviários, com estabilidade decenal para os empregados das respectivas empresas (Lei Eloi Chaves, n. 4.682/1923). O Conselho Nacional do Trabalho, vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, foi criado pelo Decreto n. 16.027/1923. Em 1924 surgiu o Decreto n. 17.934-A, o Código de Menores, que, entre outras coisas, dispôs sobre trabalho de menores.

Aliomar Baleeiro declara que tais fatos “foram os pródromos da legislação social que, logo após a Revolução de 1930, Lindolfo Collor induziria Vargas a aceitar.”⁽¹¹⁾

Já em 1925 a Lei n. 4.982 concedia o direito a quinze dias de férias anuais remuneradas

aos empregados de estabelecimentos comerciais, industriais, bancários e de caridade ou beneficentes.

Notamos, portanto, que a legislação existente era esparsa e específica, contemplando apenas determinados setores da sociedade com vantagens que poderiam ser encaradas como verdadeiros privilégios, e não direitos. Afinal, criava-se uma verdadeira discriminação ao conceder certas vantagens somente a uma categoria específica de trabalhadores.

“Depois da Revolução de 3 de outubro de 1930 todas as Constituições dispuseram sobre os direitos sociais do trabalhador” é a constatação assinalada por Arnaldo Süssekind.⁽¹²⁾ Foi nesta época que houve o desenvolvimento da indústria no Brasil.

Em 26.11.1930 Getúlio Vargas, então chefe do Governo Provisório, criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. A revolução paulista de 1932 incitou a necessidade de se promulgar uma nova Carta Constitucional, o que ocorreu em 1934. A inspiração para elaboração dessa Carta foi obtida na Constituição de Weimar (Alemanha, 1919) e na Constituição Republicana espanhola, de 1931.⁽¹³⁾

Registra Ronaldo Poletti que o anteprojeto da Constituição de 1934 era inovador, pois trazia em seu texto inúmeros temas que não eram comumente abordados pelo Direito Constitucional, como religião, família, cultura e ensino, ordem econômica e social. Afirma o autor que “[...] deve decorrer daí a tendência nacional de inserir na Carta Política dispositivos materialmente não-compreendidos pelo Direito Constitucional. Por isso, o texto projetado era mais extenso que o normal (135 artigos mais as disposições transitórias), embora não chegasse a ser uma enciclopédia.”⁽¹⁴⁾

(12) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 33.

(13) POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. p. 19.

(14) *Ibidem*, p. 34.

(10) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 62.

(11) BALEEIRO, Aliomar, *op. cit.*, 1999, p. 51.

A nova Constituição mantinha o Brasil como uma República Federativa, havia separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário, independentes entre si, e eleição direta dos membros dos poderes executivo e legislativo.

“A Constituição de 1934 consagrou a justiça eleitoral (criada em 1932); reforçou os poderes do Congresso (em especial, da Câmara dos Deputados, eleita pelo povo e pelas organizações profissionais); previu formas de intervenção do Estado na economia e direitos sociais na linha da Constituição mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar; introduziu o mandado de segurança, para garantia de direitos certos e incontestáveis contra actos inconstitucionais ou ilegais”.⁽¹⁵⁾

No dia seguinte à promulgação da nova Carta, Getúlio Vargas foi eleito indiretamente presidente do Brasil, para um mandato de quatro anos.

“Promulgada a 16 de julho de 1934, o novo Estado Político tornou-se um marco na história do Direito Constitucional brasileiro pelas normas que inseriu no capítulo, até então inédito, sobre a ordem econômica e social. [...] A *Constituição de 1934* procurou conciliar filosofias antagônicas emanadas das cartas magnas de Weimar (social-democrata) e dos Estados Unidos da América (liberal-individualista), além de mesclar a representação política resultante de voto direto com a escolhida pelas associações sindicais (representação corporativa). Foi-lhes, por isso, vaticinada vida efêmera, o que aconteceu”.⁽¹⁶⁾

Foi a Carta de 1934 que previu a instituição da Justiça do Trabalho, que só foi criada em 1941 (já na vigência da Constituição de 1937, que trazia a mesma previsão), o sistema da pluralidade sindical, o repouso semanal preferentemente aos domingos (art. 121, “e”) e o

salário mínimo “capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, às necessidades normais do trabalhador” (art. 121, “b”).

O capítulo II da Carta de 1934 era intitulado “Dos direitos e garantias individuais.” O art. 113 tratava de tais direitos. O art. 113, inciso 12 assegurava a liberdade de associação para fins lícitos. O inciso 13 do mesmo artigo garantia o livre exercício de qualquer profissão. Dentro do capítulo II estava o título IV “Da ordem econômica e social”. Neste título havia previsão de reconhecimento dos sindicatos e associações profissionais (art. 120), garantia da pluralidade sindical e completa autonomia dos sindicatos (parágrafo único do art. 120). O art. 121 da Constituição de 1934 elencava uma série de direitos trabalhistas como salário mínimo, proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho em virtude de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil, limitação da jornada diária de trabalho em oito horas etc.

Sublinha Irany Ferrari, a grande importância para a época do § 2º do art. 121 da Constituição Brasileira de 1934 porque ainda não existia a Consolidação das Leis do Trabalho, apenas poucas leis esparsas sobre o trabalho, e a Lei Maior tratou da proibição de discriminação entre o trabalho manual, intelectual ou técnico.⁽¹⁷⁾

Bem se vê que o curto tempo de vigência da Carta de 1934 não apaga sua importância histórica. As diretrizes nela lançadas foram reproduzidas na maioria das constituições posteriores. Percebemos que o grande salto para o Direito do Trabalho foi dado por ocasião da Constituição de 1934, haja vista a inserção de um título tratando da ordem econômica e social e trazendo diversas garantias aos trabalhadores.

Em 10 de novembro de 1937, foi promulgada no Brasil uma nova Carta Constitucional, inspirada na Constituição polonesa de 23.4.1935.

(15) MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, 1997, t. I, p. 228.

(16) SÜSSEKIND, Arnaldo, *op. cit.*, 2003, p. 34.

(17) FERRARI, Irany et al. *História do trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 56.

Esse período de nossa história é conhecido como “Estado Novo” (1937/1945). Foi nessa época que houve a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, mais exatamente em 1º.5.1943.

O “Estado Novo” era nitidamente intervencionista, principalmente na ordem econômica e social. A greve foi proibida por ser nociva à produção. Fixou-se o princípio do sindicato único que somente seria legítimo se reconhecido pelo próprio Estado.⁽¹⁸⁾

O art. 122 da Carta de 1937 trata dos direitos e garantias fundamentais, semelhantemente à Carta de 1934. Nos arts. 135 a 155 está o tratamento da ordem econômica e social. O art. 137 traz catorze incisos contendo direitos dos trabalhadores. Dentre eles citamos o direito às férias (‘e’) depois de um ano de serviço ininterrupto em uma empresa de trabalho contínuo, o operário terá direito a uma licença anual remunerada;⁽¹⁹⁾ à indenização pela cessação da relação de emprego (‘f’) nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, a que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garante a estabilidade no emprego cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço;⁽²⁰⁾ a impessoalidade da relação de emprego em relação ao empregador, garantindo a continuidade do emprego nos casos de sucessão do empregador (‘g’) nas empresas de trabalho contínuo, a mudança de proprietário não rescinde o contrato de trabalho, conservando os empregados, para com o novo empregador, os direitos que tinham em relação ao antigo;”

Em 1º de maio de 1939, com o Decreto-lei n. 1.237, foi constituída a Justiça do Trabalho, que se instalou oficialmente em 1º.4.1941,

ainda no âmbito do Ministério do Trabalho e não do Poder Judiciário.

Foi na Constituição de 1946 que os órgãos da Justiça do Trabalho estavam divididos de maneira similar à de hoje em dia. Naquela época havia as Juntas de Conciliação e Julgamento (hoje Varas do Trabalho), os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho.

A Carta de 1946 trouxe uma nova fase ao constitucionalismo brasileiro, uma vez que se tratava de uma carta de cunho social-democrata. Assim, percebemos o contraste entre a Constituição anterior, extremamente autoritária, e a Carta de 1946, que continuou a evolução das normas trabalhistas e do próprio Direito do Trabalho.

Aliomar Baleeiro e Barbosa Lima Sobrinho registram que a Assembleia Constituinte formada para elaborar a Carta de 1946 contava com a participação de bancadas comunistas e trabalhistas, o que foi importante para determinar algumas mudanças no texto constitucional.⁽²¹⁾

O título IV da Constituição de 1946 tratava “Da declaração de direitos”, e o capítulo II tratava “Dos direitos e das garantias individuais”. O título V, “Da ordem econômica e social”, trazia preceitos trabalhistas (arts. 145 a 162). A leitura do art. 145 da Carta de 1946, o primeiro do título sobre a ordem econômica e social, já deixa antever o teor mais democrático e social da nova Constituição:

Art. 145 A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.⁽²²⁾

(18) *Ibidem*, p. 57.

(19) PORTO, Walter Costa. *Constituições Brasileiras: 1937*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 105.

(20) *Ibidem*, p. 105.

(21) BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições Brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. p. 15.

(22) *Ibidem*, p. 103.

O art. 157 era todo devotado à legislação do trabalho e estatuiu, dentre outros preceitos, salário mínimo (inciso I), remuneração do trabalho noturno superior à do trabalho diurno (inciso III), “participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e na forma que a lei determinar” (inciso IV), assistência aos desempregados (inciso XV). A liberdade de associação foi garantida (art. 159), as convenções coletivas reconhecidas (inciso XIII) e o exercício do direito de greve, outrora proibido em 1934, foi assegurado (art. 158).

Em 1967 veio uma outra Carta Constitucional, que praticamente manteve os ditames da Constituição de 1946, e que sofreu ampla revisão pela Emenda Constitucional n. 01, de 1969. Segundo Arnaldo Süssekind, “essa revisão não alterou o elenco dos direitos sociais trabalhistas, mas introduziu modificação de relevo quanto à finalidade da ordem econômica.”⁽²³⁾ O voto nas eleições sindicais torna-se obrigatório e é criado o chamado imposto sindical. O salário-família e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) são instituídos.

Finalmente, em 5 de outubro de 1988, é promulgada a Carta Constitucional até hoje vigente, que trouxe inúmeros avanços tanto em termos do estudo da teoria da democracia quanto relativamente aos direitos trabalhistas. Para Daniel Sarmento, “do ponto de vista histórico a Constituição de 1988 representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia.”⁽²⁴⁾

Nas palavras de Lenio Luiz Streck a Constituição brasileira de 1988 é uma Constituição social, dirigente e compromissária, “alinhando-se com as Constituições europeias do pós-guerra.”⁽²⁵⁾

Assim, a Carta Constitucional vigente contemplou, no seu art. 7º, uma série de direitos de natureza trabalhista, como: seguro-desemprego; Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS — que atualmente é regulado pela Lei n. 8.036/1990); salário mínimo fixado em lei; piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho (regulado pela Lei Complementar n. 103/2000); décimo terceiro salário; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; irredutibilidade do salário salvo o disposto em acordo ou convenção coletiva; repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos; férias acrescidas de um terço; aviso-prévio de no mínimo trinta dias; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos, e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos; igualdade de direitos entre o trabalhador avulso e aquele que possui vínculo de emprego; extensão aos empregados domésticos do direito a salário mínimo, irredutibilidade do salário salvo o disposto em acordo ou convenção coletiva, décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria, repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal, licença à gestante, licença paternidade, aviso-prévio de no mínimo trinta dias e aposentadoria.

Alguns desses direitos já eram regulados por legislação ordinária anterior a 1988, que se manteve sem alterações, por ter sido recepcionada pelo sistema constitucional vigente. Este é o caso da gratificação natalina, popularmente conhecida como décimo terceiro salário, que foi criada pela Lei n. 4.090/1962, e do repouso semanal remunerado, regulado pela Lei n. 605/1949, ambos integralmente recepcionados pela Constituição de 1988. Outros direitos constituíram novidade à época, como a licença-paternidade de cinco dias regulada pelo art. 10, §1º do Ato das Disposições Constitucionais

(23) SÜSSEKIND, Arnaldo, *op. cit.*, 2003, p. 36.

(24) SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 102.

(25) STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15.

Transitórias, e a licença à gestante de 120 dias, garantidos o emprego e o salário.

Arion Sayão Romita, diferentemente de grande parte dos doutrinadores, critica alguns aspectos da Constituição de 1988, dizendo que esta “sem dúvida introduz inovações, no intuito de implantar a democracia na regulação das relações de trabalho, mas conserva o essencial do regime antidemocrático, que deveria ter afastado por completo.”⁽²⁶⁾

Assiste alguma razão a Arion Sayão Romita, pois embora tenha introduzido, no que diz respeito aos direitos trabalhistas, muitas inovações, a Constituição de 1988 ainda manteve alguns dispositivos que remontam períodos autoritários de nossa história. Desta feita, a manutenção da unicidade sindical e da contribuição sindical compulsória, por exemplo, tem um caráter antidemocrático.

Embora criticada por alguns doutrinadores, como Arion Sayão Romita⁽²⁷⁾, entendemos que a Constituição de 1988 foi inovadora. Com base no estudo do pensamento constitucional brasileiro, percebemos que a Constituição de 1988 buscou regular e garantir inúmeros direitos à classe trabalhadora, diferentemente das Constituições que a precederam. “Diversamente de todas as anteriores Constituições, a de 1988 ocupa-se dos direitos fundamentais com prioridade em relação às demais matérias.”⁽²⁸⁾

Como se esperava depois de tantas cartas constitucionais retrógradas e autoritárias, o espírito da Carta de 1988 é democrático. Entretanto, por excesso de zelo, o constituinte foi,

por vezes, redundante ao tratar dos direitos trabalhistas, procurando evitar quaisquer dúvidas quando da exegese do texto constitucional. Tal desiderato, entretanto, não foi alcançado integralmente.

Exemplo dessa redundância pode ser visto no inciso XXVI do art. 7º da Constituição, que trata do “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”. Ora, se o inciso VI do art. 7º já garante “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”, que necessidade havia de inserir no inciso XXVI o reconhecimento dos instrumentos coletivos?

Houve grande preocupação do legislador constituinte em instituir ou garantir a inserção no texto da Carta Magna de diversos tipos de direitos. No que pertine aos direitos sociais, percebe-se que sua inclusão no texto constitucional foi uma espécie de promessa do legislador que, no entanto, deixou de lado as questões relativas à efetividade de tais normas.

Tal problema ou constatação também encontra explicação na história. Anderson Orestes Cavalcante Lobato afirma que

“[...] é preciso entender que a participação popular na constituinte ofereceu à Constituição de 1988 uma legitimidade sem precedentes na história constitucional brasileira. As expectativas criadas pela Nova República foram de uma grande transformação social que pudesse encerrar não somente com o ciclo autoritário, marcado pela institucionalização da violência; mas, igualmente, eliminar a imensa desigualdade social e econômica que provoca a banalização da violência nas relações quotidianas.”⁽²⁹⁾

Assim, o inciso X do art. 7º garante “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”. Entretanto, até o presente não foi promulgada qualquer lei definindo como crime a retenção dolosa do

(26) ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos sociais na Constituição e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1991. p. 12.

(27) ROMITA, Arion Sayão, *op. cit.*, 1991, p. 11: “Antecipando a conclusão, digo que minha impressão a respeito da regulação dos direitos dos trabalhadores pela Constituição de 5 de outubro de 1988 não é lisongeira. Não vou tecer loas ao novo texto constitucional, contrariando a tendência já revelada por alguns estudiosos, que destacam o “caráter progressista” da Carta Magna recentemente promulgada.”

(28) MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, 1997, t. I, p. 231.

(29) LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante, *op. cit.*, 2004, p. 24.

salário. Em razão disso o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que se não existe tipo penal, não há sanção a aplicar:

Ementa: *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. RETENÇÃO DE SALÁRIOS PELO EMPREGADOR. ATIPICIDADE RECONHECIDA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL ACOLHIDO. NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO, MAS CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. **A retenção dolosa de salário, conquanto tenha sido prevista no art. 7º, X da Constituição Federal como crime, ainda ressente-se da necessária lei, criando o tipo penal respectivo.** 3. Também não há como subsumir a conduta à apropriação indébita (art. 168 do Código Penal), porque o numerário ao qual o empregado tem direito, até que lhe seja entregue, em espécie ou por depósito, é de propriedade da empresa (empregador), não havendo se falar, então, em inversão da posse, necessária para a tipicidade do crime. 4. O administrador da empresa, ao assim agir, não pratica fato típico previsto no art. 168 do Código Penal. Talvez por isso tenha o legislador constituinte feito a previsão mencionada, mas ainda sem eficácia, ante a omissão legislativa. 5. *Writ* não conhecido, mas concedida a ordem, *ex officio*, para trancar a ação penal por atipicidade, ficando prejudicada a inépcia da denúncia e a alegação de que a paciente não seria administradora da pessoa jurídica. (STJ *Habeas Corpus* HC 177508 PB 2010/0118366-6, 6ª Turma, relª. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 26.8.2013)⁽³⁰⁾ (grifos nossos)

(30) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* HC 177508 PB 2010/0118366-6, 6ª Turma, relª. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 26.8.2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24135975/habeas-corpus-hc-177508-pb-2010-0118366-6-stj>>. Acesso em: fev. 2017.

O mesmo pode se dizer em relação aos direitos garantidos nos seguintes incisos do art. 7º da Constituição de 1988: garantia de “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (inciso XX), adicional de remuneração para as atividades penosas (inciso XXIII), “proteção em face de automação, na forma da lei” (inciso XXVII).

Para Jorge Miranda,

“Os direitos sociais abrangem tanto a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desempregados como os direitos dos trabalhadores atinentes à segurança do empregado, ao salário, à associação sindical, à greve e à participação (arts. 6º ao 11º). No que é, por certo, a mais grave deficiência do texto constitucional, só muito depois surge a ‘ordem social’ (arts. 193º a 232º), evidentemente indissociável dos direitos sociais, mesmo quando se traduz em garantias institucionais e incumbências do Estado. Dominam aqui as normas programáticas, muitas delas de difícil cumprimento até a longo prazo, pelo menos da mesma maneira num país tão diversificado como o Brasil (e cuja estrutura federativa deveria recomendar maior plasticidade)”⁽³¹⁾

Interessante a observação crítica de John D. French, historiador americano, que toca no problema da eficácia das normas contidas na Consolidação das Leis do Trabalho e na proliferação de normas no ordenamento jurídico brasileiro:

Para um historiador do trabalho acostumado com os Estados Unidos, uma primeira leitura da CLT decididamente produz uma reação curiosa. Fica-se imediatamente atônito diante da extraordinária liberalidade com a qual a CLT estabelece direitos e garantias para os trabalhadores urbanos e suas organizações.

(31) MIRANDA, Jorge, *op. cit.*, 1997, t. I, p. 232.

Se o mundo do trabalho de fato funcionasse de acordo com a CLT, o Brasil seria o melhor lugar do mundo para se trabalhar. E se metade da CLT fosse mesmo cumprida, o Brasil ainda seria um dos lugares mais decentes e razoavelmente humanos para aqueles que trabalham em todo o mundo.⁽³²⁾

A primeira grande mudança no texto de 1988 foi a posição reservada para os direitos trabalhistas. Nas ordens constitucionais anteriores, a matéria era tratada no capítulo intitulado “Da ordem econômica e social”, que ficava no final do texto constitucional.

Daniel Sarmento sublinha que a forma de organização do texto da Constituição de 1988 é reveladora de algumas prioridades:

“Se as constituições brasileiras anteriores iniciavam pela estrutura do Estado, e só depois passavam aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 faz o contrário: consagra inicialmente os direitos e garantias fundamentais — no segundo título, logo depois daquele dedicado aos princípios fundamentais — só voltando-se depois disso à disciplina da organização estatal. Esta inversão topológica não foi gratuita. Adotada em diversas constituições europeias do pós-guerra, após o exemplo da Lei Fundamental alemã de 1949, ela indica o reconhecimento da prioridade dos direitos fundamentais nas sociedades democráticas”.⁽³³⁾

Os direitos e garantias fundamentais compõem o título II da Constituição da República brasileira de 1988, subsequente apenas ao título que traça os princípios fundamentais do próprio Estado. Esse título divide-se em cinco capítulos, dos quais apenas o último, a tratar dos partidos políticos, não se refere diretamente ao homem, mas a um dos caminhos a ser por ele utilizado para o exercício de sua cidadania.

(32) FRENCH, John D. *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Perseu Abramo, 2001. p. 14-15.

(33) SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, 2010, p. 104.

Hoje, a visualização de onde estejam os direitos dos trabalhadores na “geografia” constitucional é bastante clara: o Título II da Constituição de 1988 trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Dentro deste título está o Capítulo II, chamado “Dos Direitos Sociais”.

“O interesse público e social na proteção dos direitos trabalhistas fica claro quando se constata que os direitos trabalhistas estão inseridos no Capítulo II do Título II — Dos Direitos e Garantias Fundamentais, da Constituição Federal brasileira. Os direitos trabalhistas se manifestam como de ordem pública, igualmente, a partir do *caput* do art. 7º da CF, que estabelece que os direitos laborais atendem ao princípio da melhoria da condição social”.⁽³⁴⁾

Quis o constituinte demonstrar que os direitos trabalhistas têm grande importância, razão pela qual, diferentemente do que ocorria nas outras ordens constitucionais, foram colocados no início da nova Carta, em local de destaque.

Percebemos assim que o art. 7º da Constituição de 1988, principal dispositivo a tratar de normas relativas a direito do trabalho, é direito social e, portanto, direito fundamental. Para Kátia Magalhães Arruda:

“É inegável a evolução trazida do ponto de vista de enquadramento dos direitos trabalhistas no elenco de direitos fundamentais, no entanto, a reflexão sobre o aspecto de ‘leis inovadoras’ mostra que a Constituição limitou-se a constitucionalizar ou ampliar direitos já existentes nas diversas leis esparsas e na CLT — Consolidação das Leis do Trabalho e reconhecer direitos largamente utilizados na realidade laboral cotidiana, confirmando a veracidade do conhecido princípio trabalhista da primazia da realidade”.⁽³⁵⁾

(34) CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do Novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003. p. 243.

(35) ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito Constitucional do Trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*. São Paulo: LTr, 1998. p. 34-35.

Notamos também, através do estudo do lugar escolhido pelo constituinte de 1988 para tratar dos direitos sociais, que a disposição do § 1º do art. 5º da Constituição⁽³⁶⁾ abrange todo o título atinente aos direitos e garantias fundamentais. Empós isso, basta lembrar que o trabalho está elencado como direito social no *caput* do art. 6º da Carta Magna, razão porque os direitos e garantias a ele atinentes também possuem aplicação imediata.

Importante ressaltar que a doutrina brasileira é pacífica no sentido de ratificar que, por disposição constitucional expressa (§ 1º do art. 5º da Constituição), as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

As características do sistema de Direito do Trabalho brasileiro podem ser extraídas da Constituição Federal de 1988, da Consolidação das Leis do Trabalho e das fontes do Direito do Trabalho. A Constituição Federal de 1988 assenta desde sua epígrafe que visa assegurar o exercício dos direitos sociais (dentre os quais estão os direitos trabalhistas). Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, inscrito no primeiro artigo da Constituição de 1988, é o valor social do trabalho.

O capítulo II da Constituição de 1988 é intitulado “Dos direitos sociais” e contém no art. 7º um rol apenas exemplificativo de 34 incisos tratando de direitos e garantias dos trabalhadores urbanos e rurais. A parte final do *caput* do art. 7º da Constituição de 1988 é explícita no sentido de que os direitos ali inscritos não são taxativos, mas sim meramente exemplificativos, pois ao contrário de vedar a existência de outros direitos, ressalta que pode haver outros que visem a melhoria da condição social dos trabalhadores.

Portanto, o sistema de Direito do Trabalho no Brasil tem por escopo a melhoria da condição social dos trabalhadores conforme dita

a parte final do *caput* do art. 7º da Constituição de 1988. Essa característica do sistema se coaduna com a evolução histórica do próprio Direito do Trabalho no Brasil e no mundo. Partiu-se de um período em que não havia qualquer preocupação com o regramento das situações envolvendo o labor humano para um estágio em que a Revolução Industrial ensejou lutas sociais pelo desenvolvimento de normas que regulassem o labor humano e limitassem sua exploração.

O sistema de Direito do Trabalho brasileiro também é calcado em princípios próprios ou peculiares, que foram enumerados por Américo Plá Rodríguez na clássica obra “Princípios do Direito do Trabalho”. Os princípios tem função informadora, normativa e interpretativa. A função informadora dos princípios do Direito do Trabalho é aquela de inspirar o legislador na criação das normas que compõem o ordenamento jurídico laboral. A função normativa é aquela pela qual os princípios do Direito do Trabalho atuarão como meio supletivo de colmatar as lacunas existentes no ordenamento jurídico laboral (art. 8º da CLT). A função interpretativa é aquela segundo a qual os princípios do Direito do Trabalho operarão como critério orientador para o intérprete da norma jurídica.

Princípios do Direito do Trabalho são “as regras dogmáticas básicas que servem de alicerce para a sistematização do ordenamento jurídico trabalhista.”⁽³⁷⁾

São princípios específicos ou peculiares do Direito do Trabalho, segundo Américo Plá Rodríguez⁽³⁸⁾: o princípio da proteção que se subdivide em princípio do “in dubio pro operario”, princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e princípio da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador;

(36) Art. 5º, § 1º da CF/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

(37) PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas*. São Paulo, LTr, 2000. p. 419.

(38) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo, LTr, 2000.

princípio da indisponibilidade ou irrenunciabilidade de direitos; princípio da continuidade da relação de emprego; princípio da primazia da realidade; princípio da razoabilidade e princípio da boa-fé. Os doutrinadores citam outros princípios além daqueles indicados por Américo Plá Rodríguez, mas para os fins deste estudo nos limitaremos à doutrina clássica.

A jurisprudência trabalhista utiliza com frequência os princípios de Direito do Trabalho para solução de conflitos trabalhistas.

Da análise do texto constitucional vigente, especificamente o art. 7º da Constituição de 1988, e dos princípios do Direito do Trabalho podemos afirmar que o sistema de Direito do Trabalho brasileiro é um sistema aberto no sentido de que permite o ingresso no ordenamento jurídico de normas que visem à melhoria da condição social do trabalhador (parte final do *caput* do art. 7º da Constituição de 1988).

A interpretação do sistema de Direito do Trabalho brasileiro deve orientar-se pelos princípios do Direito do Trabalho em razão de suas funções e de expressa disposição legal (art. 8º da CLT).

Assim, o sistema de Direito do Trabalho brasileiro é um sistema aberto que visa a melhoria das condições sociais dos trabalhadores e a proteção de seus direitos.

4. Análise de alguns pontos da reforma trabalhista (Lei n. 13.467, de 13.7.2017)

A Lei n. 13.467, de 13.7.2017, entrou em vigor no prazo de 120 (cento e vinte) dias de sua publicação (art. 6º) e trata do que se convencionou chamar de “reforma trabalhista”. Referida norma jurídica traz em seu bojo que tem por “fim adequar a legislação às novas relações de trabalho”.

Assim, em tese, a Lei n. 13.467/17 teria por escopo adequar o sistema de Direito do Trabalho brasileiro de forma a manter sua coerência com os fatos sociais ou “novas relações de trabalho”.

Entretanto, da leitura da Lei n. 13.467/17 percebe-se que ela vai muito além de meramente tentar adequar a legislação às novas relações de trabalho, visto que alterou não só dispositivos de direito material, mas também de direito processual e de hermenêutica. Trataremos de alguns pontos trazidos pela reforma trabalhista como forma de analisar se ela se adequa ou não à noção de sistema jurídico.

O art. 8º da CLT, na sua redação original, diz :

“Art. 8º As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único – O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”.

A primeira alteração significativa efetuada pela Lei n. 13.467/17 foi exatamente no parágrafo único do art. 8º da CLT, que passou a ser parágrafo primeiro e houve inserção de mais dois parágrafos. Eis a nova redação dos parágrafos do art. 8º da CLT:

“§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio

da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

Note-se que o alcance do antigo parágrafo único do art. 8º da CLT, que dizia que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste, foi diminuído. Com a vigência da Lei n. 13.467/17 a redação será apenas “o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho”.

Essa alteração demonstra que a noção de sistema não foi respeitada, visto que os princípios do Direito do Trabalho tem funções específicas (informadora, normativa e interpretativa) e não é aconselhável a existência de um sistema em que haja incompatibilidades entre suas normas e seus princípios informadores.

Nesse ponto considera-se que a alteração realizada por meio da Lei n. 13.467/17 não melhorou nem dinamizou o sistema de Direito do Trabalho brasileiro. Ao contrário. Como o *caput* do art. 8º da CLT permanece inalterado, os princípios de direito do trabalho continuam a exercer as funções informadora, normativa e interpretativa de maneira relevante por expressa disposição do art. 8º da própria CLT.

Interessante também neste aspecto lembrar que o art. 769 da CLT, que dispõe que “nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que não for incompatível com as normas deste título”, não foi revogado nem alterado pela Lei n. 13.467/17.

Aparentemente existe incongruência da Lei n. 13.467/17 neste tocante, visto que tentou extirpar a incidência dos princípios de direito material do trabalho ao alterar o parágrafo único do art. 8º da CLT em sua redação original, mas nada tratou sobre as normas de direito processual.

Ademais, vislumbra-se que a técnica legislativa utilizada não foi das mais recomendadas, visto que em alguns trechos a Lei n. 13.467/17 cuidou de estabelecer o que não caracterizaria determinado instituto jurídico no lugar de

conceitua-lo. Ou seja: a lei tratou de definir as exceções à regra, e não a regra geral, o que é considerado boa técnica legislativa. Isso foi feito na modificação do art. 4º da CLT, que trata do tempo à disposição do empregador, para inserir o § 2º do art. 4º da CLT e dizer o que não caracteriza tempo de trabalho. O mesmo ocorreu na alteração do art. 2º da CLT para inserir o § 3º e dizer o que não caracteriza grupo econômico além do § 2º do art. 58 da CLT que diz o que não configura tempo *in itinere*.

Trata-se de uma lógica invertida: em vez de enunciar o que seria o instituto jurídico sob exame, declara-se casuisticamente hipóteses que não configuram o instituto.

Um exemplo de boa utilização da Lei n. 13.467/17 ao conceito de sistema foi a alteração perpetrada no art. 11 da CLT, que serviu para modificar o texto da CLT e adequá-lo ao disposto no inciso XXIX do art. 7º da Constituição de 1988 que diz respeito à prescrição dos créditos trabalhistas. A alteração realizada corrigiu uma distorção de quase 30 anos pois desde sua vigência a Constituição de 1988 alterou o parâmetro da contagem do prazo prescricional dos créditos trabalhistas e a CLT continuava com redação que não havia sido recepcionada. Com isso o problema terminou e privilegiou-se a ideia de um sistema uno e coerente logicamente. Os §§ 2º e 3º do art. 11 da CLT são reprodução de entendimentos jurisprudenciais sumulados pelo Tribunal Superior do Trabalho que agora transformam-se em texto de lei.

A introdução do art. 11-A da CLT por meio da Lei n. 13.467/17 tratando da prescrição intercorrente deve levar ao cancelamento da Súmula de jurisprudência n. 114 do Tribunal Superior do Trabalho que dispõe expressamente que não se aplica a prescrição intercorrente na Justiça do Trabalho. Note-se aqui que a noção de sistema funciona como de uma estrutura em que seus elementos mantêm relações entre si. O texto do novel art. 11-A da CLT é completamente incompatível com o conteúdo da Súmula

n. 114 do TST. Sendo o art. 11-A da CLT texto de lei compatível com a Constituição, é hierarquicamente superior ao conteúdo da Súmula n. 114 do TST, razão pela qual a mesma deverá ser cancelada como forma de manter a coerência e unidade do sistema de Direito do Trabalho brasileiro.

Outro bom exemplo de adequação da norma ao fato social, que revela preocupação do legislador com a efetividade da norma jurídica e sua aplicabilidade, foi a alteração propugnada no art. 47 da CLT pela Lei n. 13.467/17 com a finalidade de fixar parâmetros pecuniários atuais condizentes para multa fixada naquele artigo.

A alteração no art. 58-A da CLT, que trata do trabalho a tempo parcial, foi para aumentar a jornada máxima de 25 horas de trabalho semanal para 30 horas de trabalho semanal e explicitar o regime de férias, horas extras e compensação de horários desses empregados.

O art. 59 com redação dada pela Lei n. 13.467/17 veio explicitar que a jornada de trabalho pode ser aumentada por meio de acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo — entendimento já pacificado pela doutrina e jurisprudência.

O § 4º do art. 71 da CLT alterou a natureza jurídica da remuneração do intervalo para repouso e alimentação que tenha sido suprimido do trabalhador, que passou a ser indenizatória quando o entendimento doutrinário e jurisprudencial até então dominantes era de que a natureza jurídica dessa parcela era salarial.

Foi inserido um capítulo na CLT relativo ao teletrabalho — fato social advindo das novas tecnologias utilizadas no mundo do trabalho e que demonstra nesse ponto que a Lei n. 13.467/17 buscou adequar a legislação à nova realidade.

O § 1º do art. 134 da CLT foi alterado para permitir que as férias do empregado possam ser fracionadas em até 3 (três) períodos desde que o empregado com isso concorde e que um dos períodos não seja inferior a 14 (catorze) dias.

A reforma trabalhista criou o título II-A na CLT, que vai dos arts. 223-A até 233-G que tratam da reparação dos danos extrapatrimoniais. O tema já é amplamente conhecido e debatido na doutrina e jurisprudência, mas o § 1º do art. 223-G da CLT traz um sistema de tarificação do valor da indenização do dano extrapatrimonial, o que não parece razoável por usar como base de cálculo o valor do último salário contratual do ofendido se este for pessoa natural ou do ofensor caso o ofendido seja pessoa jurídica.

Acreditamos que as mudanças inseridas pelo art. 394-A da CLT que tratam do trabalho da mulher gestante em ambiente insalubre sejam incompatíveis com as normas de medicina e segurança do trabalho postas na CLT e nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho, pelo que pensamos que a mesma não se adequa ao sistema de Direito do Trabalho brasileiro.

O art. 442-B da CLT diz:

“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.”

Referida disposição legal não se adequa ao sistema de Direito do Trabalho brasileiro porque macula o princípio peculiar do Direito do Trabalho da primazia da realidade, segundo o qual a realidade fática (os fatos) se sobrepõem às aparências ou aos documentos.

Portanto, se a contratação do autônomo estiver descaracterizada formar-se-á o vínculo de emprego com o tomador de serviços desde que presentes os requisitos do art. 3º da CLT. O sistema de Direito do Trabalho brasileiro prestigia a verdade, aquilo que realmente ocorreu no mundo fático, razão pela qual a lei não tem o condão de transformar a realidade.

5. Considerações finais

O sistema é uma criação do jurista que busca organizar as normas jurídicas para melhor aplicação do direito. Portanto o sistema

é como uma grande estrutura, cujas vigas mestras são postas de maneira sólida e não devem ser modificadas sob pena de destruir ou abalar a estrutura. Os elementos que estão dentro da estrutura chamada sistema devem ser harmônicos e compatíveis entre si.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, foi revolucionária no que diz respeito à inserção de uma série de direitos voltados aos trabalhadores, conferindo-lhes *status* de direitos fundamentais e aplicabilidade imediata.

O sistema de Direito do Trabalho brasileiro tem como fontes a Constituição de 1988, a Consolidação das Leis do Trabalho e as fontes do Direito do Trabalho (art. 8º da CLT). Os princípios peculiares do Direito do Trabalho tem função normativa, interpretativa e informadora. As características do sistema de Direito do Trabalho brasileiro são, dentre outras, o escopo de melhorar a condição social dos trabalhadores (parte final do *caput* do art. 7º da Constituição de 1988) e aquelas firmadas pelos princípios peculiares do Direito do Trabalho.

A Lei n. 13.467/17, conhecida por reforma trabalhista, propõe na sua ementa adequar a legislação às novas relações de trabalho, mas faz muito mais que isso, pois também tratou de aspectos processuais e hermenêuticos.

Vislumbramos que alguns pontos da reforma trabalhista não se adequam à noção de sistema que tem o Direito do Trabalho brasileiro, pois são contraditórias e incompatíveis com a principiologia peculiar do Direito do Trabalho, a exemplo do §1º do art. 8º da CLT, e dos ditames da Constituição Federal de 1988 no sentido de que são direitos dos trabalhadores todos aqueles elencados no art. 7º, além de outros que visem a melhoria de sua condição social.

A moderna hermenêutica privilegia a concretização dos comandos constitucionais, razão pela qual podemos afirmar que os trechos da reforma trabalhista (Lei n. 13.467/17) que tratam de direito material não se coadunam com a

noção de sistema jurídico pois não guardam coerência nem unidade com a vontade constitucional de melhoria da condição social dos trabalhadores nem com os princípios peculiares do Direito do Trabalho.

Importante frisar que enquanto no direito material do trabalho a legislação é protetiva dos direitos e garantias do sujeito trabalhador por razões históricas, filosóficas e econômicas, essa distinção não ocorre no direito processual do trabalho, em que deve haver paridade de armas entre os sujeitos do processo. Desta forma, o princípio do *in dubio pro operario* somente deve ser utilizado quando houver dúvida sobre a aplicação da norma de direito material.

Podemos concluir que a Lei n. 13.467/17 se adequa de forma apenas parcial ao sistema de Direito do Trabalho brasileiro, visto que nos itens em que há incompatibilidade com princípios peculiares do Direito do Trabalho não se pode falar em sua integração ao sistema jurídico trabalhista. De um modo geral a reforma trabalhista foi casuística pois focou-se em extirpar temas ou matérias controvertidas na jurisprudência dos tribunais, a exemplo do tempo *in itinere*, do dano moral por utilização de logomarcas em uniforme de trabalho, e não em criar normas que se adequassem ao sistema de Direito do Trabalho brasileiro.

6. Referências bibliográficas

ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito Constitucional do Trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neo-liberal*. São Paulo: LTr, 1998.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

_____; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições Brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 46. ed. São Paulo: LTr, 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* HC 177508 PB 2010/0118366-6, 6ª Turma,

rel^a. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ 26.8.2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24135975/habeas-corpus-hc-177508-pb-2010-0118366-6-stj>>. Acesso em: fev. 2017.

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 18. reimp. Lisboa: Almedina, 2003.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *O direito material e processual do trabalho e a pós-modernidade: a CLT, o CDC e as repercussões do Novo Código Civil*. São Paulo: LTr, 2003.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRARI, Irany et al. *História do trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

FRENCH, John D. *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Perseu Abramo, 2001.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Os direitos humanos na Constituição brasileira: os desafios da efetividade. In: MALUSCHKE, Gunther e outros (Orgs.). *Direitos humanos e violência: desafios da ciência e da prática*. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2004.

MEIRELES, Edilton. *Constituição do trabalho. O trabalho nas Constituições da Alemanha, Brasil, Espanha, França, Itália e Portugal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. t. I.

NAGAO, Paulo Issamu. *O papel do juiz na efetividade do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Malheiros, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas*. São Paulo, LTr, 2000.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

PORTO, Walter Costa. *Constituições Brasileiras: 1937*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo, LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. *Os direitos sociais na Constituição e outros estudos*. São Paulo: LTr, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

A reforma processual trabalhista de 2017: um retorno ao estado liberal clássico

Camila Sailer Rafanhim de Borba^(*) e Marina Brisolara Koloszwia^(**)

Resumo:

- ▶ A Lei n. 13.467/17, denominada de Reforma Trabalhista, realizou profundas modificações na CLT, tanto no que diz respeito ao direito material do trabalho como no tocante ao direito processual do trabalho. No âmbito processual, as modificações impuseram ao reclamante maiores ônus financeiros, inclusive ao beneficiário da Justiça Gratuita. Já ao reclamado, foi facilitada a defesa. Toda lei processual é representativa de valores e ideologias. Cumpre, assim, verificar se a ideologia que apresenta é compatível com a eleita pela ordem constitucional. No caso da Lei n. 13.467/17, ficam evidentes valores liberais. Já a Constituição Federal de 1988 acolhe outros valores e princípios, que não foram privilegiados pela Reforma de 2017.

Palavras-chave:

- ▶ Reforma trabalhista — Direito processual do trabalho — Valores constitucionais — Acesso à justiça — Igualdade material.

Abstract:

- ▶ The Law number 13.467/17, which is called Labor Reform, promoted profound changes in the Brazilian Labor Law (CLT). It is both with respect to procedural and substantive law. Regarding the procedural rules, the changes imposed to the claiming party financial burden. Also for the ones that are poor and have access to free justice. In contrast the defendant's defense was favoured. Every procedural law is representative of value and ideology. It has to be verified whether the exhibited ideology suits the constitutional order. In the case of the Law n. 13.467/17, it is proven liberal value. But the Brazilian Constitution of 1988 has other value and principles that are not provided by the Labor Reform of 2017.

Key-words:

- ▶ Labor reform — Procedural labor law — Constitutional value — Access to justice — Material equality.

(*) Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário UNIBRASIL. Realizou estágio de pesquisa no Institut für Europäische Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen da Universidade de Trier (Alemanha). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (2013).

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2010). Professora Colaboradora das Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil) e Professora convidada de cursos de especialização. Advogada sindical.

(**) Acadêmica do quinto ano do curso de Direito da Universidade Positivo.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O caráter instrumental do direito processual, a ideologia típica do direito processual civil e os valores do direito processual do trabalho
- ▶ 3. A reforma processual trabalhista e a inadequada aproximação com o direito processual civil
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

A Lei n. 13.467/17, que estabeleceu a Reforma Trabalhista, alterou número significativo de dispositivos da CLT. Estas alterações atingiram disposições de direito individual do trabalho, de direito coletivo e sindical, mas também promoveram alterações importantes em matéria processual. E isto se explica pela própria natureza do direito processual, que é instrumental à efetivação do direito material e, por isto, deve ser modificado no mesmo compasso deste último.

Ocorre que estas modificações, em grande medida, aproximaram o direito processual do trabalho do direito processual civil, em especial das disposições do Código de Processo Civil (CPC).

No entanto, por conta da citada instrumentalidade, de longa data, o direito processual do trabalho possui procedimentos, princípios e ideologias diversos do direito processual civil. Isto porque se reconhece que o pano de fundo do processo do trabalho é uma relação marcada pela desigualdade estrutural típica da luta de classes que representa. De um lado, o detentor dos meios de produção, o empregador que assalaria. De outro, o trabalhador, que não tem outro modo de vida que não o de vender sua força de trabalho como meio de produção para garantir seu próprio sustento.

Quando estes dois sujeitos chegam ao Poder Judiciário, a desigualdade não desaparece. Ao contrário, muitas vezes, se acirra.

Considerando estas condições fáticas que se apresentam nas relações que chegam ao

Poder Judiciário por meio do processo trabalhista é que o legislador trabalhista previu, nas últimas décadas, normas processuais diversas daquelas do processo civil tradicional. Para o fim último de resguardar o verdadeiro acesso à justiça (principalmente pelo trabalhador) e a concretização do direito material do trabalho.

O mesmo não se pode dizer do direito processual do trabalho implementado pela “Nova CLT” após a reforma trabalhista de 2017, ou seja, após a aprovação da Lei n. 13.467/17. Este afastou-se da missão tuitiva deste ramo do direito para aproximá-lo das normas de direito processual civil, que pressupõe alguma igualdade entre os litigantes. Igualdade esta que, até mesmo no âmbito civil, tem sido questionada.

Percebe-se, em verdade, que as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista no tocante ao direito processual são marcadas por um viés ideológico claro. São, em sua maioria, representativas de um projeto ideológico absolutamente distinto daquele que deve caracterizar o direito do trabalho num Estado Democrático de Direito marcado pelos princípios da Constituição Federal de 1988.

O objetivo deste trabalho, assim, é investigar o fundo ideológico por trás das principais alterações processuais realizadas pela Reforma Trabalhista de 2017.

Em especial, analisar-se-á as alterações que resultaram na nova redação do § 3º do art. 790 e do art. 790-B, na inclusão do art. 791-A e do § 2º do art. 844 da CLT, todos a interferir nos ônus financeiros que recaem sobre o reclamante, em especial a crescer custos ao beneficiário da

justiça gratuita. Ainda, abordar-se-á a inclusão do § 3º do art. 843 e do § 5º do art. 844, da CLT, que se destinam a estabelecer facilidades ao reclamado para a realização da sua defesa.

2. O caráter instrumental do direito processual, a ideologia típica do direito processual civil e os valores do direito processual do trabalho

O direito processual é instrumento de atuação do Poder Jurisdicional, de um sistema jurisdicional. Apesar desta característica, não se pode negar a relevância das normas processuais na aplicação do Direito e, em especial, deve-se atentar para o viés ideológico que possuem.

Ovídio Baptista da Silva, ao tratar sobre a influência ideológica no direito processual brasileiro, esclarece que, além do caráter polissêmico do termo ideologia, a utilização que se faz dele também tem um significado. Cita, por exemplo, o risco de se cunhar de ideológico um ponto de vista opositor ao que se defende, de forma eminentemente negativa. Como se alguém conseguisse se colocar numa posição ahistórica e neutra, capaz de encontrar a única verdade absoluta, afastando todos os posicionamentos contrários porque nenhum estaria suficientemente livre de uma ideologia. Acrescenta o autor que “este é o risco que decorre do compromisso, indiscutivelmente ideológico, de quem preconiza o fim da ideologia, ou o fim da História.”⁽¹⁾

Afastando-se esta concepção pejorativa do termo e adotando-se a significação de ideologia enquanto “um corpo de ideias característico de um determinado grupo ou classe social”⁽²⁾, é inevitável afirmar que qualquer lei será representativa de um destes corpos de ideias. As normas processuais, assim, são, sempre, reveladoras de alguma ideologia. Resta

saber se esta ideologia está de acordo com o modelo do Estado em que tais normas estão inseridas. Ou seja: se o corpo de ideias que deu ensejo àquela norma é o mesmo eleito pela sociedade em questão naquele momento histórico. No caso do presente trabalho, a investigação se volta a confrontar o texto alterado da lei processual trabalhista com os valores insculpidos na Constituição Federal de 1988, que representam o “corpo de ideias” característico do povo brasileiro.

O Poder Judiciário é expressão do poder estatal na função de heterotutela, já que, no Estado de Direito, a autotutela é, em regra, vedada, impondo-se àquele que entende estar um direito seu sendo lesado a busca pelo Estado-juiz, ou seja, pelo Poder Judiciário, para que intervenha, solucionando o conflito⁽³⁾.

Trata-se de poder estatal, portanto, que exerce função jurisdicional. E esta função, denominada Jurisdição, constitui um dos institutos fundamentais da Ciência do Direito Processual.

Por esta fundamentalidade do instituto, há muito se busca conceituá-lo. Tradicionalmente, Giuseppe CHIOVENDA definia jurisdição como:

a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, seja no afirmar a existência da vontade da lei, seja no torná-la, praticamente, efetiva.⁽⁴⁾

Já Francesco CARNELUTTI afirmou “se tratar da função que objetiva a justa composição da lide, a cessação da contenda.”⁽⁵⁾

(1) SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 9.

(2) EAGLETON, Terry. *Ideologia*. Trad.[omissis]. São Paulo: UNESP, 1997. p. 15 *apud* SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., p. 18.

(3) DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 26-31.

(4) CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2. p. 8.

(5) CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Trad. Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p. 82-83 e 93.

Embora os dois conceitos aparentem diferenças, MARINONI observa que ambos “beberam na mesma fonte”⁽⁶⁾, que é a fonte do liberalismo, do Estado Legislativo de Direito, antecessor do Estado Constitucional e Democrático de Direito. Tratava-se, em primeiro lugar, de um Estado em que o juiz atuava como “boca da lei”, sem que se tivesse qualquer preocupação acerca da compatibilidade do conteúdo do texto legal com qualquer outro diploma, que dirá com uma Carta Constitucional.

E, além disso, de uma atuação do Estado-juiz que interferisse o mínimo possível na relação entre as partes, e menos ainda que atingisse terceiros que não integravam o processo. O objetivo era a garantia da liberdade individual e a proteção contra a “intromissão” do Estado nas relações particulares.

Por isto, neste viés ideológico, não havia preocupações acerca do acesso efetivo à justiça ou da igualdade material entre as partes. CAPPELLETTI e GARTH observam que “afastar a ‘pobreza no sentido legal’ — a incapacidade de muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições — não era preocupação do Estado”⁽⁷⁾. Assim, naquele momento, “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”⁽⁸⁾.

Contudo, com o movimento de constitucionalização do Direito, que teve como pressuposto a ideia de supremacia da Constituição em relação ao restante do ordenamento jurídico, também o direito processual foi atingido pela impregnação dos princípios constitucionais e teve alterados seus pilares, como é o caso do conceito de Jurisdição e da finalidade do processo.

No Estado Constitucional de Direito, a finalidade da jurisdição vai muito além da atuação da vontade concreta da lei de CHIOVENDA ou da solução da lide de CARNELUTTI, tendo estas apenas como consequências. A jurisdição, agora, deve atuar no sentido de serem os direitos efetiva e adequadamente tutelados, tudo em conformidade com a Carta Magna e os direitos fundamentais. Direitos fundamentais que impõem, por seu aspecto objetivo, deveres ao legislador, como, entre outros, o “dever de traçar normas que tutelem os direitos fundamentais processuais, especialmente o direito fundamental a tutela judicial efetiva”⁽⁹⁾.

Consequência, também, da evolução da ciência do direito processual, que, não necessitando mais reafirmar sua autonomia científica, pode alcançar um terceiro momento metodológico, após vencidos o sincretismo e o autonomismo, qual seja: o da instrumentalidade do processo.

Contudo, como afirma DINAMARCO, não é suficiente a afirmação de que o processo “é um *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos *objetivos* a serem alcançados mediante o seu emprego”⁽¹⁰⁾. Assim é que CAPPELLETTI afirma ser a instrumentalidade “la primera ‘puerta’ y, quisiera decir, la puerta grande a través de la cual las ideologías penetran en el proceso”, ideologias que não são apenas do direito processual, mas “forman la base del derecho sustancial, público y privado, y de sus institutos”⁽¹¹⁾.

Portanto, mais do que falar na instrumentalidade do sistema processual, é preciso dizer instrumental em relação a que, ou seja, quais

(6) MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no estado constitucional*. Teresina: Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <marinoni.adv.br>. Acesso em: 22 ago 2014, p. 16.

(7) CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. reimpr. 2002. p. 9.

(8) *Idem*.

(9) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 81.

(10) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 149.

(11) CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Tompás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974. p. 6.

são as ideologias que, sendo base do direito material, adentram o processo, quais são os objetivos que o processo deve alcançar.

Neste sentido, DINAMARCO também explica que, diante de seu caráter instrumental “é natural que (...) o sistema processual guarde *perene* correspondência com a ordem constitucional a que serve, inclusive acompanhando-a nas mutações por que ele passa”⁽¹²⁾. Tanto o é que, como expõem CAPPELLETTI e GARTH, “nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente.”⁽¹³⁾

Atualmente, no entanto, vivemos num Estado Constitucional e Democrático de Direito, que “repudia a filosofia política dos fins limitados do Estado”, o liberalismo político, um Estado “declaradamente intervencionista”⁽¹⁴⁾, no qual o processo deve ser visto como “o instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição”⁽¹⁵⁾.

Para tanto, é evidente a necessidade de técnicas e atividades que vão muito além daquelas do processo civil tradicional de resolver conflitos entre duas partes. Assim é que surgiram diversos outros instrumentos processuais, como aqueles destinados ao controle de constitucionalidade concentrado, tanto por ação como por omissão (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e mandado de injunção), provimentos de urgência, entre outros.

E, além disso, discute-se a questão do acesso à justiça, de uma forma bem mais ampla que a

simples esfera de poder chegar ao Poder Judiciário, e, sim, na forma como DINAMARCO entende a instrumentalidade do sistema processual em seu aspecto positivo, que engloba: “a) a admissão em juízo; b) o modo-de-ser do processo; c) a justiça das decisões; d) a sua efetividade”⁽¹⁶⁾.

Como uma corrente metodológica do processo civil que se diz posterior à instrumentalidade de DINAMARCO, tem-se o formalismo-valorativo, defendido, por exemplo, por Daniel MITIDIERO, que defende uma nova visão do processo, sua constitucionalização, sua impregnação com valores constitucionais. Afirma o autor que o processo deve ser permeado “pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação”⁽¹⁷⁾.

Assim, esta visão constitucionalista do processo se mostra adequada à busca, por meio do aperfeiçoamento da legislação processual, do atingimento dos objetivos previstos na Constituição.

Não é à toa que, no Brasil, esta preocupação com as finalidades atingidas pelo processo se aprofundou ainda mais nas últimas décadas, quando, também como resultado da constitucionalização de todos os ramos do Direito e, em especial, da redemocratização do país e da promulgação da Constituição de 1988, houve o surgimento de inúmeros “novos direitos” e, aumentando-se o conhecimento das pessoas acerca de seus direitos, seguiu-se, também, um aumento na litigiosidade e, conseqüentemente, a dificuldade do Poder Judiciário de atender a todas as demandas adequada e efetivamente.

(12) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 30.

(13) CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 9.

(14) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 31.

(15) MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*, Curitiba, p. 305, jan./dez. 2006.

(16) DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 273.

(17) MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo*. O direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. 146 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 32.

Assim, o que fica claro é que o sistema jurídico e, em especial, o direito processual tradicional, seja no âmbito civil ou trabalhista, não é suficiente para responder às demandas dos jurisdicionados, para efetivar direitos, muito menos para verdadeiramente entregar justiça. Algumas iniciativas tentaram dar uma resposta a este quadro, como é o caso das Emendas Constitucionais ns. 19/98, que estabeleceu o princípio da eficiência a ser seguido por todos os Poderes, inclusive o Judiciário, e a Emenda n. 45/04, que realizou verdadeira reforma do Judiciário.

O próprio direito processual civil vem buscando se adequar a estes novos valores, reconhecendo a inexistência de igualdade material entre as partes e flexibilizando a rigidez liberal de outrora com o objetivo de criar procedimentos capazes de verdadeiramente concretizar o direito material. Isto porque, conforme MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, “o legislador, para editar técnicas processuais idôneas à tutela dos direitos fundamentais, deve tomar em conta a realidade social e o direito material”⁽¹⁸⁾.

O direito processual do trabalho, por sua vez, embora também necessite de avanços no sentido de garantir a concretização do direito material e possibilitar uma prestação jurisdicional mais justa e eficaz, sempre teve disposições diversas e, de certa maneira, mais protetivas do trabalhador, como sinal de compreensão da realidade das relações que regula, as relações de trabalho assalariado, estruturalmente desigual.

A relação entre empregado e empregador não é apenas de sujeição ou de subordinação, mas, sim, é verdadeira relação de poder, em que há, por natureza, um déficit de vontade da parte do trabalhador.

Por isso é que não se pode olvidar da especificidade dos sujeitos envolvidos nestas

relações processuais, do conflito que constitui seu objeto. É um “confronto (que) se dá, basicamente, entre litigantes desiguais: o trabalhador subordinado e seu empregador subordinante, ou um prestador de serviço e o beneficiário destes”⁽¹⁹⁾.

Mesmo se tornando relação jurídica de direito processual, não perde sua característica de relação de conflito de classes, pois, como diz Marcio Tulio VIANA, “não é só no dia a dia do contrato que empregador e empregado se situam em posições desiguais. Ao contrário, a disparidade de forças tende até a crescer nas barras dos tribunais.”⁽²⁰⁾ A simples presença do juiz não retira esta característica, não tem o condão de restabelecer uma igualdade que não é meramente circunstancial da relação empregatícia, mas é decorrente do conflito de classes por ela apenas representado.

GIGLIO e CORRÊA afirmam, inclusive, que a desigualdade no âmbito processual é ainda maior que no âmbito material, pois, além da subordinação social, o trabalhador que busca o Judiciário está, também, sujeito a uma inferioridade probatória, pois é da empresa, “sede do poder econômico, (...) desse ambiente hostil (...) que o trabalhador deve extrair as provas documental e testemunhal (...), obtidas com toda a facilidade pelo empresário”⁽²¹⁾.

E, para além desta questão, os autores apontam para o fato de as características do detentor do capital o incluírem entre aqueles chamados de “litigantes habituais”⁽²²⁾, pois:

a superioridade do beneficiário dos serviços prestados se revela, em juízo, pelo melhor assessoramento jurídico que pode obter,

(18) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. p. 82.

(19) CORRÊA, Claudia Giglio Veltri; GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 16. ed., rev. ampl. atual. e adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 77.

(20) VIANA, Marcio Tulio. *Direito de resistência*: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996. p. 414.

(21) CORRÊA, Claudia Giglio Veltri; GIGLIO, Wagner D. *Op. cit.*, p. 90.

(22) CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 25.

pela facilidade na produção da prova, especialmente a testemunhal, colhida entre seus subordinados ou dependentes econômicos, e pela maior idoneidade financeira para suportar as delongas e as despesas processuais⁽²³⁾.

Por estas razões é que os autores incluem o princípio protetor entre os específicos do direito processual do trabalho, sustentando tal posição em princípios constitucionais, afirmando que “justo é tratar desigualmente os desiguais, na mesma proporção em que se desiguam, e o favorecimento é qualidade da lei e não defeito do juiz, que deve aplicá-la com objetividade”⁽²⁴⁾.

Leonardo Vieira WANDELLI explica de que forma o princípio da igualdade se aplica ao processo, afirmando que:

se para que haja participação simétrica no processo deve haver igualdade de oportunidades, essa igualdade deve ser propiciada em função das desigualdades materiais das partes e das peculiaridades da controvérsia, sob pena de, decaindo em mera formalidade, fazer-se do processo um instrumento de legitimação da desigualdade social⁽²⁵⁾.

Assim, a incidência do princípio da proteção está apenas a compensar a desigualdade entre as partes.

Ademais, se considerarmos que o princípio protetor, enquanto base do direito trabalhista, está implicitamente previsto na Constituição Federal, é decorrente da dignidade da pessoa humana e “concretiza princípios constitucionais que constituem princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito”⁽²⁶⁾, não há como negar a existência de duas dimensões

do princípio: a dimensão de direitos subjetivos públicos, “ou seja, direitos do indivíduo perante o Estado que podem ou não ser exercitados”⁽²⁷⁾, e uma dimensão objetiva, “na medida em que justifica e, mesmo, vincula a atuação estatal à produção de condições de trabalho que garantam uma existência digna ao trabalhador”⁽²⁸⁾.

E, por vincular o Estado, o princípio protetor vincula o Poder Legislativo a não apenas criar normas de direito substancial a partir dele, mas também, de concretizá-lo por meio de normas processuais. Consequentemente, o princípio protetor vincula, também, o Poder Judiciário, na aplicação destas normas na prática, diante de relações jurídicas que, apesar de processuais, são representativas de uma luta de classes, entre capital e trabalho.

Isto porque, como explica CASTELO, ainda que se possa falar de uma teoria geral do processo, que regula o exercício do poder jurisdicional, “não há dúvida de que existem diferenças entre os vários ramos do direito processual que os distinguem uns dos outros (...), visto que lidam com valores, especificamente considerados, diferentes.”⁽²⁹⁾ E complementa o autor no sentido de que “no processo trabalhista cuida-se de valores, especificamente considerados, ligados ao direito objetivo laboral, no processo civil de valores aderentes ao direito objetivo de natureza civil (...)”⁽³⁰⁾.

Isto significa que o Direito Processual do Trabalho deve ser adequado ao direito material que constitui seu objeto e, assim, também neste âmbito, deve ter influência o princípio protetor, sob pena de negar os valores constitucionais que são base do Estado brasileiro.

Não é este o ímpeto que se vê das disposições trazidas pela Reforma Trabalhista em matéria processual.

(23) CORRÊA, Claudia Gigio Veltri; GIGLIO, Wagner D. *Op. cit.*, p. 85.

(24) *Idem*.

(25) WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva*. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. São Paulo: LTr, 2004. p. 410.

(26) GOMES, Ana Virgínia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 43.

(27) *Ibidem*, p. 44-45.

(28) *Idem*.

(29) CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tratado de direito processual do trabalho na teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo : LTr, 2012. p. 19.

(30) *Ibidem*, p. 20.

3. A reforma processual trabalhista e a inadequada aproximação com o direito processual civil

A Lei n. 13.467/17 operou modificações relevantes em matéria processual trabalhista. Não se tratou de uma Reforma composta por alterações meramente procedimentais, mas, sim, de mudanças que solaparam a base ideológica e principiológica que deve permear este ramo do Direito. Introdução de regras que parecem ignorar a realidade de desigualdade estrutural por detrás destas relações. Sequer com uma suposta igualdade formal se preocupou. Vejamos alguns exemplos, mais emblemáticos.

O § 3º do art. 790 da CLT, que versa sobre o benefício da justiça gratuita na Justiça do Trabalho, foi alterado para modificar o parâmetro salarial que autoriza a concessão do benefício ao reclamante (do antigo patamar de dobro do salário mínimo para o novo de 40% do teto dos benefícios do INSS⁽³¹⁾), mas, principalmente para suprimir a parte final do dispositivo original, que previa concessão do benefício aos que “declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família”.

A indicação de um único critério objetivo significa a restrição à concessão do benefício. Mesmo em se considerando o disposto no parágrafo 4º acrescentado ao mesmo artigo⁽³²⁾. Isto porque se a simples declaração do reclamante não é mais suficiente para atestar sua impossibilidade de arcar com as custas do processo, cria-se o ônus, para o trabalhador que pretende buscar o Judiciário para reaver direitos já lesados, de comprovar a insuficiência de recursos.

(31) No ano de 2017, o teto dos benefícios é de R\$ 5.531,31, o que significa que o patamar máximo para a concessão do benefício da justiça gratuita é uma renda mensal de R\$ 2.212,52.

(32) § 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo

Por si só, esta disposição, que, objetivamente, diminui as possibilidades de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, afeta o efetivo acesso à justiça pelo trabalhador.

CAPPELLETTI e GARTH, ao tratarem do acesso à justiça e de seus obstáculos, expõem alguns entraves que podem ter relação, entre outros, com o custo (de tempo e de dinheiro) do processo, mas também às possibilidades das partes. Os autores expõem a relevância dos custos do processo judicial (tanto os que envolvem as custas processuais como os relativos aos honorários advocatícios), concluindo que “de qualquer forma, torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devem suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça”⁽³³⁾.

E, além disto, demonstram que a questão financeira também é um grande obstáculo porque se relaciona com as possibilidades das partes, pois “pessoas ou organizações que possuem recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas”⁽³⁴⁾. O contrário é logicamente evidente: as partes com menores condições financeiras terão mais dificuldades de acessar o Judiciário.

Ainda mais quando esta dificuldade se mostrar imediata diante da necessidade de, para propor uma demanda e ver concedido o benefício da assistência judiciária gratuita, comprovar a impossibilidade de arcar com os custos do processo. Comprovação que, diga-se, dependerá do juízo do magistrado sobre ser ou não suficiente.

Por isto é que MARINONI, ARENHART e MITIDIERO afirmam que:

os procedimentos que dispensam despesas processuais e são caracterizados pela deformalização, com o intuito de propiciar o acesso aos economicamente menos favorecidos ao Poder Judiciário, representam

(33) CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Op. cit.*, p. 18.

(34) *Ibidem*, p. 21.

técnicas indispensáveis num ordenamento marcado pelo princípio da igualdade.⁽³⁵⁾

Infelizmente, não parece o legislador ter se preocupado com estas técnicas ao alterar a redação do art. 789 da CLT.

E se este dispositivo se mostra uma primeira barreira ao acesso ao Poder Judiciário pelo trabalhador, não é, de maneira alguma, o único impasse de ordem financeira a dificultar a efetivação do direito do trabalhador após a Lei n. 13.467/17.

O art. 790-B da “Nova CLT” estabelece que “a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita” e o seu § 4º que “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”.

Se as hipóteses de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita foram reduzidas pelo § 3º do art. 789, o ataque realizado pela nova redação do art. 790-B é ainda mais explícito. O legislador afasta expressamente a gratuidade da justiça para o vencido quanto aos honorários periciais. E só permite que o encargo seja repassado à União caso o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido crédito capaz de arcar com o custo, mesmo que tal crédito seja decorrente de outro processo.

O dispositivo permite, portanto, a condenação ao pagamento dos honorários periciais de qualquer trabalhador que tenha obtido valores em juízo, independentemente de sua renda mensal. Em um país onde a renda média da população é de R\$ 2.104,00⁽³⁶⁾. E em que os valores de honorários periciais na Justiça

do Trabalho foram limitados em R\$ 1.000,00 (hum mil reais) em 2010⁽³⁷⁾, pela Resolução n. 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que permitiu a fixação em valor superior de maneira fundamentada.

Assim, é possível se constatar que, por exemplo, se o trabalhador for vencedor em uma reclamatória trabalhista ou firmar acordo que lhe garanta um êxito de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), valor inferior à renda mensal média do brasileiro, ele poderá ser condenado ao pagamento de honorários periciais de R\$ 1.557,16, neste ou em outro processo. Mesmo que tenha tido concedido em seu favor o benefício da justiça gratuita. Ou seja: mesmo que tenha renda mensal comprovada de menos de 40% do teto dos benefícios do INSS.

Em resumo, a utilização de prova pericial pelo trabalhador “pobre na acepção jurídica do termo” é um risco elevado, pois pode levar a sua condenação ao pagamento dos honorários. Diga-se: condenação que será paga com rendimentos oriundos do trabalho e que deveriam servir para garantir o sustento digno de sua família. Família que já é obrigada a sobreviver com uma renda mensal inferior àquela que o Dieese aponta como necessária para garantir um sustento digno⁽³⁸⁾.

A mesma lógica perversa se adotou para a inclusão, no texto da CLT, do art. 791-A, que determina a condenação do vencido no pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais entre 5% e 15% do valor que resultar da liquidação, do proveito econômico obtido ou do valor da causa. Isto porque, neste artigo, foi acrescentado, também, o § 4º⁽³⁹⁾, que, assim

(35) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. p. 82.

(36) BRASIL. IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Disponível em: <http://ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/default.shtm>. Acesso em: 26 ago. 2017.

(37) Valor que, atualizado pelo IPCA até agosto de 2017, chega a R\$ 1.557,16.

(38) De acordo com o Dieese, em julho de 2017, o salário mínimo para manter uma família de quatro pessoas deveria ser de R\$ 3.810,36. DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Salário mínimo nominal e necessário. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasca/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

(39) § 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro

como o § 4º do art. 790-B, impõe este ônus inclusive para o beneficiário da justiça gratuita que tenha obtido qualquer valor em juízo, mesmo que em outro processo.

O Relatório da Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de Lei n. 6.787, de 2016, ao justificar a inclusão desta disposição, afirma que “a ausência histórica de um sistema de sucumbência no processo do trabalho estabeleceu um mecanismo de incentivos que resulta na mobilização improdutiva de recursos e na perda de eficiência da Justiça do Trabalho para atuar nas ações realmente necessárias”⁽⁴⁰⁾

Contudo, esta afirmação não é adequada porque não condiz com a missão do direito processual do trabalho e do próprio *jus postulandi*.

Sobre o assunto, Manoel Antonio TEIXEIRA FILHO explicava que os honorários advocatícios somente eram devidos na hipótese do art. 14 da Lei n. 5.584/1970, a teor das Súmulas ns. 219 e 329 do TST. Assim, os honorários advocatícios “não decorriam de mera sucumbência, nem destinados ao advogado, e sim ao sindicato que prestou assistência judiciária ao trabalhador.”⁽⁴¹⁾

Todavia, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que ampliou significativamente a competência da Justiça do

Trabalho, passou a ser assegurado os honorários advocatícios pela mera sucumbência nas relações de trabalho.

Em 2011, o TST, por meio da Resolução n. 174/2011, modificou a Súmula n. 219, que passou a prever a condenação ao pagamento de honorários quando a parte está “assistida por sindicato da categoria profissional e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família”.

A previsão de condenação em honorários advocatícios, então, servia para possibilitar que o trabalhador que não pudesse pagar um advogado, pudesse ser defendido pelo profissional de seu sindicato, garantindo-se, ainda, a remuneração do trabalho daquele causídico.

Segundo Carlos Henrique BEZERRA LEITE, a determinação contida na Súmula n. 219 do TST, em que condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, “consagra o princípio de proteção ao empregado no âmbito processual do trabalho, do modo que o empregado jamais será condenado a pagar honorários advocatícios de sucumbência.”⁽⁴²⁾

Jamais seria o trabalhador condenado. No entanto, com a Reforma Trabalhista, a parte que perder a ação, ainda que de forma parcial, será condenada ao pagamento dos honorários advocatícios da parte contrária. Inclusive o trabalhador. Mesmo que seja beneficiário da justiça gratuita.

A previsão aduzida pela Reforma poderá inibir o acesso à Justiça, já que, a gratuidade no processo trabalhista sempre foi determinante ao estímulo na busca de reparação de direitos não cumpridos durante a vigência do contrato de trabalho.

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.

(40) BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório da Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016*. p. 67-68. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?sessionId=460B227362ED7879A9963DC7D00036AA.proposicoesWebExterno2?idProposicao=2122076>. Acesso em: 19 ago. 2017.

(41) TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. vol. II. p.776.

(42) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 393.

Ainda mais em se considerando a característica da Justiça do Trabalho de ser a “Justiça dos desempregados”, uma vez que dificilmente um trabalhador demandará seu empregador na vigência do contrato de trabalho. É dizer: buscar o Judiciário trabalhista, nesta situação, pode significar ao trabalhador não só, não obter êxito em receber os valores que entende devidos, mas terminar pagando honorários ao advogado do ex-empregador. Risco de prejuízo que, obviamente, será ponderado antes de propor a demanda. E que pode levar um trabalhador efetivamente lesado em seus direitos a não buscar o Poder Judiciário pelo medo do prejuízo maior.

Ainda sobre os ônus financeiros impostos ao trabalhador pela Reforma, tem-se o disposto no § 2º do art. 844. O dispositivo determina que o reclamante passará a arcar com custas processuais em caso de arquivamento por ausência injustificada à audiência, mesmo se beneficiário da justiça gratuita. E o dispositivo seguinte estabelece que o pagamento dessas custas é condição para a propositura de uma nova demanda.

A justificativa exposta para esta alteração pelo Relator na Comissão Específica da Câmara dos Deputados foi a de que a redação anterior da CLT “incentiva o descaso da parte reclamante com o processo” e que este descaso “gera ônus para o Estado, que movimenta a estrutura do Judiciário para a realização dos atos próprios do processo, gera custos para a outra parte que comparece à audiência na data marcada, e caracteriza um claro tratamento não isonômico entre as partes”⁽⁴³⁾.

A nova regra se mostrou mais severa com o reclamante que a anteriormente prevista na CLT. E a regra pretérita, de que a ausência do

reclamante na audiência por duas vezes, sem motivo relevante, faria com que ficasse impedido de ajuizar qualquer ação trabalhista pelo prazo de 06 (seis) meses, já era vista por parte da doutrina como inconstitucional. Exatamente porque os dispositivos que a previam (arts. 731 e 732) eram considerados “incompatíveis com o princípio da inafastabilidade do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV).”⁽⁴⁴⁾

O Relatório da Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016, assinado pelo Deputado Rogério Marinho deixa evidente qual era o objetivo destas alterações. No campo do direito processual, sustentou-se que o regramento existente estimulava uma litigiosidade exagerada e inadequada, “que faz (...) com que o Brasil seja o campeão de ajuizamento de ações trabalhistas em todo o mundo”⁽⁴⁵⁾.

Contudo, apesar de demonstrar preocupação com o grande número de ações propostas, julgadas e em trâmite pela Justiça do Trabalho, o Relatório não cita a necessidade de utilização de outros instrumentos que realizem o direito material sem agravar este problema. É o caso das ações coletivas.

Uma das colocações que intentavam justificar a necessidade de modificações na legislação processual trabalhista para diminuir o número de reclamações em trâmite foi a comparação com os EUA. Especificamente a comparação com o número de ações trabalhistas em trâmite lá e cá⁽⁴⁶⁾. Os números objetivos apontariam a

(43) BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório da Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016*. p. 72. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?sessionId=460B227362ED7879A9963DC7D00036AA.proposicoesWebExterno2?idProposicao=2122076>. Acesso em: 19 ago. 2017.

(44) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Op. cit.*, p. 583.

(45) BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório da Comissão especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016*. p. 21. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?sessionId=460B227362ED7879A9963DC7D00036AA.proposicoesWebExterno2?idProposicao=2122076>. Acesso em: 19 ago. 2017.

(46) Diário do Comércio. *Reforma vai desafogar Justiça Trabalhista*. 17 maio 2017. Disponível em: <<http://www.dcomercio.com.br/categoria/leis-e-tributos/reforma-vai-desafogar-justica-trabalhista>>; Acesso em: 26 ago. 2017.

litigiosidade do trabalhador brasileiro a levar ao congestionamento da Justiça do Trabalho brasileira.

Esta comparação, no entanto, ignora a realidade processual daquele país. Não pela realidade cultural e de litigiosidade, pois, nas palavras de Cassio CASAGRANDE:

não precisa muita sagacidade para perceber que não faz nenhum sentido a suposta existência de meros 75 mil processos trabalhistas anuais em um país industrial de 325 milhões de habitantes, onde prevalece uma forte cultura de litigância judicial, um contingente enorme de advogados demandistas ávidos por honorários e uma legislação laboral federal e estadual complexa.⁽⁴⁷⁾

Em verdade, o aparente baixo número de ações trabalhistas em trâmite é resultado exatamente da existência de um sistema efetivo de processo coletivo nos EUA⁽⁴⁸⁾. Trata-se do sistema das *class action*, que permite a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Desta maneira, uma vez que é comum que uma lesão praticada por um empregador se volte a um grupo de empregados, estes casos costumam ser tratados por meio de *class action*, em que um único processo envolve dezenas, centenas ou milhares de trabalhadores. Isto explica o número aparentemente baixo de ações trabalhistas naquele país.

O direito processual brasileiro possui regras acerca de tutela jurisdicional coletiva, mas de forma muito menos estruturada que nos EUA. O CPC/15, por exemplo, possuía, no texto aprovado pelo Congresso Nacional, o art.

334⁽⁴⁹⁾, que possibilitava a conversão de uma ação individual em coletiva em determinadas situações. Mas o dispositivo foi vetado pela Presidente da República. Mantiveram-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a tutela coletiva de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Mas o CDC apenas prevê a legitimidade de entes coletivos para a propositura destas ações, por meio da substituição processual. Assim, no direito processual brasileiro, não é possível a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos em ação proposta por um ou por um grupo de indivíduos lesados.

Especificamente no direito processual do trabalho, não há lei específica que trate da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, nem mesmo acerca da substituição processual. Aplicam-se as disposições do direito processual civil coletivo.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 estabelecer a substituição processual ampla da categoria pelos sindicatos, a jurisprudência da Justiça do Trabalho mostrou-se muito restritiva a esta atuação, o que se vê, por exemplo, pela vigência do Enunciado n. 301⁽⁵⁰⁾ por dez anos, entre 1993 e 2003.

(49) Art. 334. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

(50) Súmula n. 301: “SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. I – O art. 8º, inciso III, da Constituição da República não assegura a substituição processual pelo sindicato. II – A substituição processual autorizada ao sindicato pelas Leis ns. 6.708, de 30.10.1979, e 7.238,

(47) CASAGRANDE, Cassio. *Brasil, “Campeão de ações trabalhistas”*. Como se constrói uma falácia. 25 jun. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas-25062017>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

(48) CASAGRANDE, Cassio. *A reforma trabalhista e o “sonho americano”*. Uma grande ignorância sobre o direito e o sistema de justiça nos EUA. 11 jun. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/a-reforma-trabalhista-e-o-sonho-americano-11062017>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

Assim, se o objetivo da reforma processual trabalhista fosse apenas a racionalização da atuação do Judiciário Trabalhista e a garantia de uma prestação jurisdicional mais célere, efetiva e adequada, necessariamente teria que adentrar no direito processual coletivo. Ainda que apenas para dirimir debates básicos acerca da amplitude da substituição processual pelos Sindicatos, da possibilidade de tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos e da extensão da coisa julgada coletiva destas ações⁽⁵¹⁾.

Apesar da importância das ações coletivas e da sua potencialidade em gerar uma prestação jurisdicional mais igualitária, justa e barata, a Lei n. 13.467/17 não incluiu qualquer dispositivo a este respeito. Embora tenha promovido diversas alterações no âmbito do direito material coletivo do trabalho.

de 29.10.1984, limitada aos associados, restringe-se às demandas que visem aos reajustes salariais previstos em lei, ajuizadas até 3.7.1989, data em que entrou em vigor a Lei n. 7.788/1989. III – A Lei n. 7.788/1989, em seu art. 8º, assegurou, durante sua vigência, a legitimidade do sindicato como substituto processual da categoria. IV – A substituição processual autorizada pela Lei n. 8.073, de 30.7.1990, ao sindicato alcança todos os integrantes da categoria e é restrita às demandas que visem à satisfação de reajustes salariais específicos resultantes de disposição prevista em lei de política salarial. V – Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade. VI – É lícito aos substituídos integrar a lide como assistente litisconsorcial, acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto. VII – Na liquidação da sentença exequenda, promovida pelo substituto, serão individualizados os valores devidos a cada substituído, cujos depósitos para quitação serão levantados através de guias expedidas em seu nome ou de procurador com poderes especiais para esse fim, inclusive nas ações de cumprimento. VIII – Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.”

- (51) Sobre isto, ver BORBA, Camila Sailer Rafanham de. Em benefício de uma categoria ou de um grupo de filiados? A extensão da coisa julgada das sentenças que tutelam direitos individuais homogêneos de trabalhadores. *Revista Fórum de Direito Sindical – RFDS*, Belo Horizonte, ano 2, n. 02, p. 161-182, jan./jun. 2016.

Portanto, fica clara a intenção de reduzir o número de ações trabalhistas em trâmite a um custo, qual seja: por meio da inclusão de dispositivos que tornam mais difícil o acesso à justiça pelo trabalhador e lhe impõe uma série de ônus, antes, durante e ao final da demanda.

O mesmo rigor, no entanto, não foi adotado em relação à atuação do empregador em juízo. É o que se percebe, por exemplo, no texto dado pela Lei n. 13.467/17 ao § 3º do art. 843 e no § 5º do art. 844.

O primeiro destes dispositivos, § 3º do art. 843, estabelece que o preposto que representa o empregador em audiências não precisa ser empregado da parte reclamada, ao contrário do que anteriormente se exigia.

Já o § 5º do art. 844, diz respeito à ausência do reclamado na audiência inicial. Dispõe que “ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados”. É dizer: este parágrafo está inserido no mesmo artigo que determina o arquivamento do feito diante da ausência do reclamante, com sua condenação no pagamento das custas, ainda que beneficiário da justiça gratuita. Ou seja: o mesmo artigo estabelece deveres e sanções bem mais rígidas ao reclamante que ao reclamado. Mais rigor ao trabalhador, mesmo que pobre e beneficiário da justiça gratuita, que ao empregador, mesmo que grande empresa, plena de recursos financeiros e bem estruturada.

Na análise destes e de outros dispositivos alterados e do Relatório da Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei n. 6.787, de 2016, ficam evidentes os objetivos da Reforma Trabalhista de 2017. São os de limitar o acesso à justiça do trabalhador, lhe impôr ônus pela sucumbência (pagamento de honorários periciais, sucumbenciais e custas), estabelecer procedimentos mais rígidos para o reclamante (como a determinação de pedido certo e determinado quanto ao valor, sob pena de extinção). De outro lado, fica clara a facilitação da defesa do reclamado.

Assim, a intenção do legislador reformador parece ter sido reestabelecer a igualdade formal entre as partes no processo do trabalho. Isto depois de já estar superada esta ideia, substituída pela necessidade de uma igualdade material.

No caso do direito processual do trabalho, é evidente que o trabalhador está em situação de desvantagem estrutural, em especial o trabalhador de baixa renda, que percebe rendimentos inferiores a 40% do teto dos benefícios. Apesar disto, o legislador reformador da CLT estabeleceu uma série de ônus, em especial financeiros, a este trabalhador que mal consegue manter sua subsistência e a de sua família.

A ideologia que transparece destas disposições não pode se compatibilizar com os princípios da Constituição Federal de 1988, como o do acesso à justiça e o do direito de ação do trabalhador, previsto no art. 7º, XXIX. Nem mesmo com os objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º da Carta, em especial os de construir uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

4. Considerações finais

O direito processual é um ramo do direito formal, o que significa que é instrumento para a concretização do direito material. Por isto, deve dispor de técnicas adequadas aos diferentes direitos que pretenda tutelar. Deve ser adequado ao direito material e à realidade.

Num Estado Constitucional, o direito processual, para ser adequado, deve estar de acordo com as disposições constitucionais, com os valores e princípios eleitos por aquela sociedade e elencados na Carta Magna que deve reger todos os ramos do Direito.

A sociedade brasileira elencou, na Constituição Federal de 1988, os seus valores magnos. A Carta estabeleceu, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outros, os de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e de erradicar a pobreza

e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

No rol de direitos e garantias fundamentais, a Lei Maior incluiu, já no *caput* do art. 5º⁽⁵²⁾, a igualdade, que, evidentemente, deve ser interpretada como igualdade material, efetiva, e não uma igualdade formal apenas.

Ainda, incluiu a inafastabilidade da Jurisdição e seu corolário princípio do acesso à justiça, no art. 5º, XXXV⁽⁵³⁾. No inciso LIV⁽⁵⁴⁾ do mesmo artigo, o constituinte consagrou o princípio do devido processo legal, e, no inciso LV⁽⁵⁵⁾, os seus corolários, os princípios do contraditório e da ampla defesa, “com os meios e recursos a ela inerentes”. Adiante, no inciso LXXIV⁽⁵⁶⁾, estabeleceu o dever do Estado de prestar assistência jurídica aos que necessitem, o que inclui a assistência judiciária, ou seja, a prestação da tutela jurisdicional independentemente do pagamento de custas aos que não puderem arcar com elas.

No Capítulo seguinte, quando trata dos direitos sociais dos trabalhadores, no inciso XXIX do art. 7º⁽⁵⁷⁾, a Constituição consagra o direito de ação quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho.

(52) Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes

(53) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

(54) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

(55) LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

(56) LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

(57) Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho

Todas estas disposições constitucionais devem, em primeiro lugar, guiar a atuação do legislador, gerando-lhe um dever objetivo de criação de normas que não só sejam compatíveis com estes princípios, mas que os concretizem. Isto serve para todos os ramos do direito, inclusive o direito processual.

Apesar disto, o legislador reformador da CLT, ao elaborar a Lei n. 13.467/17, estabeleceu normas que não podem ser compatibilizadas com estes valores. São normas que criam ônus financeiros ao trabalhador reclamante, mesmo que seja beneficiário da justiça gratuita. Normas que diminuem a possibilidade de concessão deste benefício, reduzindo o patamar máximo de renda para tal.

De outro lado, o mesmo legislador não criou ônus financeiros tão severos aos reclamados, que normalmente são pessoas jurídicas com maior patrimônio do que os trabalhadores desempregados que costumam ser reclamantes. Ao contrário, criou normas que favorecem a defesa do reclamado, que já costuma ser dotado de representação jurídica especializada. Deixou de punir a ausência em audiência pelo reclamado, por exemplo, com o mesmo rigor que puniu a ausência do reclamante.

Estas modificações deixam evidente a ideologia inspiradora da Reforma no âmbito processual. E o mesmo transparece no Relatório da Comissão que avaliou o projeto de lei na Câmara.

Trata-se de uma ideologia liberal, praticamente um retorno ao liberalismo clássico, em que o juiz deve ser apenas a boca da lei e não pode interferir na igualdade entre as partes. Uma ideologia segundo a qual é necessário retirar os “privilégios” dados pela lei ao trabalhador reclamante e restabelecer a igualdade formal entre as partes no processo trabalhista. Sem qualquer preocupação com a igualdade material, com a realidade de desigualdade profunda entre as partes.

Ocorre que esta ideologia não é representativa dos valores que a sociedade brasileira

elencou como fundamentais na Constituição Federal de 1988. Por isto, não é aceitável.

Se a Justiça do Trabalho está congestionada, é porque há muitos direitos sendo descumpridos. Não é porque há privilégios demais. Uma Reforma da CLT, no âmbito processual, deveria buscar concretizar os princípios constitucionais citados, ampliar o acesso à justiça do trabalhador mais pobre e criar instrumentos de efetiva concretização do direito material⁽⁵⁸⁾.

Para realizar este objetivo, outras modificações e inclusões poderiam ter sido feitas no texto da CLT, como a regulação da tutela jurisdicional coletiva dos direitos individuais homogêneos. Não foi esta a opção do legislador reformador.

Portanto, não se pode reconhecer a compatibilidade com a Constituição das alterações realizadas no âmbito processual trabalhista pela Lei n. 13.467/17. Nem mesmo se pode acreditar que estejam de acordo com a realidade social ou que sejam capazes de verdadeiramente concretizar o direito material. Menos ainda que cumpre os objetivos fundamentais da República. Em uma frase: não atende aos anseios da sociedade brasileira da Constituição Federal de 1988.

Diante disto, cabe aos intérpretes da lei processual trabalhista na *praxis* superar o dogma da neutralidade e da possibilidade de uma interpretação unívoca da norma, para reconhecer sua função de integração do sentido da norma para a concretização dos valores constitucionais. Não se pode admitir a aplicação de normas que descumprem estes anseios, de normas representativas de um corpo de ideias que não condizem com nosso sistema constitucional.

Se o Poder Legislativo reformou a lei processual negando-lhe compatibilidade com a

(58) Estas preocupações já haviam levado à proposição de reforma do processo do trabalho pelos Juízes do Trabalho da 15ª Região, por meio de Comissão formada a partir de 2007. Sobre isto, ver: FELICIANO, Guilherme Guimarães (Coord.). *Fênix*: Por um novo processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2011.

Constituição, deve, agora, o Poder Judiciário, por meio dos instrumentos de controle de constitucionalidade que lhe cabem mesmo no julgamento de casos concretos, reparar o desmonte feito ao Estado Constitucional Brasileiro.

5. Referências bibliográficas

ARENHART, Sergio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BORBA, Camila Sailer Rafanhim de. Em benefício de uma categoria ou de um grupo de filiados? A extensão da coisa julgada das sentenças que tutelam direitos individuais homogêneos de trabalhadores. *Revista Fórum de Direito Sindical — RFDS*, Belo Horizonte, ano 2, n. 02, p. 161-182, jan./jun. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório da Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei n. 6.787, de 2016*. p. 72. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?sessionId=460B227362ED7879A9963DC7D00036AA.proposicoesWebExterno2?idProposicao=2122076>. Acesso EM: 19 ago. 2017.

_____. IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Disponível em: <http://ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/default.shtm>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedade*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Tompas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, reimpr. 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. trad. Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CASAGRANDE, Cassio. *A reforma trabalhista e o “sonho americano”*. Uma grande ignorância sobre o direito e o sistema de justiça nos EUA. 11 jun. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/a-reforma-trabalhista-e-o-sonho-americano-11062017>>. Acesso em: 26 ago 2017.

_____. *Brasil, “Campeão de ações trabalhistas”*. Como se constrói uma falácia. 25 jun. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/brasil-campeao-de-acoes-trabalhistas-25062017>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tratado de direito processual do trabalho na teoria geral do processo*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.

CORRÊA, Claudia Giglio Veltri; GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. rev. ampl. atual. e adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIEESE. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. *Salário mínimo nominal e necessário*. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

Diário do Comércio. *Reforma vai desafogar Justiça Trabalhista*. 17 maio 2017. Disponível em: <<http://www.dcomercio.com.br/categoria/leis-e-tributos/reforma-vai-desafogar-justica-trabalhista>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

FELICIANO, Guilherme Guimarães (Coord.). *Fênix: Por um novo processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

GOMES, Ana Virgínia Moreira. *A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Constitucional*. Teresina: Jus Navigandi, 2005. Disponível em: <marinoni.adv.br>. Acesso em: 22 ago. 2014.

_____. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil*, Curitiba, jan./dez. 2006.

MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo*. O direito processual civil

no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. 146 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, vol. II.

VIANA, Marcio Tulio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004.

A “reforma trabalhista” e a desnaturação do Direito do Trabalho

Fábio Túlio Barroso^(*), Cláudio Jannotti da Rocha^(**) e Ailana Ribeiro^(***)

Resumo:

- O presente artigo tem como objetivo principal demonstrar que a Reforma Trabalhista representa um verdadeiro retrocesso social, fruto de uma estratégia político-econômica conservadora e “ultraneoliberal” voltada a tornar ainda mais incisivo o controle da força de trabalho pelo mercado, ou, em outros termos, o controle da classe trabalhadora pelo capital, e que seu verdadeiro objetivo é desnaturar o Direito do Trabalho para fragilizar e pressionar, individualmente, os trabalhadores, eliminando-se do mercado de trabalho mecanismos considerados “anticompetitivos” sob o prisma empresarial e limitativo à potencialização do livre mercado, no aspecto político-ideológico, fazendo com que o Direito do Trabalho no Brasil perca sua força.

Palavras-chave:

- Reforma trabalhista — Desnaturação — Direito do Trabalho — Retrocesso.

(*) Pós-Doutor em Direito pela *Universidad de Granada*, Espanha. Doutor em Direito pela *Universidad de Deusto*, Bilbao, Espanha. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Presidente Honorário da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho – APDT. Membro Efetivo do Instituto de Advogados Brasileiros – IAB. Membro Efetivo do Instituto de Advogados de Pernambuco – IAP (Presidente da Comissão de Direito e Processo do Trabalho). Membro da *Asociación Española de Salud y Seguridad Social*. Professor da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP (Graduação e PPGD). Professor da Faculdade de Direito de Recife – FDR, da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor da Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE. Membro do grupo de Estudos Latino-Americanos em Direitos Humanos – EELAS, UNICAP, cadastrado no CNPQ. Advogado.

(**) Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade Mineira de Direito – PUC MINAS. Curso de Biopolítica e Direito na *University of Stirling*, Escócia-UK. Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), em Brasília-DF, e de seu Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Professor da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), na graduação e na Pós-

-Graduação *Lato Sensu*. Membro do Núcleo Docente Estruturante do UDF. É pesquisador do Grupo de Pesquisa: Constitucionalismo Humanista e Social, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho, do UDF; do Grupo de Pesquisa: Trabalho, Constituição e Cidadania, da UnB e do Grupo de Pesquisa: Invisibilidade Social e Energias Emancipatórias em Direitos Humanos, da FDV – todos com os respectivos registros no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq. Membro da Rede Nacional de Grupos de Pesquisas e Estudos em Direito do Trabalho e da Seguridade Social (RENAPEDTS), registrada no CNPq. Membro do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais, ICJS, de Belo Horizonte/MG. Pesquisador. Autor de livros e artigos. Advogado.

(***) Mestranda em Direito do Trabalho, linha de pesquisa “Trabalho, modernidade e democracia”, pela PUC Minas, sob a orientação da Profª Pós-Doutora Maria Cecília Máximo Teodoro. Pós-graduada em Direito Material e Processual do Trabalho pela PUC Minas. Professora de Direito do Trabalho do Instituto de Educação Continuada da PUC Minas. Pesquisadora no grupo de pesquisa “Retrabalhando o Direito” (RED), integrante da RENAPEDTS. Servidora do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Abstract:

- The main objective of this article is to demonstrate that the Labor Reform represents a conservative and “ultraneoliberal” political-economic strategy aimed at making labor market control even more incisive, or, in other words, the control of the working class by capital, and that its hard core is to denature the Right to Work to individually weaken and pressure the workers, eliminating from the labor market mechanisms considered “anti-competitive” under the prism entrepreneurial and limiting the free market potential, in the political-ideological aspect, making the Labor Law in Brazil lose its strength.

Key-words:

- Labor Reform. Denaturation. Labor Law. Backspace.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Um estigma conveniente
- 3. A Reforma Trabalhista e a desnaturação do Direito do Trabalho
- 4. Considerações finais
- 5. Referências bibliográficas

“Quando uma utopia desmorona, é toda a circulação de valores que regulam a dinâmica social e o sentido de suas práticas que entra em crise. É esta a crise em que vivemos.”

André Gorz

1. Introdução

Tão velho quanto recorrente é aquele discurso de que os direitos trabalhistas no Brasil oneram demasiadamente a atividade empresarial e que, portanto, atravancam a expansão da economia brasileira.

Esse é o discurso brasileiro neoliberal vigente, produzido e difundido pela classe dominante (detentora do capital), internalizado e reproduzido pela própria classe dominada (detentora da força de trabalho). Uma crença fabricada, que se tornou um verdadeiro dogma no interior da sociedade capitalista pós-moderna.

De se chamar a atenção que este discurso não é novo, mas recorrente. Faz parte de uma tentativa de legitimar a imposição de um modelo político-jurídico reducionista das garantias sociais mínimas, com “aparente participação

democrática na formação da vontade política”⁽¹⁾, utilizando-se de argumentos falaciosos, presentes na reforma trabalhista de agora e nos mesmos argumentos falaciosos descritos na década de 1990 do século passado, quando da abertura do Brasil ao capital econômico internacional.

O curioso é que, ao se investigar as raízes históricas dos direitos trabalhistas, decorrentes do constitucionalismo, percebe-se que, além do objetivo (talvez, meramente secundário) de se conferir um patamar civilizatório mínimo à classe superexplorada, o grande escopo do reconhecimento formal de direitos aos trabalhadores foi domar a revolta da classe operária para inibir o caos e permitir ao capital continuar a se expandir mediante a exploração da mão de obra alheia. Metaforicamente, pode-se dizer que trabalho e capital são como água e óleo: podem conviver lado a lado, mas cada um ocupando o seu espaço; jamais se misturam.

(1) HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamireh Chacon. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002. p. 51.

Sob esse prisma, portanto, não restam dúvidas de que os direitos trabalhistas surgem para atender a uma dupla necessidade: da classe trabalhadora, em se manter fisiologicamente viva; do capital, em se manter material e ideologicamente vivo.

Queda claro que para a institucionalização do Direito do Trabalho como disciplina jurídica, a possível emancipação da classe trabalhadora como uma luta pelo direito de reforma social proporcionou o seu reconhecimento em um sistema de controle prefixado.⁽²⁾

Como assinalou Karl Polanyi, o mercado autorregulado “não poderia existir por muito tempo sem aniquilar a essência humana e natural da sociedade; teria destruído fisicamente o homem e transformado o seu ambiente em um deserto”.⁽³⁾

Assim, muito além de uma generosa concessão do Estado, a proteção social consubstanciada no Direito do Trabalho, fruto do constitucionalismo social iniciado em 1934 e formalmente institucionalizada no Brasil na “Era Vargas”, representou uma necessidade mínima para refrear a atividade destrutiva e irracional do mercado, preservando a fonte de subsistência central da economia capitalista: a relação de emprego.⁽⁴⁾

Como citado outrora, esta inserção do trabalhador no sistema produtivo possui algumas variáveis político-jurídicas e de psicologia social:

No que se relaciona à origem do Direito do Trabalho, contrariamente ao que a maioria da doutrina interpreta como sendo um movimento de defesa da classe trabalhadora,

hipossuficiente e maltratada pelo capitalista, que nasce como forma humanizadora das relações de produção, esta disciplina jurídica incorpora o sentido mais que oportuno em que o capital, aliado ao Estado, (não mais liberal) com a industrialização, concede aos trabalhadores uma parcela de garantias, que possibilita a pacificação social e ainda, o freio aos ideais revolucionários inspirados na doutrina socialista, por parte dos movimentos obreiros. Esta generosidade dos sujeitos detentores do poder econômico e político arrefeceu os ânimos das coalizões populares de vertente esquerdista e, principalmente, trouxe para o seio do sistema jurídico a integração destes trabalhadores na dinâmica dialética, que dentro de uma legalidade do sistema capitalista, institucionaliza a luta de classes, possibilitando uma ação positiva e compositiva do movimento operário.⁽⁵⁾

Tal raciocínio nos conduz, então, à percepção de que o ramo trabalhista institucionalizou-se, sobretudo, para salvaguardar o próprio capitalismo de uma eminente implosão, e não para, de fato, emancipar os trabalhadores da penúria que lhes assolava, dia após dia, dentro e fora dos galpões das fábricas.

A disciplina jurídico-laboral, assim, comporta uma dialeticidade no seio da sociedade capitalista de trabalho quando sintetiza seus interesses, ao passo que mantém o *status quo* econômico, como a capacidade de manutenção e acumulação de riquezas pela empresa privada.⁽⁶⁾ Como adverte José Luis Monereo Pérez:

Desde el entedimiento de la naturaleza contradictoria del Derecho del Trabajo, ésta, al legalizar a la clase obrera, expresa la explotación de la fuerza de trabajo y la represión de la acción obrera, al mismo tiempo que

(2) Continua José Luis Monereo Pérez: *Ésta es la respuesta del poder constituido: controlar lo social mediante la inserción del poder social em el poder político. El poder de la clase trabajadora sería atrapado en las redes del poder constituido formalizado en la Constitución*. PÉREZ, José Luis Monereo. *Fundamentos Doctrinales del Derecho Social en España*. Madri: Trotta, 1999. p. 190.

(3) CHOMSKY, Noam. *O Governo no Futuro*. Tradução de Maira Parula. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 13.

(4) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 110.

(5) *Ibidem*, p. 27-28.

(6) BARROSO, Fábio Túlio (1). Discussão Sobre a Evolução do Direito do Trabalho e o Panorama para uma Reforma Trabalhista e Sindical. In: BARROSO, Fábio Túlio (Org.). *Elementos doutrinários do novo Direito do Trabalho, Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Solano de Godoy Magalhães*. Recife: Nossa Livraria, 2004. p. 28.

expresa y legaliza esta lucha y las ventajas que ha permitido conquistar. La tesis central se resume en la idea de que el Derecho del Trabajo, tal y como existe hoy en los países del capitalismo maduro, es esencialmente Derecho del capitalismo, sector específico del orden jurídico de una sociedad altamente compleja y “pluriconflictual”. (...) El Derecho del Trabajo participa en la misma constitución de las relaciones de producción: expresa y “codifica” las relaciones de producción al mismo tiempo que las enmascara y posibilita su reproducción. (...) el ordenamiento laboral es, asimismo, un elemento y una apuesta de la acción de la clase obrera contra el orden capitalista, y un elemento de lucha de la clase dominante contra la acción de los trabajadores.⁽⁷⁾

Por essa razão, pode-se afirmar que o Direito do Trabalho edificou-se sobre um arcabouço mínimo — repita-se, mínimo — de direitos, bem distante do ideal almejado pela classe operária, mas suficiente para convencê-la, diante da coatora necessidade de sobrevivência, a permanecer vendendo a sua força de trabalho aos detentores dos meios de produção.

Admite-se, pois, como instrumento de controle social, quando o Estado atinge sua finalidade imediata: “a inserção da classe trabalhadora na dinâmica do sistema capitalista, proporcionada pela melhoria de sua condição social, por normas de proteção, que inquestionavelmente proporcionam, ao menos no plano formal, a dignidade do trabalhador”, bem como “a sua finalidade mediata, a manutenção da ordem capitalista, com a mesma estrutura produtiva proporcionada pelas empresas privadas e com a continuidade da utilização da mão de obra subordinada e assalariada”.⁽⁸⁾

Ocorre que, não obstante estar genuinamente imbuído deste caráter de proteção social

mínima, derivado de uma real necessidade e não de uma mera faculdade legislativa, a retórica pós-moderna é de que o Direito do Trabalho é superprotetor em relação ao trabalhador.

O verdadeiro imbróglio do Direito do Trabalho não é a proteção destinada ao empregado e sim a falta de efetividade das leis trabalhistas, ampla e reiteradamente descumprida pelos empregadores. Conforme ensina José Roberto Freire Pimenta, o principal problema do Direito do Trabalho, na contemporaneidade, “é que o direito material trabalhista, no Brasil, tem um baixo índice de cumprimento espontâneo pelos destinatários de seus comandos normativos”.⁽⁹⁾

Assim, basta analisarmos o atual cenário sociojurídico trabalhista brasileiro, para concluirmos que tachar de superprotetor um instituto que, com muita dificuldade, cumpre o seu objetivo de proteção mínima, atuando muito mais na esfera de reparação do que propriamente de proteção, é uma grande incoerência. Ou seria uma grande conveniência?

2. Um estigma conveniente

Fato é que, num contexto de “capitalismo manipulatório”⁽¹⁰⁾, em que a “racionalização econômica”⁽¹¹⁾ dita com cada vez mais exclusividade as regras do jogo (da política, da vida,

(7) PÉREZ, José Luis. *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo*. Una Reflexión Crítica Sobre el Derecho Flexible del Trabajo. Valência: Tirant lo Blanch, 1996. p. 23-24.

(8) BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 51-52.

(9) PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de Urgência no Processo do Trabalho: O Potencial Transformador das Relações Trabalhistas das Reformas no CPC Brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Mauricio Godinho; BORJA, Cristina Pessoa Pereira. *Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004. p. 340.

(10) Expressão utilizada por Giovanni Alves na obra “Trabalho, Subjetividade e Capitalismo Manipulatório – O novo metabolismo social do trabalho e a precarização do homem que trabalha” (2010, p. 14), para designar a fase em que o capitalismo “leva à exaustão os recursos de manipulação das instâncias intrapsíquicas do homem, pelas quais se constituem os consentimentos espúrios à dominação do capital”. Disponível em: <http://www.giovannialves.org/artigo_giovanni%20alves_2010.pdf>.

(11) Expressão cunhada por Marx e Engels e utilizada por André Gorz (2007, p. 29) na obra “Metamorfoses do Trabalho: crítica da razão econômica”, para

das relações...), tudo aquilo que se reveste de um mínimo propósito social ou humano, em detrimento do puramente econômico, incomoda profundamente todos aqueles que pensam e agem segundo a lógica das relações de poder imposta.

Assim, no bojo de uma sociedade ditada pela razão econômica, nitidamente empenhada em atender aos interesses e caprichos do capital, tudo aquilo que se posiciona como freio ou contrapeso à sua livre expansão é malvisto, malquisto e, portanto, tende a ser difamado.

Tal condição é acentuada quando se tem um sistema internacional condicionado aos interesses das grandes empresas transnacionais, com reflexo da *lex mercatória*, com entidades financeiras e seus poderes de decisão e imposição das forças do mercado, que prevalece sobre a decrescente função reguladora dos sistemas jurídicos estatais, em especial, na imposição da ideologia neoliberal e do dismantelamento do Estado social e na generalização dos níveis de insegurança material dos trabalhadores.⁽¹²⁾

Assim, o Estado abstencionista social coloca em pé de igualdade os sujeitos que compõem o tecido produtivo econômico e social, estabelecendo condições formais para que os hipossuficientes juridicamente emancipem-se contratualmente, proporcionando a disponibilidade das normas de Direito do Trabalho sobre as normas gerais dispostas em sua legislação, o que expõe o Direito do Trabalho a uma revisão dos princípios que o caracterizaram na evolução das normas sociais.

É a imposição da *lex mercatória* difusa, baseada no neoliberalismo como fonte material prevalecente, que impõe que “a tendência vigente é a neoliberal e a política de flexibilização é desreguladora do Direito do Trabalho,

é de fato a sucumbência da norma em relação à economia. Assim, incrementa-se a visão economicista do Direito em si, a qual atrai uma mudança de percepção e de doutrina para posição até então antagônica”.⁽¹³⁾

No que diz respeito ao ramo justabalhista, apesar das suas origens estarem indiscutivelmente ligadas à sobrevivência do próprio sistema capitalista, não há dúvidas de que o seu desenvolvimento e expansão ao longo dos anos, viabilizados pela atuação, ainda que meramente reativa, do tripé: trabalhador, sindicato e Justiça do Trabalho, tornaram o Direito do Trabalho, muito além de um instrumento do poder, um contrapoder em si mesmo.

Dotado, portanto, desse potencial regulador (ainda que mínimo) sobre o capital, o verdadeiro mote do Direito do Trabalho, ao menos no plano dos ideais, consiste em restringir “o livre império das forças de mercado na regência da oferta e da administração do labor” para impedir a total mercantilização e degradação da força de trabalho humana.⁽¹⁴⁾

Assim, na medida do possível, tendo em vista as barreiras impostas pelo sistema no qual atua, ao Direito do Trabalho cumpre “o papel de humanizar o sistema capitalista, notadamente, em razão de seu poder cogente, da sua aptidão redistributiva e da sua finalidade de promoção da igualdade substancial — ainda que relativa, já que vivemos num sistema intrinsecamente desigual”.⁽¹⁵⁾

Tudo isso, no plano teórico, pode ser até aceito pela classe empresarial dominante, que ao optar por contratar um empregado,

designar a premissa capitalista de objetivar, medir, quantificar, monetarizar, todas esferas da vida humana, sobrepondo a razão econômica a qualquer outro tipo de razão instrumental.

- (12) PÉREZ, José Luis Monereo. *La protección de los Derechos Fundamentales*. El modelo Europeo. Albacete: Bomarzo, 2009. p. 20.

- (13) BARROSO, Fábio Túlio. *Direito Flexível do Trabalho, Abordagens Críticas*. Recife: Editoria Universitária da UFPE, 2009. p. 67.

- (14) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 54.

- (15) VIANA, Marcio Tulio; TEODORO, Maria Cecília Máximo. Misturas e fraturas: do poder diretivo à concepção do trabalho como necessidade. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 114, 2017. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/467/391>>. Acesso em: 5 jun. 2017, p. 333.

manifesta a sua concordância tácita diante do compromisso justtrabalhista de promover uma mínima redistribuição de renda e preservar a dignidade do trabalhador. Contudo, no plano prático, reza a lenda do capital que esse “tal Direito do Trabalho” está posto para ser descumprido ou, no máximo, parcialmente cumprido, já que cumpri-lo à risca pode significar a redução da competitividade e da margem de lucro da empresa.

Assim, em prol da nobre finalidade de maximizar o lucro empresarial, o descumprimento do patamar mínimo (repita-se novamente, mínimo) de direitos trabalhistas, previstos, sobretudo, pela Constituição Federal de 1988 e pela Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943, tornou-se prática corriqueira e amplamente aceita pela moral mercantilista vigente.

Convém realçar que foi a partir da segunda metade do século XX, num contexto de reestruturação produtiva vivenciada pelo capital, caracterizada pela flexibilização dos modos de produção e das relações produtivas, e “financiada” pela política neoliberal então dominante, que o lendário discurso de que o Direito do Trabalho, superprotetor que é, onera demasiadamente a atividade empresarial, elevou-se ao patamar de dogma.

Dogma esse professado inclusive pelo Consenso de Washington (1989), que a pretexto de ofertar a fórmula mágica para a retomada da expansão econômica ocidental, impôs aos países em desenvolvimento, dentre eles o Brasil, a adoção de 10 postulados, dentre os quais se encontrava a *desregulamentação trabalhista*.

Desde então, o Direito do Trabalho, historicamente estigmatizado em virtude de representar, ou ao menos pretender representar, uma força reguladora do interesse da classe empresarial dominante, torna-se alvo de uma explícita campanha política e econômica em prol da sua desregulamentação, eufemisticamente difundida no Brasil como *flexibilização trabalhista*.

Nesse contexto tem-se a flexibilidade “num termo médio entre a juridificação imperativa

das normas trabalhistas e a desregulamentação, pois a flexibilidade dos ordenamentos jurídicos da economia no mundo tende a acenar o privilégio a apenas um lado na relação de produção de riquezas” — o que na prática não acaba com o teor normativo das regras de Direito do Trabalho, mas disponibiliza o seu conteúdo. “A afinidade entre flexibilidade e desregulamentação é muito estreita, podendo-se afirmar que a segunda é um passo mais na evolução das ações capital-trabalho no marco da potencialidade dos poderes empresariais no sistema normativo do trabalho”.⁽¹⁶⁾

A desregulamentação negociada do Direito do Trabalho encampa uma condição de supressão de normas jurídicas, sobretudo estatais e relativas às relações de trabalho, “passando os próprios interessados, como agentes sociais, a estabelecer regra aplicável”.⁽¹⁷⁾

E os reflexos práticos desse ideal de flexibilizar o Direito do Trabalho não tardaram a surgir, traduzindo-se nas mais diversas medidas executivas, judiciárias e, sobretudo legislativas, dentre as quais se destacam: a consagração da prescrição quinquenal e não mais trintenária do FGTS; o cancelamento da Súmula n. 277 do TST, que previa a ultratividade das negociações coletivas, de modo que, finda a vigência de um instrumento coletivo, os direitos por ela previstos deixam de incorporar os contratos individuais de trabalho mesmo diante da recusa ou mora da empresa em renegociar com o sindicato; os julgados do STF reconhecendo a prevalência do negociado sobre o legislado, mitigando a aplicação de normas de ordem pública em nítida prejuízo ao trabalhador; a promulgação da Lei n. 13.429/17, que legitimou

(16) BARROSO, Fábio Túlio (1). Discussão Sobre a Evolução do Direito do Trabalho e o Panorama para uma Reforma Trabalhista e Sindical. In: BARROSO, Fábio Túlio (Org.). *Elementos Doutrinários do Novo Direito do Trabalho, Estudos em Homenagem ao Prof. Francisco Solano de Godoy Magalhães*. Recife: Nossa Livraria, 2004. p. 46-47.

(17) GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Reforma trabalhista*. Com análise do Projeto de Lei n. 6.787/2016. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 35.

o instituto da terceirização trabalhista, em franca ofensa à dignidade humana; e, por último, a aprovação pela Câmara do Deputados e pelo Senado, em regime de urgência, da dita “Reforma Trabalhista”.

Nesse particular é imperioso reconhecer que em face do fenômeno da judicialização, a reforma trabalhista possui protagonismo inicial no Poder Judiciário, em evidente instrumento de legitimação da vontade reformista de cunho neoliberal, quando o Supremo Tribunal Federal — STF, em duas ações, em especial no Recurso Extraordinário n. 590.415, com repercussão geral, no caso da impossibilidade de se provocar a Justiça especializada do trabalho em face de o trabalhador aderir a um Plano de Desligamento Voluntário⁽¹⁸⁾.

(18) Ementa: DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS.

1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano.

2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente.

3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.

4. A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida.

5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a

Em um segundo momento, reconheceu que os sindicatos poderiam disponibilizar o direito dos trabalhadores em uma norma autônoma coletiva, em desvirtuamento do conteúdo do art. 7º, XVIII da Constituição da República, no Recurso Extraordinário n. 895.759, ao tratar da possibilidade de compensar a não aplicação das horas itinerantes até então presentes no art. 58, § 2º da CLT, em face de compensações, como *seguro de vida e acidentes além do obrigatório e sem custo para o empregado; pagamento do abono anual aos trabalhadores com ganho mensal superior a dois salários mínimos; pagamento do salário-família além do limite legal; fornecimento de repositores energéticos; adoção de tabela progressiva de produção além da prevista na Convenção Coletiva*⁽¹⁹⁾ na zona da mata norte de Pernambuco.⁽²⁰⁾

Em todos os casos, a Lei n. 13.467/17, que positivou a reforma trabalhista, também impôs a desnaturação do conteúdo normativo e jurisprudencial que impedia a disponibilidade do direito do trabalho, seja na quitação geral dos valores contratuais em face da adesão a um plano de desligamento voluntário, ou mesmo, na descaracterização das horas itinerantes, como será visto mais adiante. Em ambos os casos, com plena aplicação e interpretação da autonomia da vontade no Direito do Trabalho, seja na sua vertente individual ou coletiva.

credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso.

7. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629027>>. Acesso em: 2 nov. 2016.

(19) Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4794743>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

(20) BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2010. p. 20-31.

3. A Reforma Trabalhista e a desnaturação do Direito do Trabalho

Eis que em dezembro de 2016, sob a égide do governo de Michel Temer, que assumiu a Presidência do país em virtude do *impeachment* da Presidenta eleita, Dilma Rousseff, passa a tramitar um tímido (mas não desprezível) Projeto de Lei, autuado como PL n. 6.787/16, propondo a alteração de alguns poucos dispositivos legais reguladores das relações trabalhistas — 7 artigos da CLT e 8 artigos da Lei n. 6.019/74 que, em síntese, objetivavam promover três significativas mudanças no estuário normativo trabalhista: alteração no trabalho temporário; a prevalência do negociado sobre o legislado em questões pertinentes ao salário, à jornada e às férias, e alteração na jornada do trabalho a tempo parcial.⁽²¹⁾

Como já discutido acima, a fama de antiquada e supostamente superprotetora atribuída à legislação trabalhista brasileira, sobretudo à CLT, ganhou destaque no contexto de crise econômica e de consequente reestruturação produtiva do capital, vivenciadas a partir dos anos finais do século XX.

Desde então, culpabilizar o Direito do Trabalho tornou-se conveniente para a classe empresarial, que atingida pelos efeitos de uma crise econômica e extralaboral, sem qualquer provisão empírica ou científica⁽²²⁾, tornou-se a grande porta-voz da necessidade de se esterilizar direitos trabalhistas em prol da saúde econômica da empresa, fonte geradora de empregos. Na realidade, o que se presenciou foi a tônica do antigo nazismo: repetir a

mesma mentira mil vezes, para lhe conferir ar de verdade.

Assim, o que se passou a denominar de “reforma trabalhista”, profetizada como condição básica e suficiente para reavivar a economia brasileira, tornou-se amplamente difundida pelos meios midiáticos e reproduzida por parcela expressiva dos seus receptores — já que, como dito por Marx e Engels⁽²³⁾, por ocasião do “Manifesto Comunista”, a ideologia dominante tende a ser a ideologia da classe dominante.

E uma vez que motivada pelos interesses de quem realmente goza de influência política expressiva no Brasil, não foi de se estranhar o fato de, após poucos meses de efetiva tramitação, ter sido votado e aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados um texto substitutivo para o Projeto de Lei n. 6.787/16, elevando de 7 para mais de 100 o número de artigos da CLT a serem alterados em nome da “reforma trabalhista” — que, desde então, tornou-se o Projeto de Lei da Câmara n. 38, de 2017 — PLC 38/17.

Dentre as diversas alterações propostas pelo PLC n. 38/17, um ponto em comum: o objetivo de extirpar do ordenamento jurídico vigente direitos arduamente conquistados pela classe trabalhadora e reconhecidos no ordenamento jurídico como instrumentos de manutenção da condição mínima com dignidade.

Assim, valendo-se das palavras de Jorge Luiz Souto Maior⁽²⁴⁾, pode-se dizer que a reforma trabalhista positivada por meio da Lei n. 13.467/17, não representa “nada além do que uma espécie de reunião de teses jurídicas empresariais, trazidas ao conjunto do Projeto pelo impulso da somatória de vaidades pessoais e até mesmo por sentimento de vingança de

(21) ROCHA, Cláudio Jannotti da. A reforma trabalhista e sua (in)compatibilidade com o ordenamento jurídico trabalhista brasileiro. In: RAMOS, Gustavo Teixeira; FILHO, Hugo Cavalcanti Melo; LOGUERCIO, José Eymard; FILHO, Wilson Ramos (Coords.). *O Golpe de 2016 e a reforma trabalhista: narrativas de resistência*. Bauru: Canal 6, 2017. p. 58.

(22) PÉREZ, José Luis Monereo. In: ARIGÓN, Mario Garmendia. *Orden Público y Derecho del Trabajo*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Montevideo: La Ley, 2016. Prólogo a la Segunda Edición, p. 34.

(23) MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 35.

(24) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A pequena política do grande capital: “reformas a qualquer custo”*. 2017. Disponível em: <<http://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-pequena-politica-do-grande-capital-reformas-a-qualquer-custo>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

alguns”. Pode-se afirmar, ainda, que de “reforma” nada tem a “reforma trabalhista”, já que a semântica da palavra reforma reflete a ideia de mudança voltada a um melhoramento — e, sob o prisma do trabalhador, destinatário legítimo da proteção justtrabalhista, nenhum melhoramento pode ser verificado. Senão vejamos algumas das alterações trazidas pela reforma, sem a perspectiva de esgotar todo o tema:

– Institui a figura do trabalho intermitente por meio dos arts. 443⁽²⁵⁾ e 452-A⁽²⁶⁾, autorizando a prestação de serviço subordinada mediante alternância de períodos de atividade e de inatividade, em afronta ao princípio da continuidade da relação de

(25) Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

(26) Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I – remuneração;

II – férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III – décimo terceiro salário proporcional;

IV – repouso semanal remunerado; e

V – adicionais legais.

emprego. Estabelece salário proporcional ao recebido pelo empregado na empresa em condição ordinária e pagamento antecipado das férias, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado. O trabalhador passa a assumir parte da responsabilidade empresarial, pois ao confirmar a possibilidade de prestação de serviços na data disposta e venha a faltar, pagará ao empregador metade do valor do salário a que teria direito;

– Com a revogação de várias normas do art. 477 da CLT, reduz os custos e, portanto, estimula a prática da dispensa imotivada ao extinguir a obrigatoriedade da rescisão de contratos com mais de um ano de vigência ao ser realizada perante o sindicato ou autoridade do Ministério do Trabalho, bem como, ao alterar a norma do § 6º⁽²⁷⁾ do referido artigo, ao conceder o prazo de 10 dias do término do contrato para a liberação das guias para habilitação e saque do seguro-desemprego e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), bem como para o pagamento das parcelas constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação;

– Permite por meio da norma do novel art. 477-A⁽²⁸⁾ a dispensa imotivada em massa e plúrima de empregados, equiparando-a à dispensa individual, sem que haja discussão desta condição coletiva por meio de negociação sindical, sem autorização prévia

(27) Art. 477. Na extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo.

(...) § 6º A entrega ao empregado de documentos que comprovem a comunicação da extinção contratual aos órgãos competentes bem como o pagamento dos valores constantes do instrumento de rescisão ou recibo de quitação deverão ser efetuados até dez dias contados a partir do término do contrato.

(28) Art. 477-A. 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.

de entidade sindical ou celebração de convenção ou acordo coletivo em tais situações. Desconsidera que a dispensa coletiva é um fato social grave, até então solidificado pela doutrina e pela jurisprudência;

– Confere aos Planos de Demissão Voluntária ou Planos de Demissão Incentivada para dispensa individual, plúrima ou coletiva, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, por meio do art. 477-B⁽²⁹⁾, o poder de quitação geral e irrestrita, impedindo-o de discutir no Judiciário toda e qualquer irregularidade praticada no decorrer da relação de trabalho, ao menos que haja disposição em contrário entre as partes. Na prática acaba por condicionar de qual forma se dará a dispensa, se por um plano incentivado ou individualmente, quando se sabe que em caráter individual as condições do fim do contrato deverão ser ainda mais desvantajosas para o trabalhador. Tal norma está em confronto com a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho⁽³⁰⁾, porém, em consonância com o teor da decisão proferida pelo STF no Recurso Extraordinário (RE) n. 590.415, como acima citado;

– Extingue o direito às horas *in itinere*, dispondo que o tempo de deslocamento até o local de trabalho em transporte fornecido

pelo empregador quando a empresa situa-se em local de difícil acesso e sem a cobertura por linhas de transporte público não mais deve ser remunerado como tempo à disposição do empregador, com a nova redação do art. 58, § 2º⁽³¹⁾ da CLT;

– Descaracterização do tempo à disposição do empregador por meio da norma do § 2º, VIII⁽³²⁾ do art. 4º da CLT, que passam a não computar como horas de trabalho. Na prática, o empregador não exigirá que o empregado troque o uniforme de trabalho na empresa para evitar que este tempo seja computado como de serviço;

– Estimula, por meio da norma do § 4º⁽³³⁾ do art. 71 da CLT, o descumprimento dos intervalos intrajornada pelo empregador ao determinar que, quando suprimidos, serão remunerados com natureza indenizatória e em percentual de 50% sobre o período suprimido e não mais sobre o período completo do intervalo, como até então ocorria. Ademais, retira a natureza salarial do valor

(29) Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

(30) ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (Subseção I)

270. PROGRAMA DE INCENTIVO À DEMISSÃO VOLUNTÁRIA. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. PARCELAS ORIUNDAS DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS (inserida em 27.09.2002): A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho ante a adesão do empregado a plano de demissão voluntária implica quitação exclusivamente das parcelas e valores constantes do recibo.

(31) § 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

(32) § 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:

(...)

VIII – troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa.

(33) § 4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

a ser pago ao trabalhador, transformando-o em indenizatório, o que repercute no valor geral do seu salário;

– A alteração do art. 394-A da CLT⁽³⁴⁾ permite que a gestante ou lactante trabalhe em locais com grau médio e mínimo de insalubridade, desde que apresente um atestado médico, de modo que se a empresa não contar com outra ocupação compatível com a condição especial da gestante, poderá simplesmente afastá-la da empresa, transferindo os custos do seu afastamento para a Previdência. Ou seja, se tem o incentivo a um trabalho que afronta à sua condição humana, que antes da reforma trabalhista e neste artigo em particular, protegia a empregada gestante ou lactante que não poderia prestar serviços em ambientes insalubres;

– O art. 484-A⁽³⁵⁾ possibilita que o contrato de trabalho seja encerrado por vontade de ambas as partes, o distrato. Possibilita

assim a disponibilidade das normas e títulos relativos à terminação do contrato de trabalho, renunciando a parcelas de natureza de subsistência, sequer por meio de negociação coletiva, colidindo como o princípio da continuidade da relação de emprego e da imperatividade das normas de ordem pública;

– A nova redação do art. 578 da CLT⁽³⁶⁾ extingue a contribuição sindical obrigatória, retirando importante e, por vezes, única fonte de receita das já fragilizadas organizações sindicais profissionais, inviabilizando de vez a possibilidade de se contar com entidades sindicais de fato combativas, munidas de força para conquistar patamares mais elevados de direitos em prol da categoria representada. Em que pese a contradição ao elemento técnico da liberdade sindical, se a finalidade fosse o fortalecimento da atividade sindical, o mínimo do razoável seria a retirada paulatina e programada da referida contribuição e não de uma vez só;

– Descaracteriza o princípio da primazia da realidade, ao definir que o trabalhador autônomo contratado por uma empresa, seja ele exclusivo ou não, estará vedada a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício, caso cumpridas as formalidades contratuais entre as partes. Esta é a norma do novel art. 442-B⁽³⁷⁾;

– O novo art. 507-B⁽³⁸⁾ da CLT permite que empregador e empregado possam passar

(34) Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I – atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II – atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III – atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

(35) Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I – por metade:

a) o aviso-prévio, se indenizado; e

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990;

II – na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º A extinção do contrato prevista no *caput* deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no *caput* deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

(36) Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas

(37) 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.

(38) Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

recibo de quitação anual dos valores pagos, elidindo na prática que o trabalhador possa reclamar verbas não pagas no curso do contrato, após a sua terminação. Tal termo de quitação anual de verbas trabalhistas será fornecido pelo sindicato dos trabalhadores;

– A reforma trabalhista impõe limite à gratuidade do acesso à jurisdição para o trabalhador, §§ 3º e 4º⁽³⁹⁾ do art. 790 da CLT. Determina que será facultado ao magistrado conceder tal gratuidade, desde que o trabalhador perceba valor correspondente a 40% do teto do regime geral da previdência social, hoje equivalente a R\$ 2.221,52. Contudo, a norma estabelece que o trabalhador “perceba” o respectivo valor. Como a propositura da reclamação trabalhista geralmente se dá quando o trabalhador é dispensado, este requisito formal deverá ser desconsiderado pelo magistrado;

– Outro fato desconstrutivo da hipossuficiência do trabalhador é a possibilidade de que ele seja condenado a pagar honorários advocatícios de sucumbência e honorários de peritos, respectivamente, quando da propositura da ação trabalhista, igualando-o à empresa no ambiente processual, como permitem os *caputs* dos arts. 791-A⁽⁴⁰⁾ e 790-B⁽⁴¹⁾;

(39) § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

(40) 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.

(41) 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.

– Impõe presunção de disponibilidade pelo sindicato dos direitos que representa na negociação coletiva, em desacordo com o teor da norma do *caput* do art. 7º da Constituição da República.

Quanto à introdução pela “reforma” da possibilidade de se flexibilizar (*in pejus*) os direitos trabalhistas via negociação coletiva, realça-se que a carta maior é terminantemente restritiva quanto à possibilidade de redução de garantias mínimas sociais, ressaltando apenas os casos de redução de salário quando a empresa passar por dificuldades momentâneas, compensação de jornadas e alteração de turnos ininterruptos de revezamento, consoante normas dos incisos VI, XIII e XIV do mesmo art. 7º, respectivamente.

Não obstante, a norma do novo art. 611-A⁽⁴²⁾ permite uma variada disponibilidade dos

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

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

II – banco de horas anual;

III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei n. 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – troca do dia de feriado;

XII – enquadramento do grau de insalubridade;

XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

direitos representados, ao ponto de se negociar, inclusive, o enquadramento e, consequentemente, o percentual referente ao adicional de insalubridade, modalidade de registro de jornada de trabalho, dentre outros.

Na mesma esteira, há inusitada previsão que o conteúdo de uma norma autônoma coletiva não poderá ser revisada pelo Poder Judiciário, obedecendo a forma em detrimento do conteúdo, art. 8º, §3º⁽⁴³⁾, c/c §1º do art. 611-A, ambos da CLT.

E não é preciso ser um *expert* em Direito do Trabalho, nem mesmo ter qualquer conhecimento técnico de Direito, para notar que as alterações expostas acima — bem como as inúmeras outras trazidas pela Lei n. 13.467/17 — representam concessão de benesses aos empregadores às custas da precarização ou mesmo retirada de direitos do trabalhador.

O que se presencia, portanto, é uma franca inversão dos valores norteadores do Direito do Trabalho, que passa a se aproximar muito mais dos interesses do capital do que dos interesses da classe trabalhadora, cuja luta representou a grande fonte material do surgimento e consolidação do ramo trabalhista.

Esta desnaturação do Direito do Trabalho, ao igualar os sujeitos da relação de trabalho, também afronta um fundamental patrimônio jurídico dos trabalhadores presente na ordem pública social, sendo “(...) *el conjunto de valores de la vida, que por la especial transcendencia que asumen en determinado estadio de la evolución social, pasan a integrar la conciencia*

jurídica colectiva y se constituyen en objetos de tutela privilegiada por parte del Derecho.”⁽⁴⁴⁾

Tem-se uma implacável guinada para estabelecer um modelo de Direito Privado do Trabalho, uma vez que da potencialização da autonomia da vontade “se desponha a retirada da função social da legislação no que tange às garantias até então dispensadas aos cidadãos”⁽⁴⁵⁾, rumo a uma equiparação formal entre os sujeitos da relação de trabalho.

Assim, conforme advertido por Ribeiro e Abreu⁽⁴⁶⁾, ao se preconizar um Direito do Trabalho “modernizado”, flexível diante dos interesses empresariais, o que mais se pretende se não permitir que os pretensos regulados (os detentores do capital) controlem seu regulador (o Direito do Trabalho)? Essa pergunta reflexiva nos conduz à percepção de que um Direito do Trabalho que incorpore os ditames flexibilizatórios do capitalismo não é, ao contrário do que se pretende difundir, um direito laboral aprimorado, “reformado”, que esteja simplesmente exercendo a sua capacidade de adequação ao dinamismo social; mas sim, um Direito do Trabalho subvertido, corrompido, desnaturado.

E dentre as tantas expressões passíveis de expressarem o que a Lei n. 13.467/17 de fato provocou sobre o Direito do Trabalho, considera-se que a desnaturação (abaixo ilustrada), definida como “um fenômeno no qual o estado inicial bem definido de uma proteína formada sob condições fisiológicas é transformado em uma estrutura final mal definida sob condições não fisiológicas, usando-se um agente desnaturante”, representa com franqueza e autenticidade todo esse processo que insistem em chamar de “reforma trabalhista”.

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.

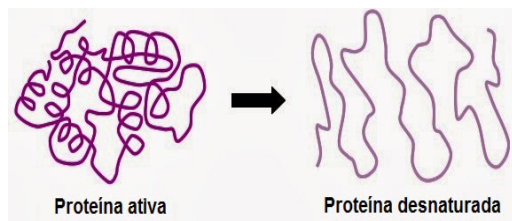
§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

(43) § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

(44) ARIGÓN, Mario Garmendia. *Orden Público y Derecho Del Trabajo*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Montevideo: La Ley, 2016. p. 74.

(45) BARROSO, Fábio Túlio. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 194.

(46) RIBEIRO, Ailana; ABREU, Nara. Um novo espírito para o Direito do Trabalho? In: *Direito do Trabalho – Cenários contemporâneos*. Belo Horizonte: RTM, 2016. p. 113.



Nota-se que, em seu sentido original, o processo de desnaturação, estimulado por um agente externo desnaturante, que pode ser, por exemplo, o calor, provoca a drástica alteração das estruturas da proteína, de modo que a sua identidade é transmutada. O resultado é uma proteína desprovida da sua atividade biológica característica.⁽⁴⁷⁾

Assim, a Lei n. 13.467/2017 e o seu arcabouço de teses empresariais advogando contra a proteção jurídica da classe trabalhadora, pode ser comparado a um agente desnaturante, apto a promover uma verdadeira transmutação das estruturas identitárias do Direito do Trabalho. O resultado? Certamente – e lamentavelmente – será um Direito do Trabalho desprovido da sua atividade orgânica característica.

4. Considerações finais

Como já preconizado por Paul Joseph Goebbels, o Ministro da Propaganda de Adolf Hitler na Alemanha Nazista, uma mentira repetida mil vezes torna-se uma verdade. Tornou-se. O discurso falacioso de que o “superprotetor” Direito do Trabalho é o grande entrave à expansão da economia e à própria geração de empregos, martelado pela mídia, dia após dia, prosperou e passou a gozar, inclusive, de um respaldo legislativo: a Lei n. 13.467/2017.

Não há dúvidas de que esta reforma trabalhista representa uma estratégia político-econômica conservadora e “ultraneoliberal” voltada a tornar ainda mais incisivo o controle da força de trabalho pelo mercado, ou, em outros termos, o controle da classe trabalhadora

pelo capital. A ideia é desnaturar o Direito do Trabalho para fragilizar e pressionar, individualmente, os trabalhadores, eliminando-se do mercado de trabalho mecanismos considerados “anticompetitivos” sob o prisma empresarial e limitativo à potencialização do livre mercado, no aspecto político-ideológico.

Assim, com uma objetividade suspeita e preocupante, está posta a fórmula de que o aumento da “pressão exercida sobre os empregados (um crescimento qualitativo e quantitativo da oferta de trabalho juntamente com uma restrição da política salarial)” aumentará significativamente a propensão de investimentos pelo capital, que será revertida em oferta de empregos.⁽⁴⁸⁾

Contudo, conforme bem advertido por Claus Offe⁽⁴⁹⁾, essa fórmula neoliberal, quase matemática, parece ignorar o fato de que os investidores, logo que se verem livres dos altos custos dos salários e demais verbas trabalhistas, serão defrontados com o problema da “demanda insuficiente”, já que trabalhadores mal pagos são, também, consumidores com baixo poder aquisitivo. Assim, para evitar a redução do lucro sagrado, promovida pela redução na demanda, as empresas deixarão de contratar mais empregados — ou, ainda, dispensarão em massa os já existentes —, produzindo um efeito totalmente reverso ao pleno emprego pretendido.

Diante de tantas modificações na estrutura do Direito do Trabalho, não há como fecharmos os olhos para o fato de que esta pretensa “reforma” trabalhista, a pretexto de modernizar e conformar, acabará promovendo uma verdadeira deforma do ramo justtrabalhista.

Portanto, tendo em vista a elevada probabilidade de que a “reforma trabalhista” — enquanto instrumento de desnaturação do Direito do Trabalho mediante a mutilação das suas estruturas protetivas —, não sirva para

(47) WIKIPEDIA. *Desnaturação*. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Desnatura%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 15 jul. 2017

(48) OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. Tradução: Editora Brasiliense. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 91.

(49) *Idem*.

nada mais além de aumentar a fossa existente entre trabalho e capital, intensificando a exploração do homem pelo homem, submetermos simplesmente ao curso das coisas, não pode ser a posição adotada.

Enquanto cidadãos minimamente conscientes, não podemos seguir o fluxo do retrocesso social por acreditar não existir solução. Soluções existem. Mas para existirem, precisam ser criadas por mentes pensantes e realizadas por forças humanas atuantes. Pensemos e lutemos!

5. Referências bibliográficas

ARIGÓN, Mario Garmendia. *Orden Público y Derecho Del Trabajo*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Montevideo: La Ley, 2016.

ALVES, Giovanni. *Trabalho e subjetividade: o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório*. São Paulo: Boitempo, 2011

BARROSO, Fábio Túlio. Discussão Sobre a Evolução do Direito do Trabalho e o Panorama para uma Reforma Trabalhista e Sindical. In: BARROSO, Fábio Túlio (Org.). *Elementos doutrinários do novo Direito do Trabalho, estudos em homenagem ao Prof. Francisco Solano de Godoy Magalhães*. Recife: Nossa Livraria, 2004.

_____. Novo contrato de trabalho por prazo determinado, flexibilização laboral e internacionalização das relações de trabalho. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. Direito flexível do trabalho, abordagens críticas. Recife: Editoria Universitária da UFPE, 2009.

_____. *Manual de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

CHOMSKY, Noam. *O Governo no Futuro*. Tradução de Maira Parula. Rio de Janeiro: Record, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Reforma trabalhista*. Com Análise do Projeto de Lei n. 6.787/2016, Salvador: JusPodivm, 2017.

ARIGÓN, Mario Garmendia. *Orden Público y Derecho del Trabajo*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Montevideo: La Ley, 2016.

GORZ, André. *Metamorfoses do trabalho: crítica da razão econômica*. Tradução de Ana Montoia. São Paulo: Anablumme, 2003

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Vamireh Chacon. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

MARX, Karl.; ENGELS, Friedrich. *Manifesto do Partido Comunista*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado*. Tradução: Editora Brasiliense. São Paulo: Brasiliense, 1985.

PÉREZ, José Luis. *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo*. Una Reflexión Crítica Sobre el Derecho Flexible del Trabajo. Valência: Tirant lo Blanch, 1996.

PÉREZ, José Luis Monereo. *Fundamentos Doctrinales del Derecho Social en España*. Madri: Trotta, 1999.

_____. *La Protección de los Derechos Fundamentales*. El Modelo Europeo. Albacete: Bomarzo, 2009.

_____. In: ARIGÓN, Mario Garmendia. *Orden Público y Derecho del Trabajo*. 2. ed., rev., ampl. e atual. Montevideo: La Ley, 2016. Prólogo a la Segunda Edición.

PIMENTA, José Roberto Freire. Tutelas de urgência no processo do trabalho: o potencial transformador das relações trabalhistas das reformas no CPC brasileiro. In: PIMENTA, José Roberto Freire; RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Mauricio Godinho; BORJA, Cristina Pessoa Pereira. *Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004.

RIBEIRO, Ailana; ABREU, Nara. Um novo espírito para o Direito do Trabalho? In: *Direito do Trabalho – Cenários contemporâneos*. Belo Horizonte: RTM, 2016.

ROCHA, Cláudio Jannotti da. A reforma trabalhista e sua (in)compatibilidade com o ordenamento jurídico trabalhista brasileiro. In: RAMOS, Gustavo Teixeira; FILHO, Hugo Cavalcanti Melo; LOGUERCIO, José Eymard; FILHO, Wilson Ramos (Coords.). *O Golpe de 2016 e a reforma trabalhista: narrativas de resistência*. Bauru: Canal 6, 2017.

VIANA, Marcio Túlio; TEODORO, Maria Cecília Máximo. Misturas e fraturas: do poder diretivo à concepção do trabalho como necessidade. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 114, 2017. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/467/391>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

Termo de quitação anual trabalhista e sua eficácia liberatória

Filipe Cordeiro Kinsky^(*) e Gustavo Marcel Filgueiras Lacerda^(**)

Resumo:

- O termo de quitação anual, apesar de ser um instituto já presente no ordenamento jurídico brasileiro, é uma novidade na legislação trabalhista, inserido pela Lei n. 13.467/2017, que institui o art. 507-B na CLT. Conforme o texto legal, empregados e empregadores terão a faculdade de firmar entre si, seja na vigência ou não do contrato de trabalho, um termo de quitação anual, visando a eficácia liberatória das parcelas expressamente discriminadas no termo, desde que com a assistência sindical. Porém, apesar de tal artigo denotar aparente segurança jurídica quanto ao cumprimento das obrigações oriundas da relação de emprego, tal instituto se revela em um reforço à hipersuficiência do empregador, tendo em vista que este visa uma eficácia liberatória ampla sobre as parcelas devidas ao empregado, que, por sua vez, raramente terá qualquer poder de resistência, já que não há efetiva garantia de manutenção de seu emprego. Assim, o presente artigo visa demonstrar as implicações práticas deste instituto no ordenamento juslaboral brasileiro, percorrendo a definição da quitação anual no direito brasileiro. Em seguida, estabelece uma correlação com os institutos análogos, a fim de evidenciar suas diferenças, para, então, definir a quitação anual trabalhista e analisar suas consequências na relação de emprego.

Palavras-chave:

- Quitação anual trabalhista — Eficácia liberatória — Relação de emprego — Lei n. 13.467/2017.

Abstract:

- The annual term of discharge, in spite of being an institute already present in Brazilian legal system, is a novelty in the labor legislation, inserted by Law n. 13.467/2017, which establishes art. 507-B in the CLT. According to the legal text, employees and employers will have the power to sign an annual discharge agreement with each other, whether in force or not of the employment contract, aiming at a totally liberating effectiveness of the parcels expressly discriminated without, as long as with the union assistance. However,

(*) Professor. Advogado. Pós-graduando em Direito Material e Processual do Trabalho e em Direito Constitucional. Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

(**) Advogado. Licenciado em Filosofia (2011). Bacharel em Direito (2017). Pós-graduando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

despite seeming to honor values such as Legal Security, it is shown in a reinforcement of the employer's hyper sufficiency, since it aims at a broad liberalizing effect on the employee's due, which will rarely have any power of resistance, since there is no effective guarantee of the maintenance of their job. Thus, this article aims to demonstrate how the institute's practical implications are in labor law, disclosing a definition of annual discharge in Brazilian law. Next, it establish a correlation with some analogous institutes, with the purpose to highlight their differences, to then define an annual work settlement and analyze their consequences in the employment relationship.

Key-words:

- ▶ Annual term of discharge — Liberating efficacy — Work Relationship — 13.467/2017 Law.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A declaração de quitação anual da Lei n. 12.007/2009
- ▶ 3. A quitação da rescisão contratual do art. 477, CLT e Súmula n. 330, TST
- ▶ 4. A quitação quinquenal do revogado art. 233, CRFB/88
- ▶ 5. O termo de quitação anual trabalhista
 - ▶ 5.1. A faculdade da quitação
 - ▶ 5.2. O momento da quitação
 - ▶ 5.3. A fiscalização sindical
 - ▶ 5.4. A eficácia liberatória geral
 - ▶ 5.5. Do fundamento de existência do instituto: a que veio?
- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

No presente artigo, partiremos de uma tentativa de definir a chamada Quitação Anual Trabalhista para, a seguir, passarmos ao estudo de alguns fenômenos que com ela guardam algum tipo de semelhança, a fim de situá-la de alguma forma no universo jurídico, colocando-a próxima do que com ela é de alguma maneira convergente. Por fim, procederemos a uma atomização do objeto em estudo, o que, esperamos, facilitará a compreensão e possibilitará um grau maior de reflexão sobre sua natureza, seus objetivos e impactos.

A Lei n. 13.467/2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), foi quem trouxe ao universo normativo trabalhista o

instituto da Quitação Anual. Em seu art. 1º, que institui os diversos dispositivos, nasce o novo art. 507-B da CLT, cuja inovação é a seguinte: Há agora a possibilidade de empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de trabalho, firmarem entre si um termo de quitação anual, perante o sindicato de empregados da categoria, com eficácia liberatória geral das parcelas ali expressas. É isso, portanto, o que leva o nome de Quitação Anual Trabalhista: um instituto que permite ao empregador ver-se livre de suas obrigações pretéritas em razão de quitação passada pelo empregado.

Uma vez definido o fenômeno, é interessante apontar que, apesar de novo no Direito

do Trabalho, ele conta com um irmão mais velho no complexo normativo consumerista, e, ainda, pertence a uma família de institutos que tem finalidade parecidas. Nessa toada, é possível inferir um vínculo um pouco mais distante, mas ainda com algum rastro de familiaridade, entre a Quitação em estudo e àquela que é dada quando da rescisão do contrato de trabalho, prevista no art. 477 da CLT ou, ainda, mesmo com o fenômeno da prescrição, e com um antigo dispositivo constitucional, que se referia aos rurícolas. O citado art. 477, CLT, por exemplo, que se completa com a Súmula n. 330, TST, prevê a possibilidade de dar quitação de parcelas trabalhistas, constantes em termo, desde que com a devida assistência sindical, também tendo efeito liberatório geral quanto as parcelas expressamente consignadas, desde que não haja qualquer ressalva do sindicato assistente, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho.

Em síntese, neste artigo será evidenciado que os presentes institutos possuem algum grau de semelhança e, também, suas principais diferenças. Por fim, como não poderia deixar de ser, pretende-se fazer uma reflexão sobre os possíveis impactos que a nova quitação pode ter nas relações de emprego.

2. A declaração de quitação anual da Lei n. 12.007/2009

O termo de quitação anual não é um instituto jurídico novo no complexo normativo brasileiro. A Lei n. 12.007/2009, por exemplo, sancionada pelo então Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, obriga as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, prestadoras de serviços, nos termos do seu art. 1º, a emitir e enviar anualmente aos seus consumidores, uma declaração na qual dá quitação dos débitos anuais referentes aos serviços prestados, com eficácia liberatória para os destinatários de seus serviços.

Assim, o art. 2º do supracitado diploma legal, estabelece o lapso temporal ao qual será dada a quitação, bem como as condições em

que o consumidor terá direito ao recebimento desta declaração. Conforme a lei, esta declaração se referirá aos débitos devidamente quitados referente aos meses de janeiro a dezembro do ano em questão, tendo como referência a data de vencimento de cada fatura.

Nesse sentido, a Lei n. 12.007/2009 é expressa ao dizer que o consumidor que faz jus a esse benefício é aquele que quitou todos os débitos relativos ao ano em referência (art. 2º, § 1º). No entanto, caso algum débito seja objeto de ação judicial, esse consumidor só terá direito à declaração de quitação anual referente aos meses do ano em questão, em que houve faturamento dos débitos (art. 2º, § 3º). Por fim, em continuidade, caso o consumidor não tenha utilizado os serviços prestados todos os meses do ano, a declaração de quitação a que tem direito versará sobre os meses em que houve o faturamento dos débitos (art. 2º, § 2º).

Já no que se refere à periodicidade de envio desta declaração, o art. 3º da lei impõe que a mesma seja enviada junto à fatura a vencer do mês de maio do ano seguinte ao ano em referência ou no mês imediatamente subsequente à completa quitação dos débitos do(s) ano(s) anterior(es). Esta declaração, segundo o texto legal, poderá ser feita em campo separado na própria fatura a vencer.

Além disso, nos termos do art. 4º, a declaração deverá conter a informação que ela substitui as quitacoes mensais dos débitos do ano a que se refere e dos anos anteriores, para fins de comprovação de adimplemento das obrigações do consumidor.

Por fim, o art. 5º da Lei n. 12.007/2009 é expresso ao dizer que o prestador de serviços que descumprir essa obrigação de enviar a declaração de quitação anual aos seus consumidores, nos termos da supracitada lei, poderá incorrer nas penalidades constantes na Lei n. 8.987/1995, diploma que regulamenta a concessão e permissão para a prestação de serviços públicos, e nas penas cominadas pela legislação de defesa do consumidor, no que for cabível.

Do exposto, denota-se que a instituição da obrigação de as prestadoras de serviço expedirem anualmente uma declaração de quitação de débitos, tem por base a proteção do consumidor, parte vulnerável na relação de consumo, dando-lhe maior segurança.

3. A quitação da rescisão contratual do art. 477, CLT e Súmula n. 330, TST

Agora, já nos preparando para atracar em território laboral, o objeto de uma breve análise passa a ser a quitação dada no ato da rescisão contratual. Aqui, talvez até mais do que no tópico anterior, é necessária uma certa dose de atenção para perceber as similitudes e divergências entre um e outro instituto, a fim de não os confundir, seja quanto ao momento de sua aplicação, seja quanto sua eficácia ou, ainda, seja quanto a intensidade com que vigora a autonomia das partes quando são invocados. Apontam os parágrafos do art. 477, CLT, que:

§ 1º O pedido de demissão ou recibo de quitação de rescisão, do contrato de trabalho, firmado por empregado com mais de 1 (um) ano de serviço, só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho e Previdência Social.

§ 2º O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.

§ 3º Quando não existir na localidade nenhum dos órgãos previstos neste artigo, a assistência será prestada pelo Represente do Ministério Público ou, onde houver, pelo Defensor Público e, na falta ou impedimento deste, pelo Juiz de Paz.

§ 4º O pagamento a que fizer jus o empregado será efetuado no ato da homologação da rescisão do contrato de trabalho, em dinheiro ou em cheque visado, conforme acordem as partes, salvo se o empregado for analfabeto, quando o pagamento somente poderá ser feito em dinheiro. [...]

Nestes dispositivos, o legislador se propôs a regulamentar uma parte fundamental do procedimento que declara morto o contrato de trabalho: a quitação. Optou-se, quando da edição da CLT, pela necessidade de discriminação de cada uma das parcelas às quais se pretende dar quitação, pelo mesmo motivo que se impede, por exemplo, o salário complessivo: permitir que se afira com exatidão quais as parcelas que estão efetivamente sendo quitadas, vedando-se a possibilidade de recibos genéricos, que só obscurecem e tornam confuso o trabalho de biópsia do falecido contrato (cf. § 2º). Inclusive, vale dizer, a não discriminação das parcelas, seja quando da quitação anual, seja quando da rescisão, pode tornar nulo o ato, ensejando a necessidade de nova quitação. É o que indica o art. 9º da CLT⁽¹⁾.

Exige-se, para que válida a quitação, a assistência do sindicato da categoria ou a presença de uma autoridade do Ministério do Trabalho e Emprego, desde que o empregado tenha mais de um ano de serviços prestados — com exceção do empregado doméstico, que não se submete a este rito procedimental por ausência de previsão legal⁽²⁾. Essa quitação somente será válida para as parcelas especificadas no termo ou recibo.

[...] isso significa que os pagamentos devem ser especificados, claramente vinculados à respectiva parcela; ou seja, não se considera próprio recibo trabalhista genérico, sem referência clara a parcelas e valores abrangidos. A propósito, mesmo ao longo do contrato, a jurisprudência tem considerado impróprios recibos genéricos, que

(1) Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

(2) Apesar disso, entende-se minoritariamente que, nos termos do art. 19 da Lei Complementar n. 150/2015, que dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico, fica autorizada a CLT em caráter subsidiário, o que dá espaço para entendimento no sentido contrário ao exposto, que permite a exigência da formalidade em questão, sobretudo quando se busca apoio na principiológica trabalhista.

englobem em um único pagamento, diversas parcelas salariais: trata-se do *salário complessivo*, vedado pela ordem jurídica (Súmula n. 91).⁽³⁾

A jurisdição trabalhista já foi invocada para pavimentar o art. 477, e o fez nos seguintes termos:

Súmula n. 330 do TST – QUITAÇÃO. VALIDADE (mantida) – Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.

I – A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, consequentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo.

II – Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

Conforme a Súmula, a quitação passada pelo empregado ao empregador, desde que validada através do cumprimento dos mencionados pressupostos legais, possui eficácia liberatória do empregador quanto as parcelas ali expressamente consignadas.

Em outras palavras, a Súmula aponta, em seu item I, que a quitação dada não abrange as parcelas que não foram consignadas no recibo e, tampouco, seus reflexos em outras parcelas, mesmo que estas sim constem expressamente do recibo.

Em continuidade, o item II da Súmula declara a necessidade de se especificar o período ao qual se está dando quitação, já que não serão

consideradas quitadas parcelas fora do lapso temporal apontado.

4. A quitação quinquenal do revogado art. 233 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88).

Este é o instituto que mais se assemelha a quitação trazida pela Lei n. 13.467/2017. Revogado pela EC n. 28/2000, o art. 233, CR/88 contava com a seguinte redação:

Art. 233. Para efeito do art. 7º, XXIX, o empregador rural comprovará, de cinco em cinco anos, perante a Justiça do Trabalho, o cumprimento das suas obrigações trabalhistas para com o empregado rural, na presença deste e de seu representante sindical.

§ 1º Uma vez comprovado o cumprimento das obrigações mencionadas neste artigo, fica o empregador isento de qualquer ônus decorrente daquelas obrigações no período respectivo. Caso o empregado e seu representante não concordem com a comprovação do empregador, caberá à Justiça do Trabalho a solução da controvérsia.

§ 2º Fica ressalvado ao empregado, em qualquer hipótese, o direito de postular, judicialmente, os créditos que entender existir, relativamente aos últimos cinco anos.

§ 3º A comprovação mencionada neste artigo poderá ser feita em prazo inferior a cinco anos, a critério do empregador.

A referida emenda, além de revogar este artigo, também modificou o art. 7º, XXIX, CR/88, estendendo ao empregado rural o prazo quinquenal de prescrição, o que dava fim a uma das maiores diferenças entre contratos urbanos e rurais: a ausência de prescrição outra que não a de dois anos para estes últimos⁽⁴⁾. Em outras palavras, o intento do constituinte

(4) Diferença essa que, a despeito da citação que segue, nos parece uma opção legislativa com fundamentos na isonomia, dadas as diferenças fáticas entre a situação do empregado rural e do empregado urbano. A equiparação dos prazos prescricionais pelo constituinte não parece acertada, porque trata igualmente situações com consideráveis diferenças.

(3) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

reformador, neste momento, foi o de substituir a quitação quinquenal por um prazo prescricional.

O art. 233 começa fazendo menção expressa à prescrição já tradicional do trabalhador rural; prescrição que tantos protestos sempre causou, por parte dos fazendeiros, com apoio, aliás, da doutrina trabalhista, que jamais se conformou com um favorecimento tão injusto em relação ao trabalhador urbano, e, segundo alguns, até antijurídico.⁽⁵⁾

A quitação era absurdamente problemática, sendo muitas as dificuldades práticas de sua manutenção. Deixar a segurança jurídica a cargo do tempo pareceu, aos reformistas, uma ideia melhor.

5. O termo de quitação anual trabalhista

Enfim, se a sorte permitir que a metodologia aqui empregada seja certa, este é o momento mais apropriado para a exploração atomizada do instituto que deu azo ao presente trabalho. Conforme exposto, o art. 1º da Lei n. 13.467/2017 instituiu o art. 507-B na CLT, por meio do qual se possibilita que empregador e empregado firmem termo de quitação anual de obrigações trabalhistas. Determina o dispositivo que:

Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.

Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.

A partir da entrada em vigor da reforma trabalhista, portanto, será possível que um simples acordo entre empregador e empregado,

desde que observados determinados pormenores legais, dê fim a qualquer discussão quanto a débitos passados. O referido termo pode ser celebrado na vigência ou não do contrato de trabalho, desde que na presença do sindicato dos empregados da categoria.

Traz ainda, o parágrafo único do supracitado artigo, a necessidade de que as obrigações das quais se declarará a quitação, com eficácia liberatória, estejam exaustivamente discriminadas no termo, a fim de que o empregado anua com a total liberação.

Trata-se de um artigo simplório, sem muitos detalhes, que não especifica sequer a data referência na qual a sua periodicidade ocorrerá, ampliando a margem de discricionariedade. A título de exemplo, é possível o norteamento pela data de aniversário do contrato de trabalho, pelo final do ano corrente ou, ainda, pela data-base da categoria, entre outras. Enfim, apenas se especifica a necessidade de presença do sindicato da categoria, relegando ao sindicato a obrigação de fiscalizar a higidez do termo, prática essa que não é de todo estranha às relações de trabalho.

5.1. A faculdade da quitação

Neste exercício de desmembramento do instituto, nota-se que o primeiro elemento do composto que lhe dá vida é a facultatividade.

Antes de qualquer outra coisa, vale dizer que, com a opção legislativa pela não regulamentação do art. 7º, CR/88⁽⁶⁾, seguida da opção do governo de Fernando Henrique Cardoso pela denúncia da Convenção n. 158 da OIT⁽⁷⁾,

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

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

(7) A Convenção n. 158 da OIT fora aprovada e promulgada através do Decreto 1.855/1996; No mesmo ano, contudo, foi tornado público pelo Decreto 2.100 que deixaria de vigorar em território brasileiro, dado o registro da denúncia feita pelo governo

(5) ALMEIDA, Isis de. A prescrição para o trabalhador rural e o art. 233 das disposições gerais da Constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade Federal de Minas Gerais, v. 33, n. 33, 1991.

em 1996, e com a opção do judiciário por protelar o julgamento da ADI 1.625⁽⁸⁾, esvaziou-se de sentido, no campo fático, a facultatividade.

O poder de barganha do empregado, sobretudo individualmente, sempre foi apequenado e, máxime em tempos de crise econômica, quando se torna ainda mais frágil. Não por outra razão, a reforma trabalhista elasteceu significativamente o livre espaço volitivo nos contratos de trabalho, deixando a cargo das próprias partes decidir como e em que medida será preenchido este espaço.

Em síntese, o proselitismo em favor da liberdade é sempre um desfavor para aquele que não pode realmente ser livre, e, não parece arriscado dizer que, aqui, é este o caso.

O empregado fica, portanto, a partir da entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, por regra, obrigado a ver enterrados seus direitos de ontem, sempre que for convidado a ser parte num termo de quitação anual.

5.2. O momento da quitação

O segundo fragmento do instituto que merece atenção é o momento da quitação. Aqui, inclusive, é lar do ponto distintivo desta quitação e daquela outra, dada quando da rescisão contratual. A quitação dotada de eficácia liberatória geral, quando passada ao final do contrato, já é um tanto quanto problemática. Primeiro, que o controle de jornada é feito pelo empregador; depois, que o Brasil, apesar dos recentes avanços nesse quesito, ainda é o 8º país do mundo com o maior número de analfabetos entre adultos⁽⁹⁾, o que demonstra,

brasileiro junto à OIT. O argumento para o precoce falecimento da proteção à despedida arbitrária foi o de que a internalização de Tratados no complexo normativo brasileiro culmina numa Lei Ordinária, e o Constituinte exigira, para regulamentação da matéria, Lei Complementar.

(8) A referida Ação de Inconstitucionalidade foi ajuizada em 1997, e até hoje se arrasta no STF. É pedido vista após vista, e a questão, por opção política, ao que tudo indica, se arrastará, ainda, por mais uns bons anos.

(9) Os dados são da pesquisa do PNAD, disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2017.

a grosso modo, a hipossuficiência também intelectual que acompanha parcela considerável dos empregados brasileiros.

A quitação anual, contudo, vai muito além. Ao permitir que a quitação seja dada no curso do contrato de trabalho, no auge da disparidade de forças, torna fadada ao desalento os direitos que ficam para trás. A grosso modo, o que se fez, na prática, foi diminuir o lapso temporal dos efeitos inerentes a prescrição, que, *mutatis mutandis*, guardam lá suas similitudes com os do objeto em estudo.

5.3. A fiscalização sindical

Um terceiro fragmento da norma que merece destaque é o já antes enfatizado, mas agora pormenorizado, que diz respeito a necessidade da atuação do sindicato da categoria.

Poderia ser apontada como objeção à linha de raciocínio seguida até aqui, de que há, no momento da quitação, uma grotesca disparidade de forças, a presença do sindicato como fiscal dos termos da quitação. É que, como se sabe, o sindicato, em teoria, mesmo quando presente como simples fiscal, hipertrofia o empregado, dotando-lhe de confiança e poder de barganha. Essa objeção ainda parece pertinente, mas perde força num outro momento, ainda dentro da Lei n. 13.467/2017.

É que a reforma trabalhista alterou os arts. 578, 579 e 582 da CLT, instituindo um regime de faculdade para o pagamento das contribuições sindicais até então compulsórias. A despeito de ser possível tecer, sem maiores esforços, diversas críticas a antiga compulsoriedade da parcela, a retirada da obrigatoriedade com a manutenção de um sistema sindical privado de competitividade (o sistema de unicidade) e, sobretudo, de universalidade de conquistas sindicais (extensíveis a sindicalizados e não sindicalizados)⁽¹⁰⁾, fere de morte os sindicatos,

(10) É que o mundo vive, hoje, um estado de regresso ao individualismo, de falta de confiança nas entidades coletivas (partidos, sindicatos e mesmo o próprio Estado). A falta de coletivismo, somada ao mito da total inefetividade sindical e, por fim, temperada

que terão sua viabilidade existencial abalada e, ainda mais abalada sua capacidade de exercer com firmeza as funções que lhe são legalmente atribuídas. Isto é, num momento pós-reforma, se torna questionável a eficácia e eficiência de qualquer função protetiva cujo exercício foi confiado aos sindicatos.

Em outras palavras, o sindicato, com a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, terá de se preocupar, na maior parte do tempo, com a sua própria subsistência, e com constantes tentativas de se reinventar. O emprego de esforços nas funções que lhe forem delegadas, inclusive esta, de fiscal da quitação anual, provavelmente serão relegadas ao segundo plano, e não contarão com o necessário denodo que justificaria o raciocínio de que o empregado encontraria ali, refúgio, proteção e hipertrofia.

Um ponto também questionável que merece espaço neste tópico diz respeito a própria capacidade do sindicato de verificar a convergência ou não da papelada apresentada e a realidade fática. É dizer: qual é o poder instrutório que dispõe um sindicato, sobretudo nas condições já enunciadas, para perquirir fatos não documentados? Não é nenhuma novidade que, quando se trata de relação de emprego, há uma enorme gama de variáveis e elementos que devem ser extraídos do mundo fático, e não do complexo documental. Deve haver uma primazia da realidade sobre a forma. Neste sentido, qual a possibilidade do sindicato de levar em conta este tipo de peculiaridade do mundo trabalhista, sem macular o Princípio da Primazia da Realidade?

com o discurso do empreendedorismo de si mesmo, com a perda de centralidade da relação de emprego, redundaram, sem dúvida, em um desestímulo para a contribuição de não sindicalizados com o sindicato. Caso as conquistas coletivas dos sindicatos, como as Convenções e Acordos Coletivos, se estendessem apenas aos sindicalizados, haveria um motivo, mesmo dentro da lógica do individualismo, para contribuir: o retorno valeria, claramente, a pena. Contudo, a lógica da benesse universal, seja para sindicalizados ou não, obscurece a importância da contribuição, enfatizando um raciocínio míope de curto prazo, que se resume a: “Me beneficiarei contribuindo ou não. Logo, não contribuir me é mais rentável”.

Por fim, ainda dentro deste fragmento, é importante lembrar que é invocável, pelo empregado que se sentir lesado, a responsabilidade do Sindicato de sua categoria a que faltar prudência e cuidado, nos termos do art. 186 do Código Civil.

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

O dispositivo, se utilizado de forma acertada e, sobretudo, se dele se lançar mão recorrentemente, pode ser ferramenta de zelo forçoso, por parte dos sindicatos, no que toca a observância de suas obrigações.

5.4. A eficácia liberatória geral

O parágrafo único cristaliza algo que já havia sido sedimentado pela jurisprudência no que diz respeito a quitação quanto as verbas rescisórias: a quitação tem uma eficácia liberatória geral quanto às parcelas expressamente especificadas. Isso significa que, em regra, não será possível rediscutir as parcelas a que foi dada quitação. Por consequência lógica, é possível que o empregado leve à justiça do trabalho discussão acerca das parcelas não consignadas no termo de quitação e, inclusive, seus eventuais reflexos, mesmo nas parcelas consignadas.

Inclusive, sobre o termo “parcelas”, nunca é demais reforçar a crítica doutrinária que se faz, quanto ao seu uso. A terminologia equivocada, que deve dar espaço a “valores”, poderia induzir a erro o aplicador do Direito, ao sugerir que não podem ser rediscutidos institutos, e não valores. A título de exemplo, se, numa análise emantada pela primazia da realidade se chegar à conclusão de que o valor pago pelas 25 horas extras trabalhadas pelo empregado no curso do ano ao qual se dá quitação, foi de R\$ 1.000,00, embora fossem devidos R\$ 3.000,00, não se deve considerar quitada a parcela, e sim o valor pago, o que implica na possibilidade de cobrança judicial dos outros R\$ 2.000,00, até para que não se configure ofensa ao Princípio

da Irrenunciabilidade, tão quisto e necessário no universo trabalhista.

De toda forma, é importante notar que, além da restrição espacial, que garante a eficácia liberatória geral somente ao que constar expressamente do contrato, deve ser também levada em conta uma restrição temporal. Em outras palavras, deve estar exposto, também, a que lapso temporal se refere a quitação, sob pena de possibilidade judicialização de parcelas relativas ao período não consignado.

A eficácia liberatória geral parece ter lá suas razões de ser. Um dos fundamentos que a embasa é, por exemplo, a diminuição do número de demandas: se ambas as partes concordaram que tudo o que uma devia a outra está acertado, e foi corretamente pago, não há motivo para posterior judicialização. O problema desse raciocínio, como aqui já exaustivamente enfatizado, é que numa relação vertical (sobretudo no decurso dela, e não quando já póstuma), sem espaço para a manifestação assertiva de vontade de uma das partes, a liberdade não é verdadeira, e engessar o resultado de um acordo de uma só vontade, é matar o direito do outro. Resolver o problema do número de demandas com uma represa feita não de pedras, mas de pessoas, é, num claro exercício de manutenção da postura, *errado*.

Outro argumento invocável é o da Segurança Jurídica: não se pode deixar o empregador nas mãos do empregado que, depois de alguns anos, ajuíza ação cobrando retroativamente uma série de parcelas, e causa estrondoso prejuízo. Ora, é sob este pretexto que existem institutos como, por exemplo, o da prescrição. Além do que, há uma completa inversão dos valores da própria segurança jurídica, que, no já ressaltado contexto disparidade de poder, gerará clara (in)segurança para o empregado.

5.5. Do fundamento de existência do instituto: a que veio?

A essa altura, já parece cristalino que o objetivo do instituto é diminuir o acesso do

trabalhador ao judiciário, em claro desprestígio do Estado Democrático de Direito e ao próprio Poder Judiciário Trabalhista.

Parece ser este o melhor momento, inclusive, para deixar clara a mencionada distinção entre a quitação anual trabalhista e a quitação anual consumerista, da Lei n. 12.007/2009. O ponto de distinção, que se alastra como um vírus, contaminando todo o instituto, é a alteração do próprio fundamento de existência da quitação anual. É como se houvesse a pretensão de importar de um outro ramo do Direito uma bandeira branca, e a encomenda fosse um fuzil. Inverteu-se completamente o sentido do instituto. Em outras palavras, a reforma trabalhista transforma o sentido primeiro que a Lei n. 12.007/2009 dá ao mecanismo de natureza tuitiva, de proteção da parte vulnerável da relação de consumo, pois, ao invés de proteger a parte hipossuficiente da relação de emprego, concentra mais força nas mãos de quem já majoritariamente o detém. Em território consumerista, o instituto nasce para prestigiar a isonomia, mas no processo de sua transposição para o Direito do Trabalho, é corrompido, subvertido, e desembarca no Direito do Trabalho como um agente contra qualquer noção de isonomia que se queira dar.

Novamente o legislador pretende a quitação ampla, geral e irrestrita pela comprovação de quitação perante o sindicato (Súmula n. 330 TST). Não se quita o que não está pago. A quitação do que foi pago já está prevista no art. 477, p. 2º da CLT. Criar a possibilidade de quitação anual geral em relação a cada parcela mencionada, na vigência do contrato, quando o empregado está presumidamente submetido às ordens do patrão é de duvidosa liberdade de vontade. Ora, se os recibos bastam para a comprovação das obrigações trabalhistas, qual o motivo para a quitação em sindicado? Claro que a intenção foi a de obter a eficácia liberatória geral, gerando o enriquecimento sem causa.⁽¹¹⁾

(11) CASSAR, Volia Bomfim. *Reforma trabalhista: comentários ao substitutivo do Projeto de Lei n. 6.787/16*.

6. Conclusão

Pormenorizando, é latente a inconstitucionalidade do novo art. 507-B, CLT, cuja principal afronta é o art. 5º, XXXV, CR/88⁽¹²⁾, com claro desprestígio, também, dos Princípios da Irrenunciabilidade, Primazia da Realidade sobre a Forma e Proteção.

A quitação anual deveria, num ritmo ainda mais acelerado do que o que lhe ditou o nascimento (se é que isso é possível), ser retirada do ordenamento, seguindo seu predecessor no âmbito rural, o antigo art. 233, CR/88, revogado pela EC n. 28/2000, que, por ter idêntico intuito e um sem fim de dificuldades práticas quanto sua aplicação, seguiu rumo ao esquecimento.

De toda sorte, pelo tempo que permanecer no ordenamento, será exigida dos atores do Direito toda a desenvoltura que pode haver, a fim de contornar todas as dificuldades que o dispositivo traz consigo.

7. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Isis de. A prescrição para o trabalhador rural e o art. 233 das disposições gerais da constituição de 1988. *Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 33, n. 33, 1991. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/viewFile/1430/1359>>. Acesso em: 23 set. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 14 fev. 1995. p. 1917. Disponível em: <[http://legislacao](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.987-1995?OpenDocument)

[planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.987-1995?OpenDocument](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%208.987-1995?OpenDocument)>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Congresso Nacional. *Lei n. 12.007, de 29 de julho de 2009*. Poder Executivo, Brasília, DF, 30 jul. 2009. p. 4. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112007.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Congresso Nacional. *Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 14 jul. 2017. p. 1. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2013.467-2017?OpenDocument>. Acesso em: 23 set. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Diário Oficial. Poder Executivo, Brasília, DF, 9 ago. 1943. p. 11937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 23 set. 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Reforma trabalhista: comentários ao substitutivo do Projeto de Lei n. 6.787/16*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/wp-content/uploads/2017/04/Artigo-sobre-a-Reforma-Trabalhista.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MIESSA, Élisson e CORREIA, Henrique. *Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/wp-content/uploads/2017/04/Artigo-sobre-a-ReformaTrabalhista.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2017.

(12) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Aspectos da reforma trabalhista quanto à duração do trabalho — avançando perigosamente para o passado?

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani^(*)

Resumo:

- ▶ Com o advento da Lei n. 13.467/2017 (a “Reforma Trabalhista” brasileira), algumas questões devem ser formuladas. A situação do trabalhador brasileiro mudou a ponto de se poder dispensar a proteção tradicional do Direito do Trabalho? A nova lei preserva a condição jurídica de dignidade do trabalhador conquistada durante o século XX? O meio ambiente do trabalho equilibrado resta igualmente preservado? O presente artigo debruça-se sobre tais questões, para afinal concluir que, mais do que antes, o Direito do Trabalho segue fundamental para a integridade do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave:

- ▶ Reforma trabalhista brasileira — Lei n. 13.467/2017 (Brasil) — Valor social do trabalho — Meio ambiente do trabalho.

Abstract:

- ▶ With the advent of the Federal Act n. 13.467/2017 (Brazilian “labour reform”), some questions must be asked. Has the situation of the Brazilian worker changed to the point where traditional protection of labour law can be discarded? Does the new legislation preserve the legal status of the worker’s dignity conquered during the twentieth century? Is the balanced environment work preserved too? The present paper deals with such questions, in order to conclude that, more than before, Labor Law remains fundamental to the integrity of the democratic State based on the rule of law.

Key-words:

- ▶ Brazilian labour reform — Federal Act n. 13.467/2017 (Brazil) — Social value of labour — Work environment.

(*) Desembargador Federal do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Integrante da Academia Nacional de Direito Desportivo.

O que alguns queriam e vários outros temiam, que o projeto de reforma trabalhista se transformasse em lei, aconteceu; agora, portanto, é hora de “arregaçar as mangas”, estudar as novas disposições legais, que visam/versam aplicações concretas do Direito do Trabalho, sem relegar ao oblívio — imagino —, o que justifica e qual a razão de ser desse frondoso ramo da árvore jurídica, o qual, também e como todos os demais, deve respeito e integral obediência à Constituição, e há de cumprir/honrar os tratados e convenções internacionais que o Brasil firmou e ratificou, como também não deve, nem pode, apartar-se do estágio atual dos estudos acerca da interpretação/aplicação das leis, dando a devida consideração à visão do ordenamento jurídico como um todo (lembrando que a lei não contém todo o direito), não sendo as normas trabalhistas um mundo à parte, que podem e/ou têm o direito de ignorar o resto desse mesmo ordenamento, desprezando a valiosa contribuição que podem dar (*rectius*: efetivamente dão!) seus princípios e regras, sua doutrina e jurisprudência, sempre tendo em vista a razão final e maior de tudo: a dignidade da pessoa humana, no nosso caso, cuidando da dignidade humana da pessoa que vive-do-seu-trabalho, por conta de um contrato de trabalho, ou não deveria/deve ser assim?

Os novos dispositivos, em verdade, são, quase todos, muito “duros”, para com a visão tradicional do Direito do Trabalho, parecendo querer romper, apagar do cenário jurídico e/ou deixando apenas como estudo de um direito que não existe mais, a não ser na memória de um passado que se foi, toda a visão, todos os ensinamentos de reconhecidos e valorosos mestres, que com grande sabedoria e de maneira irrefutável, explicaram o porquê de existir e existir do modo que existia (existia?), o Direito do Trabalho, que, na visão dos arautos da mudança, hodiernamente, se constitui (o Direito do Trabalho que se conheceu/conhece até hoje) num entrave, já que a CLT é antiga, da década de 1940 do século passado, logo, com normas ultrapassadas, acabando por incentivar/

alimentar a litigiosidade, recebendo a Justiça do Trabalho quantidade absurda de processos por ano, além do que as leis trabalhistas tiram a competitividade dos produtos brasileiros e um empregado já não precisa de tanta proteção, e outros “argumentos” mais, na mesma linha de raciocínio, e utilizados de forma distorcida!

Entretanto, para um posicionamento mais seguro, creio que, à partida, algumas perguntas devem ser feitas e sinceramente respondidas, tais como: a situação do trabalhador brasileiro mudou, a ponto de ser possível dispensar a proteção que o Direito do Trabalho sempre lhe conferiu, de modo a justificar, ou melhor, ser justa/correta a ideia de que pode ser tão intensamente mitigada, como é feito e/ou representa um ponto de partida para inúmeras das prescrições da nova lei? A dignidade da pessoa humana do trabalhador estará preservada ou ficará, num sem-número de situações expostas/sujeitas a agressões/desrespeito? E o meio ambiente de trabalho equilibrado, como obrigação de rasgo constitucional, não restará, em várias situações, comprometido?

No que toca ao primeiro questionamento, difícil conceber como dispensar e/ou mitigar a proteção que o Direito do Trabalho tem por missão conferir ao trabalhador (e razão de ser da implicância de muitos para com ele), numa quadra em que se depara, em nosso País, com milhões de desempregados (fala-se em mais de treze milhões!), e que, por conta disso mesmo, entre outros motivos, um trabalhador, para ter e/ou manter seu emprego, tende a aceitar tudo e mais ainda, ante o mais do que justificado pavor de não consegui-lo ou perdê-lo, como consta de artigo escrito pelo signatário deste singelo estudo, em conjunto com competente estudiosa dos temas laborais:

“Não é preciso ser um profundo conhecedor da alma do indivíduo empregado para saber o pânico que lhe toma a alma e atinge-o no mais recôndito do seu ser, a só menção da palavra desemprego; aliás, em muitos casos, nem sequer é preciso mencioná-la,

tudo faz lembrá-la: os noticiários dos meios de comunicação, os vizinhos sem trabalho, a massa de pessoas à procura de emprego nas ruas, o próprio ambiente de trabalho, o humor dos superiores hierárquicos, a disputa ou o isolamento entre os colegas de serviço, uma legislação que permite, regra geral, a ruptura do vínculo contatual sem maiores dificuldades etc.”⁽¹⁾

Assim e para dizer o mínimo, houve grande insensibilidade e/ou pouca (nenhuma?) preocupação com a sorte de milhões de trabalhadores, ao se propor, no momento atual, uma mudança que parte do “pressuposto” de que um trabalhador, num quadro dantesco de desemprego, tem “força” ou igualdade que permita-lhe negociar e recusar quando lhe convier, alguma diretiva que seu empregador nele seja observada, na relação entre ambos.

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

Ainda, quanto ao argumento “crise”, é preciso considerar que há recebê-lo com muita cautela, grande reserva e muita desconfiança, pois, como lembram Patrícia Dittrich Ferreira Diniz e Marco Antônio César Villatore, citando posicionamento de Joseph Alois Schumpeter⁽²⁾:

“Por fim, ele assegura que a crise é essencial para o desenvolvimento do capitalismo, inclusive chamando-a de destruição-criativa,

uma vez que em razão de determinado distúrbio, no sistema, o capitalismo precisa ser criativo e se reinventar para sobreviver.”

Vale citar a observação de Antônio Casimiro Ferreira, de que⁽³⁾:

“Neste sentido, e em muitos casos, a crise tem sido utilizada como mais uma oportunidade de subordinar os trabalhadores individuais, os governos e mesmo sociedades inteiras ao ritmo dos mercados do capitalismo global. Quanto aos trabalhadores, os sucessivos pacotes de austeridade agravam as situações de trabalho precário e de fragilidade laboral, evidenciando que a função de pagar a crise recai sobre as pessoas, suas famílias e pensionistas.”

Por seu turno, no “Dicionário das Crises e das Alternativas”, dos investigadores do Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra, na palavra crise, está dito que⁽⁴⁾:

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

Foi criado um clima de terror, com intenso uso da cultura do medo, para que as pessoas passassem a acreditar na absoluta necessidade das modificações propostas, as quais foram já adotadas, em alguma medida, talvez nem tão insensível em outros países, sob os mesmos pretextos, mas sempre sem o sucesso alardeado, o que demonstra o acerto do asserto de que “O texto respira o ar do seu contexto”,

(1) LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina;GIORDANI, Francisco A. M. P., A influência da necessidade na atuação sindical. In: VIDOTTI, Tércio José; GIORDANI, Francisco A. M. P. Giordani (Coords.). *Direito coletivo do trabalho em uma sociedade pós-industrial – Estudos em homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen*. São Paulo: LTr, p. 296. 2003.

(2) DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira; VILLATORE, Marco Antônio César. Capitalismo, crise econômica e a preservação dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas transformações ocorridas no mercado de trabalho, em especial, a propalada reforma trabalhista”, “direitos fundamentais e justiça. *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, ano 07, n. 25, p. 196, out./dez. 2013.

(3) FERREIRA, Antônio Casimiro. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica Editorial, 2012. p. 12.

(4) Dicionário das crises e das alternativas, dos investigadores do Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra. Coimbra: Almedina, 2012. p. 68.

que José de Melo Alexandrino em artigo de sua larva, atribui ao Presidente do Tribunal Constitucional, em Seminário que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 23.4.2014.⁽⁵⁾

Todavia, ficou/fica por demonstrar, mais uma vez e como sempre, qual a relação entre os níveis de proteção do emprego e os números de desemprego, que sempre se fala, “se joga no ar”, mas não se demonstra, como pondera o grande Prof. João Leal Amado⁽⁶⁾:

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

Fato esse que fragiliza a coluna vertebral da argumentação acerca da necessidade das medidas adotadas, ou não?

Relativamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, antes do mais, há recordar lição do preclaro Celso Antônio Bandeira de Melo, para quem:

“A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos.

6. Como se sabe, as normas jurídicas não são conselhos, opinamentos, sugestões. São determinações. O traço característico do direito é precisamente o de ser disciplina obrigatória de condutas. Daí que por meio das regras jurídicas não se pede, não se pede, não se exorta,

não se alvitra. A feição específica da prescrição jurídica é a imposição, a exigência.”⁽⁷⁾

Parece que esse “aspecto” da Constituição não foi muito (ou quase nada) observado pelo legislador reformista, o qual ainda olvidou o peso/valor que possui o princípio da dignidade da pessoa humana na nossa Lei Maior, atento a que, como superiormente dito pelo inesquecível mestre Antonio Junqueira de Azevedo⁽⁸⁾, “o princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida. A dignidade impõe, portanto, um primeiro dever, um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana (...) Em seguida, numa ordem lógica, e como consequência do respeito à vida, a dignidade da base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais)”; aliás, essa magna relevância do princípio em tela nem precisaria/precisa de maior desenvolvimento para justificá-la, porquanto “o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, inciso III, da Carta Magna, como fundamento estrutural da Nação, e que merece, portanto, ser interpretado como o princípio maior ou determinante no âmbito constitucional e geral. Tal princípio poderia até ser denominado ‘princípio dos princípios’, na medida em que constitui o núcleo essencial do Estado Democrático de direito — posto que na essência não há democracia, e nem mesmo direito, se não houver a efetiva concretização do princípio estruturante da dignidade da pessoa humana.”⁽⁹⁾

E, na quadra atual, interpretação que não leva na devida conta um princípio que deva ser

(5) ALEXANDRINO, José de Melo. Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades. RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luis Pereira (Coords.). *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaio Críticos*. Coimbra: Almedina, jun. 2014. p. 56.

(6) AMADO, João Leal. O direito do trabalho, a crise e a crise do direito do trabalho. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João pessoa, vol. 04, n. 08, p. 185, jul./dez. 2013.

(7) MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácias das normas constitucionais e direitos sociais*. Curitiba: Malheiros, 2009. p. 11.

(8) AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudo e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 13.

(9) COCUTTO, Ailton. *Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social*. Curitiba: Malheiros, 2008. p. 13-14.

observado na situação enfocada, não é/será uma interpretação bem feita, o que é um ensinamento do insigne Rizzato Nunes, *verbis*⁽¹⁰⁾: “nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio”, e assim há entender, de vez que “os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos).”⁽¹¹⁾

Não resisto e precipito a indagação: a reforma aprovada, observa o que a Carta Política traçou para o cidadão trabalhador? Os princípios que a Lei Maior traz, e que são expressões contidas em seu texto de valores que a nossa sociedade possui e preza estão sendo respeitados com a reforma aprovada? O perfil/mandamento do princípio da dignidade humana, não é espancado ao se sujeitar um empregado que trabalhe em regime de sobrejornada de forma frequente ou de forma incerta quando aos dias e horas, mas que existirá e será exigida, e com intervalo reduzido para repouso e alimentação, o que poderá contribuir para uma maior ocorrência de acidentes do trabalho? Isso é “modernidade”?

Vale acrescentar que cumpre seja assegurado ao trabalhador um meio ambiente de trabalho equilibrado (inteligência dos arts. 7º, tanto em seu *caput* como no inciso XXII, 200, VIII e 225, todos da Carta Política), com o que, à evidência, não se harmonizam jornadas longas, diárias ou ao sabor dos interesses/necessidades do empregador (o que, se deve ser atendido — e deve mesmo, quando necessário, observados os mandamentos pertinentes contidos na Magna Carta, nos limites do possível e desde que sem magoar as capacidades física e psíquica do trabalhador e sem olvidar de que ele é também

um ser social, que há de viver e interagir em e na sociedade, e que, na esmagadora maioria, tem família e filhos, que de sua presença, cuidados e orientação precisam —, há de sê-lo de modo a não extenuar o trabalhador) algumas até em condições de insalubridade, intervalos para repouso e alimentação reduzidos.

Curioso lembrar que, do preâmbulo da Constituição Federal da Suíça, consta que “a força da comunidade é medida pelo bem-estar dos mais fracos de seus membros”, se medida por esse critério a força da nossa comunidade, a partir da reforma, será e estará bem fra...ca (mal consigo articular a palavra de uma só vez, antecipando/sentindo/imaginando a fraqueza já de todos, pois que lá se fala em força da comunidade, o que está certo, pois, todos nós (ou quase todos) estamos e sofreremos os efeitos dessa reforma, os trabalhadores mais diretamente num primeiro momento, as empresas (mormente as pequenas e médias) num segundo momento, com a queda do já modesto poder de compra dos trabalhadores, e depois, certamente, a sociedade toda, todos nós, sentiremos os efeitos e as consequências dessa reforma, que não considera, devidamente, tudo isso, e que faz ouvidos moucos do alerta lançado pela preclara jurista Claudia Lima Marques, no sentido de que: “*Realmente, o futuro do Direito brasileiro deve começar pela proteção dos mais fracos, dos mais vulneráveis, com diálogo e respeito às diferenças*”⁽¹²⁾, e isso é muito sério: estamos voltando as costas, com essa reforma, às necessidades dos trabalhadores, num momento, como asseverado nas linhas transatas, em que eles, pela sua vulnerabilidade/hipossuficiência, tanto precisam das preocupações da sociedade, traduzida

(10) NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 19.

(11) ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed., 2. tir., atualizada por Rosolêa Miranda Folgosi. Curitiba: Malheiros, 2001. p. 34.

(12) MARQUES, Claudia Lima. A vulnerabilidade dos analfabetos e dos idosos na sociedade de consumo brasileira: primeiros estudos sobre a figura do assédio de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate (Orgs.). *Novas tendências do direito do consumidor – Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor*. São Paulo: Thompson Reuters/Revista dos Tribunais, 2015. p. 46.

essa preocupação também num Direito do Trabalho que não ignore sua realidade, de parte mais fraca, e que corre o risco (*rectius*: está/estará na contingência/iminência de se submeter a contratos que precarizam mais sua situação e lhe forçarão ao cumprimento de longas e extenuantes jornadas de trabalho, e por malabarismos ‘legais’, sem sequer receber pelas horas extras prestadas!); arrisco, então, outra pergunta: a quem interessa tudo isso?

Pelo que se está desenhando, se cuidados não forem tomados, não haverá mais estado de Bem-Estar Social, o pouco que temos, podendo existir:

ESTADO PENAL OU ESTADO DE SUJEIÇÃO LABORAL (como pode/poderá ser denominado o estado após a Lei n. 13.467/2017 entrar efetivamente em vigor)

Quanto ao bem...

Interessante/preocupante a observação que nas linhas seguintes se reproduz: “*O agigantamento do Estado punitivo tem sido uma constante, a tal ponto que até mesmo as garantias e direitos fundamentais, obra de fortes resistências e lutas políticas, têm sofrido sensíveis violações. Isso tudo tem ocorrido num ambiente de normalidade institucional e sob a égide da Constituição cidadã, ainda que ao seu arrepio. Esse fato torna-se mais grave e preocupante, por que os princípios fundamentais vão sendo corroídos como parte de um processo natural e de aparente aceno democrático*”.⁽¹³⁾

Esse parágrafo, substituído Estado punitivo por Estado de Sujeição Laboral, para grande preocupação de muitos, poderá permanecer o mesmo, com as alterações promovidas pela lei em tela!

De todo modo, a mudança feita não significa apenas uma simples mudança na órbita do Direito do Trabalho — o que, aliás, já seria e

será desastroso —, mas na própria concepção de Estado, recuando-se, mais ainda, o que está restando ou o que há de Estado Social entre nós, para dar lugar ao Estado de Sujeição Laboral.

E traduz uma visão míope, equivocada, que não consegue enxergar que, em realidade,

“*O Estado social não é gordura, é músculo.*”⁽¹⁴⁾

E agora, de referir a questão da JUSTIÇA!

Diz Ricardo Timm de Souza⁽¹⁵⁾:

“*A questão filosófica primigênia e subjacente a todas as outras — a questão magna — é a investigação sobre o sentido que a palavra justiça deve assumir, ou seja, o conteúdo a construir. Todos os outros temas são a esse subsidiários, o que significa são dele logicamente dependentes e temporalmente derivados.*”

Lá vai outro questionamento: situação a que um trabalhador ficará sujeito por conta das alterações na CLT, recém-promulgadas, corresponderá ao conteúdo que a palavra JUSTIÇA deve assumir, no âmbito das relações de trabalho e, mais ainda, no espaço de um Estado Democrático de Direito?

É urgente, urgentíssimo que ecoe nos ouvidos de todos a incisiva observação do lente português António Menezes Cordeiro, quanto ao fato de que⁽¹⁶⁾:

“*A História — particularmente a do século XX — mostra que o direito das pessoas foram sempre restringidos com apelo a causas nobres. E nesses cenários inicialmente justificados*

(13) SILVA, Denival Francisco da; BIZZOTTO, Alexandre, em prefácio a obra de que são coordenadores, *Quotidianus – A criminalização nossa de cada dia*. São Paulo: Intellecto Editora, 2016. p. IX.

(14) BARATA, André; CARMO, Renato Miguel do. Obra coletiva, *Estado social de todos para todos*. Lisboa: Edições Tinta-da-China, 2014. p. 21.

(15) *Apud* SCAPINI, Marco Antonio de Abreu. O controle do medo e as práticas punitivas: a justiça como questão por Excelência. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de (Org.). *Frações do sistema penal*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2013. p. 50.

(16) CORDEIRO, António Menezes. Respeito pela esfera privada do trabalhador. MOREIRA, António (Coord.). *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho – memórias*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 31.

foram perpetrados os maiores barbarismos. Há, pois, limites que nenhum fim, por excelente que se apresente, pode postergar.”

Fácil ver que o quadro que a Lei n. 13.467/2017 oferece aos olhos pode provocar (*rectius*: provocará) agressões à dignidade da pessoa humana do trabalhador! Ainda mais entre nós, atento à lição da culta Ana Paula de Barcellos, no sentido de que:

“a concepção de dignidade da maior parte da sociedade brasileira está muito mais vinculada ao que o indivíduo tem ou faz do que a simples circunstância de se tratar de um ser humano.”⁽¹⁷⁾

Tecidas as considerações acima, importantes para uma mais exata compreensão do “espírito” que anima a Lei n. 13.467/2017, à análise de alguns de seus dispositivos acerca da duração do trabalho, tema que me coube enfrentar, pelo gentil e fraterno convite que recebi dos eminentes coordenadores da obra que os amigos leitores têm em mãos.

Faço-o principiando pelo art. 58, § 2º, da CLT, em sua nova redação, assim redigido: *O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.*

Aludido dispositivo deve ser visto com cuidado, talvez se interpretando que há pressupor, para sua aplicação, a existência de transporte, e se determinada empresa resolve se instalar em lugar ermo e distante, por ter vantagens nisso, os seus empregados, não tendo meios de lá chegar, não podem ser prejudicados; bem sei que pode ser objetado que esse modo de ler o parágrafo em questão, colide com o fim visado pelo legislador, justamente o de evitar onerar

o empregador de qualquer obrigação, no que tange ao pagamento de transporte que venha a fornecer aos seus empregados; entretanto, penso que continua a ser necessário fazer a distinção entre o fornecimento de transporte como uma vantagem, que é como se pretende seja enxergada a situação, daquele como necessidade, não sendo possível enxergar tão díspares e distantes situações com as mesmas lentes.

A não ser assim, criar-se-á situação de flagrante injustiça, e não parece seja sustentável alguma interpretação que leve/produza injustiça, ainda que isso não preocupe os responsáveis por sua elaboração, atento a que, uma vez publicada, a lei se desprende do legislador e adquire vida própria (em quantos casos, como agora, com um profundo suspiro de alívio!), quanto aos empregadores inclusive, uma vez que permitirá que aquele que se instala em local mais distante e não servido por transporte público regular, tendo com isso vantagens, seja quanto à consecução de suas finalidades, seja quanto a impostos e outras obrigações, fique em melhor situação do que os estabelecidos em locais mais centrais, com mais gastos, exatamente por conta dessa sua localização; e quanto aos empregados, força é convir que não é idêntica a situação dos que recebem transporte como algo dado, como um incentivo/estímulo do seu empregador, em relação aos que ou usam o transporte fornecido pelo empregador ou não chegam e/ou chegam com esforço de tempo e energia bem superior aos demais.

Prosseguindo e considerando que a realidade que ora se tem em vista, diz mais com o trabalhador rural, poder-se-á esgrimir com o argumento de que o Decreto n. 73.626/1974, que regulamentou a Lei n. 5.889/1973, não inclui o art. 58, da CLT, como aplicável a essa espécie de trabalhador, daí se entender que a mudança pretendida não o atingirá, quadro que seria outro se promovida a alteração no art. 4º, do Diploma Consolidado, este sim aplicável.

(17) *Apud* SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana — conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 66.

Outro aspecto que insta registrar é que a redação do “pontual” parágrafo, pode sofrer “britânica” e “milimétrica” interpretação, que leve a que não se considere nem sequer o tempo gasto do ingresso nas dependências da empresa até o local de trabalho, diante do emprego da elocução “até a efetiva ocupação do posto de trabalho”.⁽¹⁸⁾

No que concerne ao regime de tempo parcial, regulado no artigo 58-A, consigno que estou com a linha de pensamento que entende contraditória a autorização para que sejam prestadas horas extras nesse caso, o que contribuirá apenas para uma maior precarização do trabalho, para além de estimular essa espécie de contratação, em prejuízo do contrato de trabalho tradicional, cheio, com jornada de trabalho de 8:00 hs, e duração semanal de 44:00 hs., e não será difícil imaginar que vários casos se pretenderá, com recurso à intensificação da jornada, que o trabalhador então contratado, dê conta do labor que deveria ser cumprido em jornada de 8:00 hs., ou alguém acha que isso não acontecerá?

Dentro do escopo de facilitar o elastecimento da jornada de trabalho, o art. 59 permite, em seu § 5º, que o banco de horas seja pactuado por “acordo individual escrito”, e no seguinte, o § 6º, que a compensação da jornada seja fixada “por acordo individual, tácito ou escrito”.

Dúvidas podem ser levantadas sempre que seja estabelecido banco de horas “por acordo individual”, pela cizânia que isso pode provocar com a própria razão de ser da previsão/autorização para a celebração de um pacto de tal natureza, que apenas encontra justificativa na busca de um maior equilíbrio entre os momentos significativos, reais, concretos de maior/menor necessidade da produção, o que já trai sua característica de envolver o todo, ou ao

menos expressiva parcela de trabalhadores, o que, como dito, é difícil de se harmonizar com concerto individual; aborda, superiormente, esse aspecto, o culto Juiz Homero Batista Mateus da Silva, em recente obra dedicada à reforma trabalhista.⁽¹⁹⁾

Acordo “tácito” para compensação da jornada, a meu aviso, servirá de palco para “encenações” mil, sendo utilizado em inúmeras reclamações nas quais seja postulado o pagamento de horas extras, com empregadores sustentando que as horas trabalhadas eram-no em regime de compensação, concertado “tacitamente”, o que, força é convir, em nada contribuirá para a tão decantada segurança jurídica, que sempre se diz perseguir.⁽²⁰⁾

(19) SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2017. p. 41.

(20) De resto, de minha parte, estou em que, quando se fala em segurança jurídica, sob a perspectiva da previsibilidade, é preciso fixar, ao início dos debates, “segurança jurídica para quem e/ou para o que”, pois o ordenamento jurídico não oferece segurança jurídica de forma idêntica para as partes que se envolvem/ligam em algum ajuste, o ordenamento elege aspectos/situações/momentos da vida que, segundo a concepção dominante em dada época, por dada sociedade, devem ser resguardados, e aí começa a discussão, pois, qual/quais desses pontos da realidade são os eleitos pela sociedade como os mais relevantes e, por isso, mercedores de segurança jurídica, é dizer, que se pode já ter uma previsão do que sucederá, numa disputa acerca dos mesmos; aqui, na situação *sub examen*, há prevalecer a segurança do empregador, quanto aos concertos que pretenda levar a efeito com seus empregados, e com isso não haverá segurança para os trabalhadores, acerca de como poderão organizar sua vida, em especial seu tempo fora do trabalho -familiar, social, de estudos ou outros-, ou a segurança há de estar com os trabalhadores de terem um campo para, salvo um ajuste claro, razoável, justificado, terem como planejar suas vidas, tentarem progredir na vida, estudando, cumprirem suas obrigações enquanto pais, maridos, ou mães e esposas, ou interagindo socialmente com outros seres humanos, como se espera possa acontecer numa sociedade? O acordo de compensação tácito, à toda evidência, não contribui para que se pense em segurança jurídica alguma... E ainda fica por responder: qual maior fim a que se pode/deve ter com a segurança jurídica, nos termos aqui colocados, que não a de que a dignidade da pessoa humana restará sempre respeitada?

(18) Essa aguda ponderação foi feita pela ilustre juslaborista Vólia Bomfim Cassar, em seus comentários ao artigo em questão, em obra da qual é uma das autoras, juntamente com Leonardo Dias Borges. *Comentários à reforma Trabalhista – Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. São Paulo: Editora Método, 2017. p. 28.

A facilidade com que o art. 59-A, da CLT, permite seja estabelecido o horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, e ainda que podem observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação, reclama algum temperamento, para que não passe a ser regra geral, pois, apesar da referida facilidade, é apresentado como exceção; ora, se é exceção, há de existir um motivo que justifique sua adoção, entendido como tal peculiares e reais necessidades de tal ou qual ramo de atividade, e não justificativas vãs, e nesse mister, o que isso representa para a saúde do obreiro, não pode passar “em brancas nuvens”, e ainda com base na condição de exceção desse regime, essa mesma exceção há de ser estendida a possibilidade de indenização do intervalo, pois não pode ser tido como algo normal e/ou não prejudicial à saúde de um trabalhador, labutar 12 horas, seguidas sem intervalo, o que, além de desrespeitar sua condição de pessoa humana, pode (*rectius*: irá!) sujeitá-lo a maiores riscos de sofrer algum acidente do trabalho.

A leitura do art. 59-B e seu parágrafo único, com a redação da Lei n. 13.467/2017, faz nascer a seguinte indagação: Que compensação é essa? Eufemismo para uma maior exploração do trabalhador?

O art. 60, parágrafo único, da CLT, ao fixar que não é necessária licença prévia, da autoridade competente, para as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, deixa particularmente clara a relação trabalho e saúde aqui, demonstrando o que valem a saúde e o trabalho daquele que é obrigado a labutar na condição de empregado!

Esse dispositivo, significa agressão (brutal), também aqui, aos arts. 1º, III e IV, 7º, XXII, 170, III e VI e 200, VIII, CF/88, Convenção n. 155, da OIT e Decreto n. 7.602/2011, por fazerem pouco, a mais não poder, da saúde e da dignidade da pessoa humana do trabalhador, como muito bem exposto pelo culto juiz do

Trabalho Ney Maranhão, em seus escólios ao artigo agora enfocado.⁽²¹⁾

Quanto ao § 4º, do art. 71, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017, claro tanto quanto ao seu comando, como quanto à preocupação em ir contra, “derrubar” entendimento já pacificado pelo C. TST., o que se repete várias vezes na lei em tela: havendo Súmula do C. TST que tenha desagradado/desagrade setores com forte poder de persuasão junto aos legisladores — e que não são os que legitimamente representam os trabalhadores do nosso País —, a estratégia foi a de “ressuscitar” teses que haviam já sido superadas no campo do livre e democrático debate de ideias, no “mercado de ideias” jurídico, forçando sua adoção por meio da lei!⁽²²⁾

(21) MARANHÃO, Ney. Comentários ao art. 60 da CLT. IN: RODRIGUES, Deusmar José (Coord. e Coautor). *Lei da reforma trabalhista comentada artigo por artigo*. São Paulo: JH Mizuno, 2017. p. 77-84.

(22) Lógico que há considerar o tipo de mercado para o qual “transportei” a ideia, mas empreguei a expressão no sentido que esclarece André Mendes de Almeida, em nota de rodapé em livro de sua lavra, “65. A expressão ‘mercado de ideias’ (marketplace of ideas) é utilizada aqui de acordo com o conceito desenvolvido pelo legendário ministro da Suprema Corte americana Oliver W. Holmes, em voto no caso *Abrams v. U. S.* (1919). A Alta Corte havia mantido a condenação de manifestantes políticos acusados de publicar panfletos contra o envio de tropas americanas para ajudar a conter a revolução bolchevique. Entendeu a corte que a publicação de tais panfletos durante a Primeira Grande Guerra, não estava protegida pela First Amendment. O ministro Holmes, no que ficou conhecido como um de seus grande momentos, votou contra a maioria da Suprema Corte. Com base em ideias dos ingleses John Milton, poeta e John Stuart Mill, filósofo, Holmes sustentou que, ‘quando os homens (...) acreditam ainda mais nos fundamentos de suas próprias condutas, alcançados pela livre troca de ideias, o melhor teste para a verdade consiste no poder de uma ideia em ser aceita na competição do mercado e que a verdade é a única razão pela qual os desejos dos homens podem ser realizados’. O mercado de ideias seria o meio social onde ocorre a interação entre diferentes opiniões, com a indispensável liberdade. Seria o melhor meio para o teste se uma ideia é aceita ou não pela sociedade. Se há qualquer tipo de restrição à circulação de ideias, não há o predomínio da verdade. A expressão, desde o voto do ministro Holmes, vem sendo utilizada pela jurisprudência e doutrina americanas na área do

Preocupação com a saúde do trabalhador, ora, ora...

O que fazer, como atuar e quem pode agir, para evitar as agressões que se desenham e que têm toda a probabilidade de se concretizar (*rectius*: se concretizarão!) contra a dignidade do trabalhador brasileiro, e que tornem o nosso País um “paraíso social”⁽²³⁾, com uma liberdade de contratar tão aberta que, aplicado aos trabalhadores, “transforma os próprios sujeitos em mercadorias e gera, no seu cúmulo, um grande ‘shopping humano’, onde tudo é comprável, vendável e permutável”⁽²⁴⁾.

O Estado, os homens de bem, mas principalmente os sindicatos!

E como poderão fazê-lo?

A partida, de excluir o Estado que, como se percebe com essas reformas, mais parece estar se retirando e/ou recuando do cumprimento da obrigação que é sua, para com os trabalhadores, até mesmo e/ou principalmente, em respeito aos fins e normas contidas em nossa Constituição Federal.

Os homens de bem — e os temos, vários, muitos, inúmeros mesmo — encontram dificuldades para, isoladamente ou em pequenos grupos, fazer frente ao que se apresenta como o novo senhor do mundo: o Sr. “mercado”, sr. muito cômico de suas prerrogativas e que exige integral submissão de seus súditos!

direito da Comunicação.” ALMEIDA, André Mendes de. *Mídia eletrônica — seu controle nos EUA e no Brasil*. Riode Janeiro: Forense, 1993. p. 79-80. A “velocidade” com que tramitou o projeto que acabou virando a Lei n. 13.467/2017, impedindo que ideias fossem realmente lançadas no “mercado de ideias” jurídicas permite duvidar houvesse o sério desejo de debater a proposta, para que predominasse a verdade, ao fim e ao cabo!

(23) João Leal Amado, grande lente português, usou a expressão, em “O Direito do Trabalho, a Crise e a Crise do Direito do Trabalho”. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, vol. 04, n. 08, p. 10, jul./dez. 2013.

(24) ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 73.

Aí é que “sobra” para os sindicatos!

Pela sua atuação diária, trabalho incessante, com intenso uso das redes sociais, greves e principalmente, por meio de negociação coletiva, vista como manifestação do princípio protetor no âmbito do direito Coletivo do trabalho. É dizer: valorização da negociação coletiva, agora mais do que nunca!!!

Com isso o que pretendo dizer é que os Sindicatos devem buscar forças, o que não será fácil, claro está, na conjuntura atual, mas é mesmo a chance, ainda que, certamente, de forma involuntária, lhes é concedida pela reforma trabalhista de, valendo-se das disposições do art. 611-A, da Lei n. 13.467/2017, obstar que as regras prejudiciais à saúde do trabalhador, e que magoem sua dignidade de pessoa humana, acabem por atingi-lo, pondo freios a isso, via negociação coletiva, *exempli gratia*, no que diz com o tema aqui abordado, não aceitando pactos quanto à jornada de trabalho e banco de horas, em suas diversas possibilidades, sempre que visualizarem serem extenuantes, com alto e/ou provável potencial para agredir a saúde, física e psíquica dos trabalhadores, além de impedi-los de interagir familiar e socialmente, pactuando sua possibilidade de modo bem restrito e exigindo a participação sindical sempre, não aquiescendo, salvo excepcionalmente, com a redução do intervalo para alimentação e ainda assim, desde que atendido o disposto no art. 71, § 3º, Consolidado, não “atacado” pela Reforma, não transigir com o rigor do registro da jornada, atento a que vai muito além do controle das horas efetivamente trabalhadas, o que já não é pouco, ao reverso, é muito, mas também tem a ver com a vida funcional do obreiro e possível relação com acidentes do trabalho que venha a sofrer, por submetido a extenuantes jornadas de trabalho, entre outras posturas, todas como forma e com o escopo de evitar a que os empregados virem apenas peças de uma engrenagem produtiva.

Aqui também, como perguntou António Casimiro Ferreira, quanto a Portugal, temos

que, diante das alterações que se pretende promover no direito do trabalho, responder à pergunta:

“Em suma, talvez não seja desrazoável formular a seguinte pergunta: quem protege os trabalhadores deste direito do trabalho?”⁽²⁵⁾

Estamos, bem é de ver, em presença de uma reforma que desconsidera (mais do que em outros momentos!), a dignidade da pessoa humana do trabalhador, por permitir e mesmo facilitar que labute em condições agressivas a sua higidez física e psíquica, cumpra extensas e extenuantes jornadas de trabalho, “supondo” (*rectius*: “forçando”), em vários momentos, a existência de uma igualdade para discutir/fixar o modo, o como e o quanto trabalhar, que a história e mesmo a contemporaneidade demonstram, fartamente, inexistir, tendo como critério único interesses empresariais, de produção, é dizer, sem sequer se preocupar em colocar o devido/correspondente tempero/equilíbrio quanto aos interesses do trabalhador (como tais entendidos os que dizem com sua pessoa humana, para a qual o emprego não significa apenas os — geralmente parcos — estípidos recebidos, mas sim o meio que possui e/ou deveria possuir para sua evolução como ser humano, aqui incluídas as perspectivas familiares, sociais, de estudos, entre outras); mais, essa mesma reforma ainda e/ou por isso mesmo, “desmancha” e/ou anela desmanchar, o Direito do Trabalho, na forma conhecida e que justifica sua existência, e isso a tal ponto que o momento é o de reafirmar sua necessidade, pelos motivos que justificaram seu nascimento/desenvolvimento, com algumas variações, porquanto, como vários aspectos/situações da vida atestam, o homem, em larga medida (claro que não todos, precisamos mesmo crer nisso, mas em número elevado, elevadíssimo até), continua o mesmo através dos séculos,

(25) FERREIRA, Antônio Casimiro. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica Editorial, 2012. p. 108.

o que muda são os instrumentos que possui para fazer o que sempre fez, e para isso, além dos valorosos juslaboristas contemporâneos, devemos/temos de voltar a ler e (re)aprender com os consagrados autores do passado, que com maestria e profundos conhecimento jurídico e consciência social, lecionaram/mostraram a razão de ser, necessidade e importância do Direito do Trabalho, seguindo, *mutatis mutandis*, no campo justrabalhistas, o conselho de Michel Serres⁽²⁶⁾: “*dêmos, pois, a palavra aos homens de longo prazo: um filósofo ainda aprende com Aristóteles, um jurista não considera o direito romano muito antigo. Escutemo-los por um instante, antes de traçarmos o retrato do novo político.*”

Como asseverou a ilustre Aldacy Rachid Coutinho :

“*Devemos, de uma vez por todas, dar uma resposta a Debreu que, em Paris no ano de 1988, presente em um Congresso dos Prêmios Nóbeis, anunciou em entrevista que ‘O dever de um economista é informar que o direito à vida nem sempre pode ser garantido devido aos custos’. O dever de um jurista é garantir a vida, pelo direito.*”⁽²⁷⁾

Como disse, então, no início deste singelo estudo, vamos “arregaçar as mangas”, há muito o que fazer, muito estudo nos aguarda, o Direito do Trabalho e os milhões de trabalhadores que dele dependem chamam/clamam pelos operadores desse ramo do Direito, mais do que isso, sabem/sentem/ intuem que seu futuro, como pessoas humanas, com a consideração que só essa espetacular/maravilhosa realidade deve/há de ter, passa pela reafirmação dos fins, da necessidade e da mais absoluta importância do Direito do Trabalho.

(26) SERRES, Michel. *O contrato natural*. Portugal: Instituto Piaget, 1994. p. 55.

(27) COUTINHO, Aldacy Rachi. 15 anos de Constituição de direitos dos trabalhadores. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). *Constitucionalizando direitos – 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003. p. 384.

Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, José de Melo. Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades. In: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida; COUTINHO, Luis Pereira (Orgs.). *O tribunal constitucional e a crise – ensaios críticos*. Coimbra: Almedina, jun. 2014. p. 56.

ALMEIDA, André Mendes de. *Mídia eletrônica — seu controle nos EUA e no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

AMADO, João Leal. O direito do trabalho, a crise e a crise do direito do trabalho. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, vol. 4, n. 08, p. 185, jul./dez. 2013.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed., 2. tir., atualizada por Rosoléa Miranda Folgosi. Curitiba: Malheiros, 2001.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudo e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARATA, André; CARMO, Renato Miguel do. Obra coletiva, *estado social de todos para todos*. Lisboa: Edições Tinta-da-China, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de apud SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana – conteúdo, trajetórias e metodologia*. 1. ed., 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Quotidianus — a criminalização nossa de cada dia*. São Paulo: Intelecto, 2016.

BORGES, Leonardo Dias; CASSAR, Vólia Bomfim. *Comentários à reforma trabalhista — Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. São Paulo: Método, 2017.

CARMO, Renato Miguel do; BARATA, André. Obra coletiva, *Estado social de todos para todos*. Lisboa: Edições Tinta-da-China, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista — Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017*. São Paulo: Método, 2017.

COCURUTTO, Ailton. *Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social*. Curitiba: Malheiros, 2008.

CORDEIRO, António Menezes. Respeito pela esfera privada do trabalhador”. In: MOREIRA, António (Org.). *I Congresso Nacional de Direito do Trabalho — memórias*. Coimbra: Almedina, 1998.

COUTINHO, Aldacy Rachi. 15 anos de Constituição de direitos dos trabalhadores. SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalizando direitos — 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Renovar, 2003.

Dicionário das Crises e das Alternativas. Dos investigadores do Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra, Almedina, 2012.

DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira; VILLATORE, Marco Antônio César. Capitalismo, crise econômica e a preservação dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas transformações ocorridas no mercado de trabalho, em especial, a propalada reforma trabalhista, direitos fundamentais e justiça. *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, ano 7, n. 25, out./dez. 2013.

FERREIRA, António Casimiro. *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica Editorial, 2012.

LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina; GIORDANI, Francisco A. M. P. A influência da necessidade na atuação sindical. VIDOTTI, Tércio José; GIORDANI, Francisco A. M. P. (Coords.). *Direito coletivo do trabalho em uma sociedade pós-industrial — Estudos em homenagem ao Ministro Antonio José de Barros Levenhagen*. São Paulo: LTr, 2003.

MARANHÃO, Ney. Comentários ao art. 60 da CLT. RODRIGUES, Deusmar José. (Coord. e Coautor). *Lei da reforma trabalhista comentada artigo por artigo*. São Paulo: JH Mizuno, 2017.

MARQUES, Claudia Lima. A vulnerabilidade dos analfabetos e dos idosos na sociedade de consumo brasileira: primeiros estudos sobre a figura do assédio de consumo. In: MARQUES, Claudia Lima; GSELL, Beate (Orgs.). *Novas tendências do direito do consumidor — Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em direito do consumidor*. São Paulo: Thompson Reuters/Revista dos Tribunais, 2015.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácias das normas constitucionais e direitos sociais*. Curitiba: Malheiro, 2009.

NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SERRES, Michel. *O contrato natural*. Portugal: Instituto Piaget, 1994.

SILVA, Denival Francisco da; BIZZOTTO, Alexandre. Em prefácio a obra de que são coordenadores, *Quotidianus – A criminalização nossa de cada dia*. Belo Horizonte: Intelecto, 2016.

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

SOUZA, Ricardo Timm de *apud* SCAPINI, Marco Antonio de Abreu. O controle do medo e as práticas

punitivas: a justiça como questão por excelência. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de (Org.). *Fraturas do sistema penal*. Porto Alegre: Editora Sulina, 2013.

VILLATORE, Marco Antônio César; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Capitalismo, crise econômica e a preservação dos direitos fundamentais dos trabalhadores nas transformações ocorridas no mercado de trabalho, em especial, a propalada reforma trabalhista, direitos fundamentais e justiça. *Revista do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS*, ano 07, n. 25, out./dez. 2013.

Amianto, meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil do empregador

Guilherme Guimarães Feliciano^(*) e Olívia Pasqualetto^(**)

Resumo:

- ▶ Após o julgamento da ADI n. 4.066/DF em agosto de 2017, com cinco votos reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.095/1995 — que autorizava a exploração econômica do amianto crisotila em todo o território nacional —, deu-se o aguardado ensejo jurídico para que os tribunais do país pudessem decidir pela constitucionalidade das leis estaduais e municipais que vedavam o manejo industrial ou comercial da crisotila. Nesse encalço, o próprio STF reconheceu a constitucionalidade de leis estaduais que baniam o amianto e, mais recentemente, baniu-o em todo o país, com eficácia *erga omnes*, ao julgar as ADIs ns. 3.470 e 3.406. Pacificada essa primeira questão, emerge a subsequente dúvida: qual a natureza da responsabilidade civil de tantos quantos exploraram o amianto e preordenaram, com isto, sequelas das mais diversas ordens a centenas de trabalhadores? O presente artigo presta-se a enfrentar esse problema, demonstrando o caráter objetivo dessa responsabilidade, à vista do que dispõe o art. 14, §1º, da Lei n. 6.938/1981.

Palavras-chave:

- ▶ Amianto — ADI n. 4.066/DF (Brasil) — Meio ambiente do trabalho — Responsabilidade civil objetiva.

Abstract:

- ▶ After the judgment of ADI n. 4.066/DF in 2017, August, with five votes recognizing the unconstitutionality of art. 2 of Federal Act n. 9.095/1995 — that authorized the economic exploitation of chrysotile asbestos throughout the national territory —, the legal opportunity was given for every courts of the country to decide for the constitutionality of the state and municipal laws that prohibited the industrial or commercial management of chrysotile. Likewise, STF had recognized the constitutionality of state laws banning asbestos and, more recently, banned it throughout the country, with *erga omnes* effects, in

(*) Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Livre-Docente em Direito do Trabalho pela FDUSP. Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Penal pela FDUSP.

Coordenador da Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Taubaté.

(**) Mestre e Doutoranda em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da USP. Professora de Direito do Trabalho da Universidade Paulista.

judging ADIs ns. 3.470 and 3.406. Once that first question has been settled, the following ask emerges: what is the nature of the civil liability of so many who had exploited asbestos and caused, in consequence, diverse kinds of sequels to hundreds of workers? The present paper try to deal with this problem, demonstrating the objective nature of this responsibility (strict liability), in view of the provision of art. 14, paragraph 1, of Federal Act n. 6.938/1981.

Key-words:

- ▶ Asbestos — ADI n. 4.066/DF (Brazil) — Work environment — Strict liability.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Meio ambiente do trabalho: abordagem propedêutica
 - ▶ 2.1. Meio ambiente do trabalho: apontamentos conceituais
 - ▶ 2.2. Princípios jurídicos orientadores do Direito Ambiental do Trabalho
- ▶ 3. O trabalho com amianto: mazelas e perspectivas
 - ▶ 3.1. Amianto, câncer profissional e Convenção n. 139 da OIT
 - ▶ 3.2. Aspectos jurídicos em relação ao uso do amianto no Brasil
 - ▶ 3.2.1. O amianto na legislação brasileira
 - ▶ 3.2.2. ADI ajuizada pela ANAMATRA e ANPT
 - ▶ 3.2.3. Julgamento da (in)constitucionalidade do uso do amianto pelo STF
- ▶ 4. (Des)equilíbrio labor-ambiental e responsabilidade civil do empregador
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

Zelar pelo meio ambiente do trabalho e pela saúde e segurança daqueles que lá se encontram é tarefa necessária, sobretudo quando a atividade econômica desenvolvida utiliza substâncias prejudiciais ao equilíbrio labor-ambiental, como se dá com o amianto. Ainda que comprovadamente nocivo não apenas à saúde dos trabalhadores, mas também aos consumidores e a todo o meio ambiente, o amianto continua sendo utilizado mundialmente em larga escala na produção de diversos itens, tais como telhas, caixas d'água, tecidos, tintas, instrumentos de laboratórios, papelão, dentre outras inúmeras aplicações.

Considerando esse descompasso entre prevenção pela não utilização do amianto e

emprego de tal substância de forma irrestrita em diversos tipos de indústria (*e. g.* construção civil, bélica, aeroespacial, petrolífera, têxtil, naval etc.), este artigo tem como objetivo analisar a responsabilidade civil do empregador pelo meio ambiente do trabalho, especialmente quando se vale do amianto na atividade econômica que empreende. Nesse contexto, pretende-se lançar luzes sobre os perigos do amianto para o meio ambiente do trabalho.

Para tanto, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, este texto foi organizado em três grandes partes: (*i*) no primeiro item, discorre-se sobre meio ambiente do trabalho a partir de uma abordagem propedêutica, buscando apresentar o conceito de meio ambiente do trabalho adotado pelos autores, bem como os

princípios jurídicos que pautam seu estudo e proteção; (ii) no segundo item, debruça-se sobre as mazelas causadas pelo uso do amianto no trabalho, bem como as perspectivas de regulamentação de sua utilização no Brasil, com destaque para a análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizada pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA) e Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e para o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sobre a proibição da utilização do amianto no Brasil; (iii) no terceiro item, dedica-se mais diretamente ao estudo da responsabilização civil do empregador em casos de desequilíbrio labor-ambiental em razão da utilização do amianto.

Por fim, encaminhando-se para a conclusão, evidencia-se a importância do cuidado com o meio ambiente do trabalho, especialmente a partir de estratégias de prevenção em face de acidentes e doenças oriundos do exercício laboral.

2. Meio ambiente do trabalho: abordagem propedêutica

A saúde e segurança dos trabalhadores, seu estudo e tratamento jurídico, não raro, são reduzidos a discussões mesquinhas sobre adicionais de insalubridade e periculosidade.

Contudo, muito além de tal monetização, a proteção do meio ambiente do trabalho e, conseqüentemente, da saúde e segurança dos trabalhadores, envolve abordagens mais amplas e sistêmicas, que promovam a higidez labor-ambiental em todos os âmbitos e evitem a concreção de todo tipo de risco, seja ele, físico (*e. g.* ruído, vibração, temperaturas extremas, pressões anormais, radiações ionizantes e não ionizantes etc.), químico (*e. g.* poeiras, névoas, fumos, gases e vapores etc.), biológico (*e. g.* bactérias, fungos, helmintos, protozoários e vírus etc.), ergonômico (*e. g.* esforço físico, levantamento de peso, postura inadequada etc.) ou psicossocial (*e. g.* assédio moral, imposição e controle excessivo de metas etc.).

Partindo do entendimento de que as questões labor-ambientais são complexas e que, portanto, devem ser compreendidas a partir de uma perspectiva gestáltica, passa-se ao delineamento do que se entende por meio ambiente do trabalho e à análise dos princípios que pautam seu estudo.

2.1. Meio ambiente do trabalho: apontamentos conceituais

Definir “meio ambiente do trabalho” não é uma missão simples, visto tratar-se de conceito amplo e em constante construção. Assim, neste tópico, serão traçadas algumas linhas conceituais que compõem e balizam a noção de meio ambiente do trabalho, as quais, certamente, evoluirão progressivamente com o avanço das tecnologias e da ciência, inclusive da ciência jurídica.

Primeiro, importante frisar que o meio ambiente do trabalho faz parte do meio ambiente geral, *lato sensu* considerado e, dessa forma, seus conceitos estão intrinsecamente correlacionados. Dessa forma, para compreender aquele faz-se necessário, antes, assimilar o conceito deste.

Conforme definição legal dada pela lei que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938, de 1981), meio ambiente é entendido como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Observa-se, contudo, que tal disposição normativa (i) não expressa o caráter gestáltico do meio ambiente, já que o define como um conjunto, isto é, como a soma de elementos e não como um sistema, categoria esta que pressupõe uma necessária relação de interdependência e interconexão entre os elementos coexistentes; (ii) não inclui no conceito apresentado as interações de ordem psicossociais que interferem no meio ambiente. Por tais motivos, entende-se necessário complementar tal definição legal, tornando-a mais holística e adequada às características do meio ambiente.

Assim, o meio ambiente pode ser compreendido como um sistema de elementos que circundam todas as formas de vida, inclusive a humana, impactando e sendo impactado por elas, as quais também são partes integrantes desse sistema. Trata-se, como resume Derani (2008, p. 52), em uma perspectiva antropocêntrica, do “*entourage do sujeito*”, isto é, o seu entorno, aquilo que o circunda, o meio em que se encontra. Sendo tal visão centrada na vida humana, não seria possível excluir o meio laboral de sua abrangência. Há, sob esse prisma,

uma indissociabilidade ontológica entre o meio ambiente natural e o meio ambiente humano, de modo que o meio ambiente — conceito e entidade — pode ser entendido como “*Gestalt*” ali em acepção filosófica (significando que a interpretação do objeto modifica ou condiciona a própria experiência com o objeto) e aqui em acepção fenomênica, o meio ambiente não deve ser tomado como soma de elementos a isolar, analisar e dissecar, mas como sistema constituído por unidades autônomas, manifestando uma solidariedade interna e possuindo leis próprias, donde resulta que o modo de ser de cada elemento depende da estrutura do conjunto e das leis que o regem, não podendo nenhum dos elementos preexistir ao conjunto (FELICIANO, 2002, p. 3).

O meio ambiente, portanto, envolve não apenas as dimensões natural, artificial e cultural, mas também a sua dimensão laboral, conforme dispõe o art. 200, inciso VIII, da Constituição Federal, destacando constitucionalmente tal dimensão labor-ambiental.

Segundo, frisa-se que o meio ambiente do trabalho não se resume ao local de trabalho. Para além dos muros da empresa — espacial e material —, o meio ambiente do trabalho abrange também os próprios “*instrumentos de trabalho, o modo de execução das tarefas*” (MARANHÃO, 2017, p. 27), o clima organizacional, modalidade de pagamento, a maneira como o empregado é tratado pelo empregador e pelos seus pares (MELO, 2013), dentre

inúmeros outros fatores — físicos, químicos, biológicos, ergonômicos, psicossociais — que influenciam sua vida no trabalho.

Com as intensas e rápidas mudanças que ocorrem no mundo do trabalho, essa dimensão “extramuros” ganha cada vez mais destaque, evidenciando que o meio ambiente do trabalho não se restringe às dependências físicas do empregador, podendo se prolongar para outros espaços, como a própria residência do trabalhador, como se dá com aqueles que prestam trabalho à distância em sua casa (*home office*).

Por fim, terceiro apontamento, sendo parte do meio ambiente geral, o meio ambiente do trabalho também deve ser protegido, e seu equilíbrio, essencial à qualidade de vida das pessoas, deve ser preservado e promovido (tal como previsto em normas nacionais e internacionais de máxima estatura, art. 7º, inciso XXII e art. 225, *caput*, da Constituição Federal; art. 18 da Convenção Sociolaboral do Mercosul; Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho, art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), de modo a ser “*impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentável ignorando o meio ambiente do trabalho*” (OLIVEIRA, 1998, p. 78-79).

2.2. Princípios jurídicos orientadores do Direito Ambiental do Trabalho

O Direito Ambiental do Trabalho, um ramo afeto ao Direito Ambiental, é norteador pelos princípios que orientam a proteção do meio ambiente *lato sensu* considerado. Assim, são princípios fundantes do Direito Ambiental do Trabalho, sem excluir outros secundários que eventualmente sejam tratados na doutrina: (i) o princípio da prevenção, (ii) o princípio da precaução, (iii) o princípio da melhoria contínua, (iv) o princípio da informação-participação e (v) o princípio do poluidor-pagador.

Os princípios da prevenção (i) e da precaução (ii), apesar de semelhantes e corriqueiramente

tomados como sinônimos, tecnicamente não se equivalem.

O princípio da prevenção (i) balizou a Declaração de Estocolmo (1972)⁽¹⁾ e pressupõe o dever (por parte de todos, sejam atores públicos ou privados) de evitar a concreção de riscos conhecidos, cientificamente comprovados que são danosos ao meio ambiente, impedindo “a ocorrência de atentados ao meio ambiente mediante meios apropriados, ditos preventivos” (PRIEUR, 2001, p. 306).

Diferentemente da prevenção, o princípio da precaução (ii), sintetizado no art. 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, preconiza que “quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental” (ONU, 1992). Em outras palavras, ainda que não haja comprovação científica cabal sobre os riscos de determinada atividade, entende-se que há o dever, por parte dos agentes públicos ou particulares, de evitá-lo.

Assim, ressalta-se que o ponto de divergência entre (i) e (ii) é a certeza científica sobre os possíveis danos que determinada atividade prova ao meio ambiente, nele incluído o meio ambiente do trabalho. Importa ressaltar que o princípio da precaução não pretende inviabilizar ou proibir toda e qualquer atividade que cause algum tipo de impacto no meio ambiente; “não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da

sadia qualidade de vida das gerações humanas à continuidade da natureza existente no planeta” (MACHADO, 2010, p. 72), ultrapassando a barreira da cientificidade para proteger bens e direitos (tais como a vida e saúde humana) que não podem esperar o avanço das ciências e das tecnologias, pois, caso maculados, podem ser irreparáveis.

O princípio da melhoria contínua (iii) indica que a melhoria do meio ambiente, inclusive do meio ambiente do trabalho, deve ser buscada frequentemente, procurando sempre estar no mesmo compasso do mais avançado estado da técnica. Assim, não basta fornecer equipamentos de proteção aos trabalhadores; mais do que isso, é necessário atentar-se constantemente a novas tecnologias que eliminam o risco do meio labor-ambiental ou, se isso ainda não for possível, fornecer equipamentos de proteção mais protetivos; trocá-los quando do lançamento de outros mais modernos e seguros. Nesse sentido, segue o art. 7º, XXII da Constituição Federal, que dispõe sobre a redução de riscos inerentes ao trabalho, e o item 6.1 do Anexo 13-A (Benzeno) da Norma Regulamentadora (NR) n. 15 (Atividades e operações insalubres), que aborda o princípio de forma expressa:

O princípio da melhoria contínua parte do reconhecimento de que o benzeno é uma substância comprovadamente carcinogênica, para a qual não existe limite seguro de exposição. Todos os esforços devem ser despendidos continuamente no sentido de buscar a tecnologia mais adequada para evitar a exposição do trabalhador ao benzeno. (grifo nosso)

Para que haja efetiva observância dos princípios analisados acima, é preciso que todos aqueles que participam do meio ambiente colaborem para a sua preservação. Assim também se dá no meio ambiente do trabalho, no qual todos os atores envolvidos devem colaborar para a manutenção de seu equilíbrio, inclusive os trabalhadores. Neste tocante, merece atenção o princípio da informação-participação (iv), segundo o qual os trabalhadores têm o direito

(1) “Princípio 5: Os recursos não renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização. [...] Princípio 7: Os Estados deverão tomar todas as medidas possíveis para impedir a poluição dos mares por substâncias que possam por em perigo a saúde do homem, os recursos vivos e a vida marinha, menosprezar as possibilidades de derramamento ou impedir outras utilizações legítimas do mar.” (grifo nosso) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972).

de participar das decisões tomadas sobre o meio laboral, tal como ocorre nas Comissões Internas de Prevenção de Acidentes do Trabalho (CIPA) e, para que essa participação seja possível, adequada e não meramente *pro forma*, é preciso que também tenham a garantia de acesso à totalidade das informações sobre as questões labor-ambientais (informação), configurando ao empregador um verdadeiro dever prestar informações aos trabalhadores sobre o meio laboral em que se inserem. Tal dever consta no rol de deveres do empregador previsto no item 1.7 da NR n. 1, segundo o qual:

1.7. *Cabe ao empregador:*

a) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho;

b) elaborar ordens de serviço sobre segurança e saúde no trabalho, *dando ciência aos empregados* por comunicados, cartazes ou meios eletrônicos.

c) *informar aos trabalhadores:*

I – os riscos profissionais que possam originar-se nos locais de trabalho;

II – os meios para prevenir e limitar tais riscos e as medidas adotadas pela empresa;

III – os resultados dos exames médicos e de exames complementares de diagnóstico aos quais os próprios trabalhadores forem submetidos;

IV – os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho.

[...] (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, conforme dispõe o art. 13 da Convenção n. 161 da OIT, “*todos os trabalhadores devem ser informados dos riscos para a saúde inerentes a seu trabalho*”. Para tanto, a informação transmitida aos trabalhadores deve ser clara e objetiva, com linguagem acessível e amplamente divulgada (CLERC, 1982).

Acolhendo tal princípio, a NR n. 9 (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), em seu item 9.5.2, faz menção expressa ao direito (dever do empregador) de informação do trabalhador, dispondo que “*os empregadores*

deverão informar os trabalhadores de maneira apropriada e suficiente sobre os riscos ambientais que possam originar-se nos locais de trabalho e sobre os meios disponíveis para prevenir ou limitar tais riscos e para proteger-se dos mesmos”.

Por fim, caso o dano ambiental — nele incluído os danos labor-ambientais — tenha se concretizado, há o princípio do poluidor-pagador (v) — relevante em matéria de responsabilidade civil do poluidor (empregador) —, segundo o qual, aquele que polui o meio ambiente tem a obrigação de repará-lo. Nesse sentido, aquele que causa desequilíbrios no meio ambiente do trabalho deve arcar com os custos necessários para repará-lo. Tal mandamento é expresso na Lei n. 6.938/81, em seu art. 4º, VII, segundo deve-se impor ao poluidor ambiental a “*obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos*”.

Tais princípios, interpretados de forma sistêmica, proporcionam unidade ao sistema jurídico de proteção do meio ambiente do trabalho, firmando a necessidade de tratar tal temática a partir de uma visão preventiva, buscando: primeiro, eliminar os riscos presentes no meio labor-ambiental — sejam riscos, físicos, químicos, biológico ou psicossociais —; segundo, caso não seja possível extingui-los, o dever reduzi-los ao máximo, inclusive fornecendo equipamentos de proteção coletiva e individual aos trabalhadores; relegando a situações de caráter estritamente excepcional a sua monetização.

3. O trabalho com amianto: mazelas e perspectivas

Amianto (latim) ou asbesto (grego) são nomes genéricos para designar uma série de minérios encontrados na natureza, tais como minerais constituídos por silicatos de ferro, alumínio, magnésio, cálcio, que se apresentam sob forma fibrosa e dividem-se em dois grupos: os anfíbolios, que “*representam menos de 5% de*

todo o amianto explorado e consumido no mundo, estão banidos da maior parte do planeta” (INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER); e as serpentinas, tipo mais utilizado, cuja variedade mais comum é a crisotila ou “amianto branco”, caracterizado por apresentar fibras curvas e maleáveis.

Seu uso generalizado iniciou-se em finais do século XIX, já sob a segunda Revolução Industrial, graças a sua abundância na natureza e ao baixo custo de exploração. Seu sucesso, sobretudo na década de 1970, quando atinge seu auge, deve-se ao fato de ter sido

considerado, por muito tempo, matéria-prima essencial por suas propriedades físico-químicas, tais como: grande resistência mecânica e às altas temperaturas, ao ataque ácido, alcalino e de bactérias. É incombustível, durável, flexível, indestrutível, resistente, sedoso, facilmente tecido e tem boa qualidade isolante (INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER).

Contudo, o avanço da ciência e das novas tecnologias, especialmente nos países desenvolvidos, permitiu descobrir que a utilização do amianto pode provocar danos irreversíveis à saúde daqueles que entram em contato com tal substância, a exemplo dos trabalhadores. Ademais, o contato com o amianto é particularmente preocupante porque tem um *“período de dormência excepcionalmente longo entre a exposição e o desenvolvimento do mesotelioma, que chega a 40 anos. Por esta razão, o número de doenças relacionadas ao amianto continuará a subir, mesmo em países que o proibiram há muitos anos”* (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2015, p. 7).

Ainda assim, sendo seus riscos conhecidos, segundo dados da Organização Mundial da Saúde (2016), há atualmente no mundo cerca de 125 milhões de pessoas que continuam expostas ao amianto em seu ambiente de trabalho. Calcula-se que a metade das mortes por câncer profissional são causadas pelo contato com o amianto, além de milhões de mortes

atribuídas à exposição doméstica à substância. Nesse cenário, vale ressaltar a necessidade de constante preocupação com a utilização do amianto, o qual teve seus efeitos letais cientificamente demonstrados (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2015, p. 6), porém continua sendo utilizado por diversas indústrias.

3.1. Amianto, câncer profissional e Convenção n. 139 da OIT

A exposição ao amianto se dá por inalação (e, em menor medida por ingestão) durante a extração, trituração e utilização da substância ao longo do processo industrial, bem como pela utilização e contato com produtos que contém amianto em sua composição. Dentre as principais enfermidades causadas pela exposição ao amianto, estão a asbestose⁽²⁾ e os diversos tipos de câncer⁽³⁾ (pulmão, laringe, trato digestivo, ovário, mesotelioma)⁽⁴⁾

- (2) *“A doença é causada pela deposição de fibras de asbesto nos alvéolos pulmonares, provocando uma reação inflamatória, seguida de fibrose e, por conseguinte, sua rigidez, reduzindo a capacidade de realizar a troca gasosa, promovendo a perda da elasticidade pulmonar e da capacidade respiratória com sérias limitações ao fluxo aéreo e incapacidade para o trabalho. Nas fases mais avançadas da doença esta incapacidade pode se estender até para a realização de tarefas mais simples e vitais para a sobrevivência humana”* (INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER).
- (3) *“Câncer é o nome dado a um conjunto de mais de 100 doenças que têm em comum o crescimento desordenado (maligno) de células que invadem os tecidos e órgãos, podendo espalhar-se (metástase) para outras regiões do corpo. Dividindo-se rapidamente, essas células tendem a ser muito agressivas e incontroláveis, determinando a formação de tumores (acúmulo de células cancerosas) ou neoplasias malignas. Os diferentes tipos de câncer correspondem aos vários tipos de células do corpo. Outras características que diferenciam os diversos tipos de câncer entre si são a velocidade de multiplicação das células e a capacidade de invadir tecidos e órgãos vizinhos ou distantes (metástases)”* (INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER, 2012b).
- (4) *“O mesotelioma é uma forma rara de tumor maligno, mais comumente atingindo a pleura, membrana serosa que reveste o pulmão, mas também incidindo sobre o peritônio, pericárdio e a túnica vaginal e bolsa escrotal. Está se tornando mais comum em nosso país, já que atingimos o período de latência de mais*

etc.)⁽⁵⁾, sendo esta a doença mais grave fruto da exposição ao amianto.

A via de absorção (seja ela respiratória, oral ou cutânea), a duração e a frequência da exposição aos agentes nocivos influenciam o grau de toxicidade. Contudo, importante salientar que não existem níveis seguros de exposição a agentes carcinogênicos (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2015), indicando que qualquer contato com um agente carcinogênico pode ser um ponto de partida para o desenvolvimento de doenças.

Além do amianto, há uma diversidade de substâncias classificadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como cancerígenas: desde elementos mais associados ao desenvolvimento de tumores malignos, como o já citado amianto (ou asbesto), até produtos aparentemente inofensivos, como poeiras de madeira e de couro, medicamentos (e. g. anti-neoplásicos, por exemplo) etc.

No tocante ao meio ambiente do trabalho, há uma série de agentes cancerígenos que estão ali presentes mais frequentemente: metais pesados, agrotóxicos, solventes orgânicos, formaldeídos e poeiras (amianto e sílica). Conforme estudo realizado pelo Instituto Nacional do Câncer (2012a), *“pelo menos 19 tipos de tumores malignos, como os de pulmão, pele, fígado, laringe, bexiga e leucemias podem estar relacionados à ocupação do paciente”*.

Contudo, esse nexos entre meio ambiente do trabalho e o aparecimento do câncer é subdimensionado graças à dificuldade de se estabelecer uma relação entre os dois na própria

consulta médica: *“raramente o médico pergunta ao paciente qual a ocupação dele”* (INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER, 2012a). Por isso, a importância dos profissionais da saúde conversarem com os pacientes diagnosticados com câncer sobre sua rotina laboral ao longo da vida. *“Só assim será possível identificar e registrar os casos de câncer relacionados ao trabalho no Sistema Nacional de Agravos do Ministério da Saúde”* (INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER, 2012a), mapeando sua taxa de incidência, causas mais comuns, tipos mais frequentes, dentre outras informações úteis para embasar uma política pública de saúde para esse fim e para dar efetividade às obrigações assumidas em função da ratificação da Convenção n. 139 da OIT⁽⁶⁾.

A Convenção n. 139 da OIT dispõe sobre a prevenção e o controle de riscos profissionais causados por substâncias ou agentes cancerígenos, estabelecendo, aos Estados que a ratificaram, diferentes deveres para proteção do meio ambiente do trabalho e da saúde dos trabalhadores. Neste tocante, todo membro que tiver ratificado tal Convenção deverá *“determinar periodicamente as substâncias e agentes cancerígenos aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou sujeita a autorização ou controle”*, atendendo ao princípio da melhoria contínua, e levar *“em consideração os dados mais recentes contidos nos repertórios de recomendações práticas ou guias que a Secretaria Internacional do Trabalho possa elaborar”* (art. 1º); *“procurar de todas as formas substituir as substâncias e agentes cancerígenos a que possam estar expostos os trabalhadores durante seu trabalho por substâncias ou agentes não cancerígenos ou por substâncias ou agentes menos nocivos e “a duração e os níveis dessa exposição*

de 30 anos da curva de crescimento da utilização em escala industrial no Brasil, que deu-se durante o período conhecido como o “milagre econômico”, na década de 1970. Não se estabeleceu nenhuma relação do mesotelioma com o tabagismo, nem com doses de exposição. O Mesotelioma maligno pode produzir metástases por via linfática em aproximadamente 25% dos casos” (INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER).

(5) *“Além das doenças descritas, o amianto pode causar espessamento na pleura e diafragma, derrames pleurais, placas pleurais e severos distúrbios respiratórios”* (INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER).

(6) Convenção aprovada na 59ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1974. Entrou em vigor no plano internacional em 10 de junho de 1976 e ratificada pelo Brasil em junho de 1990 (Promulgação pelo Decreto n. 157, de 2 de junho de 1991 e vigência nacional a partir de 27 de junho de 1991).

devem ser reduzidos ao mínimo compatível com a segurança” (art. 2º), atendendo aos princípios da prevenção e precaução e buscando um risco mínimo regressivo; “prescrever as medidas a serem tomadas para proteger os trabalhadores contra os riscos de exposição a substâncias ou agentes cancerígenos” (art. 3º); adotar medidas para que os trabalhadores recebam “toda a informação disponível sobre os perigos que representam tais substâncias e sobre as medidas a serem aplicadas”, observando o princípio da informação (art. 4º); “adotar medidas para assegurar que sejam proporcionados aos trabalhadores os exames médicos ou os exames ou investigações de natureza biológica ou de outro tipo” que permitam avaliar o estado de saúde dos trabalhadores” (art. 5º).

Além das obrigações acima, de caráter eminentemente preventivo, a Convenção ainda estabelece que os membros que a ratificaram devem, ainda, proporcionar serviços de inspeção apropriados para zelar pela aplicação das disposições da presente Convenção ou certificar-se de que se exerce uma inspeção adequada no que se refere ao meio ambiente do trabalho e, consequentemente, a saúde e segurança dos trabalhadores.

3.2. Aspectos jurídicos em relação ao uso do amianto no Brasil

O contexto jurídico brasileiro em relação ao amianto é diversificado, encontrando-se abordagens sobre o tema no âmbito legislativo (federal, estadual e municipal), administrativo, jurisprudencial. Neste item, serão analisadas as normas existentes sobre a utilização do amianto no Brasil e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a (in)constitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055/1995.

3.2.1. O amianto na legislação brasileira

O tratamento jurídico dado ao amianto no Brasil não é unívoco: há uma lei federal sobre o tema, variadas leis estaduais e municipais que restringem a sua utilização, além de uma

norma administrativa sobre saúde e segurança do trabalho (Anexo 12 da Norma Regulamentadora n. 15, sobre os limites de tolerância do asbesto), tratada aqui como legislação em sentido lato.

No âmbito federal, a extração, a industrialização, a utilização, a comercialização e o transporte do amianto, bem como dos produtos que o contenham, são disciplinados pela Lei n. 9.055/1995 e, mais especificamente, a exposição labor-ambiental a tal substância é regulamentada no Anexo 12 da NR n. 15.

A Lei n. 9.055, de 1º de junho de 1995, proíbe o uso do amianto em sua variedade anfíbio (art. 1º, inciso I), a pulverização de todos os tipos de fibras, inclusive do amianto crisotila (art. 1º, inciso II), a venda a granel de fibras em pó de qualquer tipo, inclusive do amianto crisotila (art. 1º, inciso III); e autoriza o uso do amianto crisotila, bem como demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem⁽⁷⁾, de acordo com balizamentos previstos na própria lei (art. 2º).

No tocante às questões labor-ambientais, a Lei n. 9.055/1995 preocupou-se em reiterar que as normas de saúde e segurança do trabalho (art. 3º), especialmente os limites de tolerância (art. 7º), previstos na NR n. 15 devem ser observados, indicando a obrigatoriedade da realização de exames médicos (art. 5º) e listagem dos trabalhadores que foram expostos ao amianto (art. 5º, *caput*).

Seguindo essa mesma lógica, a NR n. 15, em seu Anexo 12, também proíbe a utilização de qualquer tipo de amianto do grupo anfíbio e dos produtos que contenham essas fibras, permitindo a utilização do amianto na variedade crisotila, dentro do limite de tolerância de 2,0 f/cm³ (item 12) e de acordo com contornos estabelecidos na NR.

Dentre outras, tais contornos estabelecem a proibição do trabalho de menores de 18 anos

(7) Conforme dispõe o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.055/1995, “para os efeitos desta Lei, consideram-se fibras naturais e artificiais as comprovadamente nocivas à saúde humana”.

em ambientes onde possa haver a poeira do amianto (item 6); necessidade de rotulagem do produto de forma adequada, suficiente e compreensível por parte dos fornecedores, inclusive quanto às instruções de uso, atendendo ao princípio da informação (itens 9 e 10); dever de realizar avaliação ambiental em relação à poeira do amianto em intervalos de, no máximo, 6 meses (item 11), a qual deverá ser informada aos trabalhadores (item 11.3) e acompanhada pelos sindicatos (item 11.2), atendendo aos princípios da prevenção e precaução e da informação-participação; “o empregador deve garantir informações e treinamento aos trabalhadores, com frequência mínima anual, priorizando os riscos e as medidas de proteção e controle devido à exposição ao asbesto” (item 20), observando os princípios da prevenção, precaução e informação.

Contudo, apesar de tais balizamentos, ambas as normas de âmbito federal se olvidaram da recomendação inequívoca da Organização Mundial da Saúde de que não há forma segura de contato com o amianto, isto é, qualquer exposição a tal substância é potencialmente lesiva (inclusive, cancerígena) ao ser humano (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2015, p. 6). Ademais, ainda que permitissem a manipulação do amianto crisotila, também se olvidaram de atualizar (e rebaixar)⁽⁸⁾ seus limites de tolerância com base em normas internacionais sobre saúde e segurança do trabalho, conforme interpretação analógica do item 9.3.5.1, “c”, da NR n. 9⁽⁹⁾, o que consagraria o princípio da melhoria contínua.

(8) Dados da Occupational Safety and Health Administration (OSHA), órgão norte-americano dedicado às questões relacionadas à saúde e segurança no trabalho indica como limite de tolerância do amianto o índice de 0,1 fibra por centímetro cúbico em uma média de 8 horas de trabalho e a possibilidade excepcional de exposição, durante 30 minutos, no máximo, a 1 fibra de amianto por centímetro cúbico (OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH ADMINISTRATION, 2014, p.1). Note-se que o limite de tolerância fixado na legislação brasileira é de 2 fibras de amianto por centímetro cúbico, isto é, um limite 20 vezes maior do que aquele fixado pela OSHA.

(9) “c) quando os resultados das avaliações quantitativas da exposição dos trabalhadores excederem os valores

No âmbito estadual, há leis mais restritivas do que a lei federal, proibindo a utilização do amianto. Merecem destaque a Lei n. 10.813/2001, do Estado de São Paulo, dispõe sobre a proibição de importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e a instalação, no Estado de São Paulo, de produtos ou materiais contendo qualquer tipo de amianto; a Lei n. 12.684/2007 (regulamentada pelo Decreto estadual n. 58.695/2012), também do Estado de São Paulo, que proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição; a Lei n. 2.210/2001, do Estado de Mato Grosso do Sul, proibindo a comercialização de produtos à base de amianto destinados à construção civil no âmbito de Mato Grosso do Sul; a Lei n. 3.569/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham amianto; a Lei n. 4.314/2001, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre as obrigações das empresas de fibrocimento pelos danos causados à saúde dos trabalhadores no âmbito do Estado do Rio de Janeiro; o Decreto n. 40.674/20017, também do estado carioca, sobre a vedação aos órgãos da administração direta e indireta de utilização de qualquer tipo de amianto; a Lei n. 11.643/2001, do Estado do Rio Grande do Sul, que proíbe a produção e comercialização de produtos à base de amianto no estado; a Lei n. 12.589/2004, do Estado de Pernambuco, sobre a proibição do amianto nas obras públicas; Lei n. 9.583/2011, que proíbe o uso de materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou

dos limites previstos na NR-15 ou, na ausência destes os valores limites de exposição ocupacional adotados pela ACGIH - American Conference of Governmental Industrial Hygienists, ou aqueles que venham a ser estabelecidos em negociação coletiva de trabalho, desde que mais rigorosos do que os critérios técnico-legais estabelecidos”.

outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição.

Todas essas leis foram objeto de ações judiciais para declaração de sua inconstitucionalidade em face da Lei federal n. 9.095/1995 que autoriza a produção e o uso do amianto crisotila no Brasil. Destaca-se que as ações foram majoritariamente propostas pelo Estado de Goiás, um dos maiores produtores de amianto crisotila, já que no município de Minaçu/GO está localizada uma das três maiores minas de amianto crisotila do mundo, a “Cana Brava”, sob o argumento de que, além de ferir dispositivo constitucional, tais normas estaduais prejudicariam a economia no estado de Goiás (e.g. ADI n. 2.656, ADI n. 2.396); e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, defendendo que a proibição de tal substância feriria o direito ao trabalho daqueles que laboram na indústria do amianto (e.g. ADI n. 3.937, ADI n. 3.406). A jurisprudência oscilou no tratamento dessas diversas ações, ora julgando-as procedentes, ora improcedentes. Nos itens seguintes, analisar-se-á uma das ADIs propostas que mais se relaciona com a preocupação do equilíbrio labor-ambiental e o julgamento mais recente do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

No âmbito municipal, em menor quantidade, também há iniciativas de proibição do uso do amianto. Merecem destaque a Lei Municipal n. 3.316/2000, do município de Mogi Mirim (SP), que proíbe os órgãos da administração pública direta e indireta de adquirir e utilizar materiais produzidos com amianto em suas edificações; a Lei Complementar n. 90/2000, do município de Osasco (SP), que proíbe no município de Osasco a utilização de materiais produzidos com amianto nas construções públicas e privadas; a Lei n. 13.113/2001, do município de São Paulo (SP), que proíbe o uso de qualquer material e equipamento à base de amianto na construção civil; a Lei n. 9.264/2001, do município de Ribeirão Preto (SP), que também proíbe o uso do amianto na construção civil; a Lei n. 3.425/2001, do município de Barretos

(SP), que dispõe sobre a proibição do uso do amianto na construção civil; a Lei Complementar n. 332/2001, do município de Jundiaí (SP), que proíbe o uso de materiais produzidos com amianto nas construções públicas e privadas no município; Lei municipal de Amparo (SP) n. 2.671/2001, que a proíbe a fabricação e estabelece restrições ao uso e comercialização do amianto, definindo prazos para banimento de materiais produzidos com qualquer forma de amianto no município; Lei n. 5.693/2001, do município de Guarulhos (SP), que proíbe a utilização do amianto na construção civil; Lei municipal de Taboão da Serra n. 1.368/2001, que proíbe o uso do amianto nas construções públicas; a Lei n. 10.874/2001 do município de Campinas (SP), que proíbe a fabricação, estabelece restrições ao uso e comercialização e define prazos para banimento de materiais produzidos com qualquer forma de amianto ou de outros minerais ou materiais que os contenham em sua composição; a Lei Municipal n. 2.738/2003 do município de Santa Barbara D'Oeste (SP) que proíbe a fabricação e regulamentação a comercialização de produtos à base de amianto; a Lei n. 2.712/1998 do município do Rio de Janeiro (RJ), que dispõe que os produtos de cimento amianto comercializados no Município do Rio de Janeiro deverão estampar através de carimbo ou adesivo, em tamanho que torne perfeitamente visível a seguinte frase: “*Este produto pode causar danos à saúde*”; Lei n. 2.712/1999, do município do Rio de Janeiro, que proíbe a utilização de telhas de amianto em prédios municipais.

Interessante notar que grande parte das leis municipais dispões sobre a proibição da utilização do amianto na indústria da construção civil; justamente, uma das indústrias que mais utiliza materiais à base de tal substância, especialmente em telhas e cimentos.

3.2.2. ADI ajuizada pela ANAMATRA e ANPT

Cientes dos riscos labor-ambientais gerados pela exposição humana ao amianto e no âmbito

de suas finalidades institucionais⁽¹⁰⁾, em 02 de abril de 2008, a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA) e a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), em conjunto, ajuizaram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 4.066/DF), com pedido liminar, para que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055, de 1º.6.1995, em face da violação aos arts. 1º, III e IV, 170, *caput*, e VI, 196 e 225, da Constituição Federal.

As razões para o ajuizamento da ADI centram-se, sobretudo, nas mazelas que o amianto pode trazer à saúde do ser humano, especialmente dos trabalhadores que estão em contato direto e prolongado com tal substância; e a todo o meio ambiente, que padece de danos irreparáveis em *“decorrência da total ausência de cuidados apropriados com os resíduos provenientes da atividade mineradora, em muitos casos despejados a céu aberto, em áreas de livre acesso e até mesmo em locais onde se faz presente*

a ocupação humana” (ANAMATRA; ANPT, 2008, p. 25).

Ademais, demonstra-se ao longo da peça que o Brasil anda em *“descompasso com os rumos tomados pelo cenário internacional, onde o amianto, em todas as suas modalidades, vem sendo sistematicamente abolido⁽¹¹⁾, não só pelos países desenvolvidos, mas também por muitas nações ainda em desenvolvimento”* (ANAMATRA; ANPT, 2008, p. 12), registrando que

o progresso tecnológico experimentado nas últimas décadas permitiu o desenvolvimento de fibras alternativas ao amianto, capazes de viabilizar o prosseguimento das atividades econômicas exploradas pelo setor de fibrocimento, sem impor aos trabalhadores e à população em geral o contato com a poeira cancerígena emanada do asbesto (ANAMATRA; ANPT, 2008, p. 15).

As fibras referidas na ADI, tais como fios de polivinílico álcool (PVA) e de polipropileno (PP), além de serem economicamente viáveis e figurarem como uma alternativa adequada ao uso do amianto, *“têm sua utilização recomendada pela Organização Mundial de Saúde (Critério 203/1998 — OMS)”*.

Por tais razões, as autoras requerem que seja deferida a liminar, com a consequente suspensão da eficácia do dispositivo legal impugnado, até o julgamento final da ADI e que seja julgada

(10) Dentre as finalidades da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) constam as de *“promover a defesa judicial e extrajudicial dos direitos e interesses coletivos e individuais dos associados, relacionados à atividade profissional, desde que compatíveis com as suas finalidades”*, de *“colaborar com os Poderes Públicos no desenvolvimento da justiça, na defesa dos interesses sociais”* e de *“desenvolver ações nas áreas específicas das funções institucionais do Ministério Público”* (grifo nosso) e, no que tange à Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), o art. 2º, § 3º de seu estatuto é expresso ao demonstrar a relação de pertinência entre o objeto da ação e as suas finalidades institucionais, ao dispor que: *“A ANAMATRA, tem por finalidade congrega Juizes do Trabalho em torno de interesses comuns, promovendo maior aproximação, cooperação e solidariedade, defendendo e representando os seus interesses e prerrogativas perante as autoridades e entidades nacionais e internacionais, pugnando pelo crescente prestígio da Justiça do Trabalho. [...] § 3º A ANAMATRA deverá atuar na defesa dos interesses da sociedade, em especial, pela valorização do trabalho humano, pelo respeito à cidadania e pela implementação da justiça social, pugnando pela preservação da moralidade pública, da dignidade da pessoa humana, da independência dos Poderes e dos princípios democráticos.”* (grifo nosso)

(11) Na ADI, as autoras apresentam o seguintes panorama dos países que aboliram baniram o amianto: *“Islândia: 1983 – Noruega: 1984 – El Salvador: (metade da década de 1980) – Dinamarca: 1986 – Suécia: 1986 – Suíça: 1989 – Áustria: 1990 – Holanda: 1991 – Finlândia: 1992 – Itália: 1992 – Alemanha: 1993 – França: 1996 – Eslovênia: 1996 – Polônia: 1997 – Principado de Mônaco: 1997 – Bélgica: 1998 – Arábia Saudita: 1998 – Burkina-Faso: 1998 – Inglaterra: 1999 – País de Gales: 1999 – Irlanda do Norte: 1999 – Escócia: 1999 – República da Irlanda/Eire: 2000 – Látvia: 2001 – Chile: 2001 – Argentina: 2001 – Espanha: 2002 – Luxemburgo: 2002 – Austrália: 2003 – Liechtenstein – Emirados Árabes – Nova Zelândia – República Checa – Vietnã: 2004 – Portugal: 2005 – Grécia: 2005 – Japão: 2004 – Honduras: 2004 – Uruguai: 2002 – Seychelles – Gabão – África do Sul 2004”* (ANAMATRA; ANPT, 2008, p. 13).

integralmente procedente a ação, com vistas à declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055/1995.

3.2.3. Julgamento da (in) constitucionalidade do uso do amianto pelo STF

Em 24 de agosto de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento da ADI 4066/DF ajuizada pela ANAMATRA e ANPT em 2008.

O Tribunal, por maioria, *conheceu da ação, reconhecendo a legitimidade ativa das autoras*, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio. No mérito, *o Tribunal computou cinco votos* (dos Ministros Rosa Weber (Relatora), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia) *pela procedência da ação, e quatro votos* (dos Ministros Alexandre de Moraes, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Marco Aurélio) *pela improcedência da ação*, e, por não se ter atingido o quórum exigido pelo art. 97 da Constituição, *não se pronunciou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055/1995, em julgamento destituído de eficácia vinculante*. Impedidos os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 24.8.2017. (grifo nosso)

Nesse sentido, apesar da maioria (simples) do Tribunal ter entendido ser o art. 2º da Lei n. 9.055/1995 inconstitucional, por 5 votos a 4, a decisão não tem efeito vinculante porque não se deu por maioria absoluta, conforme exigência do art. 97 da Constituição Federal, segundo o qual “*somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*”.

Na prática, como a decisão do STF não tem efeito vinculante, visto não ter atingido a maioria qualificada dos votos, os juízes e tribunais do país ficam livres para decidir, de acordo com o caso concreto, se o uso do

amianto e as leis estaduais e municipais são (in)constitucionais, exercendo o controle difuso de constitucionalidade.

Na mesma data, o STF julgou também a ADI n. 3.937/SP, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria sob o argumento de que a Lei estadual n. 12.684 (que proíbe o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição) seria inconstitucional.

O Tribunal julgou improcedente a ação direta, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Luiz Fux, que julgavam procedente a ação, e vencido parcialmente o Ministro Alexandre de Moraes, que julgava improcedente a ação, sem declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Não votou o Ministro Roberto Barroso, sucessor do Ministro Ayres Britto. Nesta assentada, o Ministro Edson Fachin reajustou seu voto para acompanhar o voto do Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 24.8.2017.

Nesse cenário, a lei estadual paulista continua em vigor e o uso do amianto no Estado de São Paulo fica banido.

Mais recentemente, no dia 29.11.2017, o Supremo Tribunal Federal finalmente banuiu o uso do amianto em todo o território nacional, por sua própria e direta decisão, com eficácia *erga omnes*. Na ocasião, julgando as ADIs ns. 3.470 e 3.406, ambas do Estado do Rio de Janeiro, a Corte fez mais que simplesmente reafirmar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de normas que permitiam a extração de amianto crisotila. Para além disso — e com certo ineditismo —, o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.099/1995 (que é lei nacional), mas com efeito vinculante e a referida eficácia *erga omnes*.

A incidentalidade deveu-se, no caso, ao fato de as ADI's em questão não tratarem propriamente da Lei n. 9.099/1995, mas sim da Lei Estadual n. 3.579/2001 (*i. e.*, da lei fluminense que proibia a exploração do amianto no Estado do Rio de Janeiro). Observou-se, no entanto, que, nos julgamentos anteriores — e especialmente no caso da lei paulista —, o Supremo havia criado um vácuo jurídico para os Estados que não tinham lei proibindo a fibra (veja-se, a propósito, o voto do Min. Alexandre de Moraes). E, a partir de tal constatação, terminaram por declarar, com 7 votos contra 2, a improcedência das ADIs contra a proibição do uso do amianto no Rio de Janeiro e, bem assim, os efeitos vinculantes e *erga omnes* da *ratio iuris* da decisão, quanto à inconstitucionalidade de leis que autorizassem a exploração da crisotila. A despeito da contrariedade de alguns ministros (como, na espécie, do Min. Gilmar Mendes), prevaleceu a inteligência proposta por Dias Toffoli e outros, no sentido de que, no âmbito do STF, o controle difuso também pode gerar efeito *erga omnes* e vinculante para todo Brasil. E assim se decidiu.

4. (Des)equilíbrio labor-ambiental e responsabilidade civil do empregador

Todo aquele que provoca dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Além de ser uma das noções jurídicas mais elementares, essa é a disposição do art. 927 do Código Civil. Assim também se dá em relação ao meio ambiente, nele incluído o do trabalho. Nessa perspectiva, acolhendo o princípio do poluidor-pagador, todo aquele que degrada e, portanto, desequilibra o meio ambiente do trabalho, deve repará-lo. É o que se depreende do art. 225, § 3º da Constituição Federal, que assim dispõe: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da **obrigação de reparar os danos causados**” (grifo nosso).

Também nesse sentido segue a legislação infraconstitucional no tocante ao meio ambiente, com destaque para a Lei n. 6.938/1991, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, segundo a qual, em seu art. 14, § 1º, “*sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo*, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade” (grifo nosso).

Nessa mesma lógica,

quando o “habitat laboral” se revela indôneo a assegurar condições mínimas para uma razoável qualidade de vida do trabalhador, teremos aí uma lesão ao meio ambiente do trabalho, e esse complexo de bens materiais e imateriais pode ser agredido e lesado tanto por fontes poluidoras externas como internas, provenientes de outros empreendimentos, trazendo à tona, inclusive, a questão da responsabilização pelos danos, uma vez que os danos ao meio ambiente do trabalho não ficam restritos ao ambiente em que o trabalhador exerce seu labuto, mas o acompanham após o fim do expediente (PADILHA, 2013, p. 181).

Observe-se que, em matéria ambiental, aquele que polui o meio ambiente fica obrigado a repará-lo independentemente da existência de culpa, ensejando, assim, a responsabilidade civil objetiva do poluidor ambiental (grifo anterior). Neste tocante, considerando ser o meio ambiente do trabalho parte integrante do meio ambiente geral, é possível estender tal responsabilidade objetiva para aquele (empregador) que provoque desequilíbrios labor-ambientais (?).

Contudo, se em matéria ambiental a lei indicou a responsabilidade objetiva do poluidor; em matéria laboral, há disposição expressa na Constituição Federal, consubstanciada em seu art. 7º, inciso XXVIII, sobre o direito de todo trabalhador a receber “*seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado*,

quando incorrer em dolo ou culpa” (grifo nosso), adotando, portanto, a responsabilidade subjetiva do empregador em caso de acidentes do trabalho.

Tal circunstância traz o questionamento acerca de (aparente) antinomia jurídica no tocante ao tema, contrapondo-se as possibilidades de responsabilidade civil subjetiva do empregador e a responsabilidade objetiva do poluidor. Neste item, serão estudados esses dois modelos de responsabilidade, evidenciando que não se trata de antinomia jurídica, mas de disciplinas jurídicas diferentes para situações fáticas igualmente diferentes.

A responsabilidade civil subjetiva do empregador, isto é, aquela informada pela existência de dolo ou culpa, está prevista constitucionalmente no art. 7º, XXVIII, que dispõe sobre o direito dos trabalhadores perceberem “*seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa*”.

Ao envolver tais elementos subjetivos — dolo e culpa —, a Constituição Federal consagra a responsabilidade civil subjetiva do empregador nos casos de acidente do trabalho (a ele equiparadas as doenças profissionais e do trabalho, conforme previsão do art. 20 da Lei n. 8.213/1991), disciplinada pelos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil (culpa aquiliana em sentido lato).

Contudo, ao dispor sobre a responsabilidade daquele que lesa o meio ambiente, a Constituição Federal nada dispõe sobre a necessidade de constatação de dolo ou culpa para respectiva responsabilização, conforme art. 225, § 3º (supra). Interpretando sistematicamente o diploma constitucional e considerando seu art. 200, VIII, que deixa claro ser o meio ambiente do trabalho parte do meio ambiente geral, a responsabilização daquele que provoca danos ao meio ambiente do trabalho também não depende de demonstração de culpa ou dolo do agente.

Nessa perspectiva, entende-se que a disposição do art. 7º, XXVIII da Constituição Federal dirige-se àqueles casos em que os danos são oriundos de causalidades tópicas, isto é, problemas e situações pontuais, os quais não têm a magnitude de desequilibrar todo ou parte do meio ambiente laboral. Assim, em resumo, a responsabilidade civil subjetiva do empregador tem lugar quando o dano causado ao meio ambiente do trabalho foi tópico.

Nos casos de danosidade tópica, excepcionando a previsão do art. 7º, XXVIII da Constituição Federal, também é possível haver responsabilidade civil objetiva do empregador nos casos em que a atividade econômica por ele desenvolvida, em função de suas peculiaridades, oferecer riscos especialmente elevados aos trabalhadores, isto é, riscos superiores àqueles inerentes a quaisquer atividades econômicas. É o que dispõe o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, segundo o qual “*haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem*” (grifo nosso). Sobre tais riscos inerentes superlativos, esta é a interpretação dada também pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, expressa em seu Enunciado n. 38, indicando que “*a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade*”.

Para além da danosidade tópica, há danos sistêmicos provocados ao meio ambiente do trabalho, desequilibrando-o no todo ou em parte. Para estes casos, em que se observa um desequilíbrio caracterizador de poluição labor-ambiental, dirige-se o art. 14, §1º, da Lei n. 6.938/1991, segundo o qual “*sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste*

artigo, é o poluidor obrigado, **independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.** [...]”. Portanto, o empregador poluidor — isto é, “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, inciso IV, da Lei n. 6.938/1991) — fica obrigado a reparar os danos causados ao meio ambiente do trabalho e aos trabalhadores, independentemente de culpa ou dolo.

A fim de identificar um meio ambiente laboral poluído, Feliciano (2013, p. 23) sugere um rol de indícios caracterizadores de um desequilíbrio sistêmico: (a) a afetação multitudinária dos trabalhadores, que são sujeitos às mesmas condições agressivas (e.g. insalubridade, periculosidade, penosidade etc.) e, por isso, tendem a sofrer lesões semelhantes (PADI-LHA, 2002); (b) a reincidência, demonstrada por autuações administrativas anteriores com objeto igual ou similar àquele discutido nos autos; (c) a imperícia organizacional, comumente verificável em casos de mudança recente do objeto social da empresa; (d) a constatação pericial de riscos agravados ou proibidos naquele meio ambiente do trabalho. Para ilustrar a danosidade sistêmica e contrapô-la à tópica, o autor relata duas situações:

Imagine-se, e.g., a hipótese de um trabalhador sequelado por choque elétrico porque o seu encarregado esqueceu-se de colocar, na chave geral, o cadeado de segurança, vindo um terceiro a energizar acidentalmente o equipamento em conserto. Todos os procedimentos de segurança são, em geral, observados, ocupando-se a empresa de distribuir EPI bastantes, além de orientar e fiscalizar o uso (Súmula n. 289 do C. TST). O acidente deveu-se, claramente a uma falha humana, não a um quadro de desequilíbrio organizacional ou ambiental. Logo, terá havido **causalidade tópica**, a atrair a norma do art. 7º, XVIII, da CRFB (...). De outra parte, imagine-se que auditores fiscais

do trabalho (MTE) identifiquem cerca de duas dezenas de trabalhadores portadores de disacusia neurossensorial bilateral, todas lotados na mesma seção de certa indústria metalúrgica. Perícias ambientais detectaram níveis locais de ruído variáveis entre 86,6 e 88,0 decibéis, enquanto perícias médicas revelaram que as perdas bilaterais dos empregados oscilam entre 13,52% e 16,21%. No processo judicial em que se reclamam indenizações individuais, as testemunhas ouvidas revelam o fornecimento insuficiente de protetores auriculares, aliado à inocorrência de orientação ou de efetiva fiscalização de uso. Aí estão suficientemente descritos elementos indicativos da **causalidade sistêmica** dos danos, a atrair a norma do art. 14, §1º, da Lei n. 6.938/81. (FELICIANO, 2013, p.22-23)

Nota-se, a partir dos exemplos traçados acima, que, em contraposição à causalidade tópica, a causalidade sistêmica ensejadora de poluição labor-ambiental tem relação direta com a própria organização do meio labor-ambiental, com os métodos de produção, com o desrespeito reiterado de obrigações legais, tratando-se de um desequilíbrio gestáltico.

Assim, conforme exposto é possível identificar três regramentos jurídicos (coerentes entre si) a respeito da responsabilização civil do empregador: (i) responsabilidade civil subjetiva do empregador em função de danos tópicos, fundada em dolo ou culpa (prevista no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal e regulada pelos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil); (ii) responsabilidade civil objetiva do empregador decorrente de um risco especialmente elevado (risco inerente superlativo) gerado por sua atividade econômica (prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil); (iii) responsabilidade civil objetiva do empregador decorrente do desequilíbrio do meio ambiente (poluição labor-ambiental), fundada no art. 14, §1º, da Lei n. 6.938/1981, aplicável nos casos de danosidade sistêmica.

5. Conclusão

Considerando a disposição constitucional expressa sobre a configuração do meio ambiente do trabalho como parte integrante do meio ambiente humano (art. 200, inciso VIII da Constituição Federal), aplicam-se às questões de saúde e segurança do trabalho — e, de modo mais abrangente, a todo o Direito Ambiental do Trabalho — os princípios protetores do Direito Ambiental; e, notadamente, o princípio da prevenção, o princípio da precaução, o princípio da melhoria contínua, o princípio da informação, o princípio da participação e o princípio do poluidor-pagador. Aplicam-se, mais, naquilo que for compatível, as leis que regem a proteção do meio ambiente, e, em especial, a Lei n. 6.938/1981.

Nessa perspectiva, os riscos inerentes à presença do amianto no meio ambiente do trabalho, não podem ser corretamente avaliados, se não à luz dos princípios jurídicos acima relacionados. Sob o pálio da prevenção/precaução, resulta certo que a exposição de trabalhadores às diversas modalidades de amianto — inclusive o crisotila — deve ser prioritariamente eliminada e evitada; e assim haveria de ser, mesmo se houvesse incerteza científica a respeito de seu potencial cancerígeno (o que, a rigor, já não há, mercê dos próprios comunicados da Organização Mundial da Saúde).

Onde a eliminação não ocorra prontamente, ademais, à vista do modelo federativo brasileiro e das recentes decisões do STF, deverão ter curso todas as medidas adequadas para que os riscos sejam progressivamente diminuídos (princípio da melhoria contínua) e plenamente informados aos trabalhadores (princípio da informação), que, por sua vez, devem ser chamados a dialogar sobre as melhores estratégias de segurança laboral (princípio da participação) até o banimento final.

De resto, em relação aos danos laborais derivados do amianto já utilizado pela indústria nacional, está o empregador obrigado a reparar

os danos que sua atividade causou (princípio do poluidor-pagador), independentemente de culpa ou dolo. Em outras palavras, o empregador-poluidor que manteve seus trabalhadores expostos ao amianto deverá ser responsabilizado objetivamente, seja porque sua atividade é superlativamente mais lesiva aos trabalhadores (art. 927, parágrafo único, do Código Civil), seja ainda - se assim não se entender - porque ambientes laborais expostos ao amianto ou por ele contaminados estão indelevelmente desequilibrados.

Como há um século e meio ponderou Abraham Lincoln, “[y]_ou cannot escape the responsibility of tomorrow by evading it today”. Que assim seja, agora e doravante, para todas as chagas que a crisotila nos legou, e à posteridade.

6. Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DO TRABALHO (ANAMATRA); ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DO TRABALHO (ANPT). *Ação Direta de Inconstitucionalidade*. 2008.

CLERC, J. M. Training as an instrument of a strategy for the improvement of working conditions and environment. *International Labour Review*, v. 121, 1982, p. 565.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 20, 2002.

_____. O meio ambiente do trabalho e a responsabilidade civil patronal: reconhecendo a danosidade sistêmica. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João (Coords.). *Direito ambiental do trabalho*. v. 1. Apontamentos para uma teoria geral: saúde, ambiente e trabalho: novos rumos da regulamentação jurídica do trabalho. São Paulo: LTr, 2013. p. 11-25.

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER (INCA). *Amianto: prevenção e fatores de risco*. Disponível em: <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/prevencao-fatores-de-risco/amianto>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. *Pelo menos 19 tipos de câncer podem estar relacionados ao trabalho*. 2012a. Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/comunicacao/informacao/site/home/sala_imprensa/releases/2012/pelo_menos_19_tipos_cancer_podem_estar_relacionados_trabalho>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Coordenação Geral de Ações Estratégicas, Coordenação de Prevenção e Vigilância, Área de Vigilância do Câncer relacionado ao Trabalho e ao Ambiente. RIBEIRO, Fátima Sueli Neto (Org.). *Diretrizes para a vigilância do câncer relacionado ao trabalho*. Rio de Janeiro: INCA, 2012b.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARANHÃO, Ney. Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães.; URIAS, João.; MARANHÃO, Ney (Coords.). *Direito ambiental do trabalho: apontamentos para uma teoria geral*. v.3. São Paulo: LTr, 2017.

MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2013.

OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH ADMINISTRATION. *Asbestos*. OSHA FactSheet, 2014.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1998.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Eliminación de las enfermedades relacionadas con el asbesto*. 2016. Disponível em: <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs343/es/>>. Acesso em: 12 set. 2017.

_____. *Asbesto crisotilo*. 2015. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/178803/1/9789243564814_spa.pdf?ua=1&ua=1>. Acesso em: 11 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano de 1972*. 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 10 set. 2017.

_____. *Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento*. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2017.

PADILHA, Norma Sueli. Meio ambiente do trabalho: um direito fundamental do trabalhador e a superação da monetização do risco. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, n. 4, p. 173-182, out/dez 2013.

_____. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. 4. ed. Paris: Dalloz, 2001.

A persistência da cultura escravocrata nas relações de trabalho do Brasil

Kátia Magalhães Arruda^(*)

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. As marcas da escravidão na construção da ética do trabalho no Brasil
- ▶ 3. Relações de trabalho no Brasil moderno: quem é o trabalhador brasileiro?
 - ▶ 3.1. Nível de escolaridade do trabalhador
 - ▶ 3.2. Jornada média dos trabalhadores
 - ▶ 3.3. Rendimento médio dos trabalhadores
- ▶ 4. Uma questão final: há igualdade nas negociações coletivas e nas relações de trabalho no Brasil?
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

Após extensos debates na década de 1990, ressurge no Brasil, mais forte do que antes, a velha discussão sobre o que deve prevalecer nas relações entre empregados e empregadores: o negociado ou o legislado, ou seja, em que medida a liberdade de contratar prevalece sobre a lei? Em que hipótese seria possível essa prevalência se na base de tais negociações não houver igualdade?

Esse tema, de profunda complexidade doutrinária e que envolve não apenas a concepção sobre o que é justiça, como também o alcance dos direitos fundamentais e o papel da legislação e do Estado, tem sido apresentado de forma superficial e maniqueísta, movido muito mais por interesses econômicos do que por interesses de renovação ou modernização do direito

do trabalho, e, muitas vezes, sem amparo na realidade social em que estão inseridos os milhares de trabalhadores, motivo pelo qual este texto procura contribuir com uma análise sobre quem é o trabalhador brasileiro e qual a ética do trabalho existente no país.

Sabe-se que o tema da proteção ao trabalho humano é antiga, encontrada inclusive em relatos bíblicos, portanto, está presente historicamente há pelo menos sete mil anos, mas o direito do trabalho, enquanto conjunto de normas e regulações teve sua origem a partir da revolução industrial, calcado no que hoje seria considerado como tema intrinsecamente vinculado aos direitos humanos, ou seja, a exploração e morte de crianças nas fábricas da Inglaterra. As *Factory acts* foram constituídas por cinco leis aprovadas pelo parlamento inglês, de 1802 a 1833⁽¹⁾, com o objetivo de regular as

(*) Autora convidada. Doutora em Políticas Públicas. Professora da Escola Nacional da Magistratura do Trabalho. Ministra do Tribunal Superior do Trabalho.

(1) A primeira lei, de 1802 previa a figura do inspetor do trabalho, a *factory act* de 1819, proibia o trabalho infantil abaixo de nove anos, mas somente com a

condições dos empregados nas fábricas, principalmente relacionadas às extensas horas de trabalho de crianças na indústria têxtil.

A natureza jurídica do direito do trabalho, exaustivamente analisada pelos doutrinadores, foi durante muito tempo polarizada entre os defensores de sua natureza pública e, em oposição, os defensores de sua natureza privada. Hoje, admite-se com mais tranquilidade a existência de uma terceira natureza, ou “*tertium genus*”, inaugurando o direito do trabalho uma das primeiras construções jurídicas que fogem ao dualismo ou bipolarização, introduzindo, desde o debate sobre sua natureza, essa característica que lhe é tão peculiar: a de apresentar novas posições, a de conciliar aspectos antagônicos na busca de soluções mais plurais e efetivas.

A temática da natureza do direito do trabalho sempre merece destaque nas discussões acadêmicas, principalmente devido a coexistência de normas cogentes (de ordem pública), e normas dispositivas. A própria CLT expressa essa concepção quando subordina o contrato de trabalho individual às disposições de proteção ao trabalho (art. 444), de maneira que nenhum interesse privado prevaleça sobre o interesse público (art. 8º), sendo o direito do trabalho precursor ao admitir o tratamento desigual das partes envolvidas em decorrência da desigualdade econômica real, perspectiva também existente no direito dos consumidores. (ARAÚJO. COIMBRA: 2014)

Entre os vários recortes possíveis à análise do tema, o enfoque ora utilizado terá duas abordagens centrais: a primeira, referente à concepção da ética do trabalho prevalecente

factory Act de 1833, considerada a mais importante e eficiente, delimitou-se uma jornada de trabalho, com horário máximo (das 5:30 às 20:30) e uma idade mínima evolutiva, que chegou a 13 anos em 1836 e jornada máxima de 12 horas para os adolescentes, além da proibição do trabalho noturno e a criação de escolas para trabalhadores abaixo de 13 anos. Outras leis importantes surgiram na Suíça (1877) e na Alemanha (1898), relacionadas à proteção contra acidentes e mortes no trabalho.

no Brasil e à persistência de uma cultura de exploração do trabalho humano, advinda do período escravocrata; e a segunda (a partir de dados oficiais), analisar quem é o trabalhador brasileiro e em que condições ele é chamado, individual ou coletivamente, a entabular negociações de direitos que, ao final, serão definidores da sua sobrevivência.

2. As marcas da escravidão na construção da ética do trabalho no Brasil

São muitos os historiadores que tratam do lastro negativo que a escravidão deixou na construção da sociedade brasileira, mas poucos têm analisado em profundidade sua repercussão sobre a construção (ou desconstrução) da ética do trabalho no país.

Os primeiros trabalhadores brasileiros foram os escravos. Essa realidade durou, da “descoberta” do Brasil pelos portugueses, em 1500, até 1888, época oficial da abolição da escravidão, ou seja, 388 anos de trabalho escravo legalizado. Dos 516 anos de história oficial, só 118 registram trabalho livre em sua concepção formal.

Os dados fáticos registram, ainda, que após a abolição, os ex-escravos não foram inseridos na sociedade⁽²⁾. Também não tiveram voz ou voto, assim como, não se adotou no país uma política de valorização do trabalho, que continuou a ser visto como “coisa de escravo, negro e pobre”⁽³⁾. A concepção de trabalho no Brasil é, portanto, bem diferente da examinada no consagrado estudo de Max Weber, intitulado “A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo”, em que o trabalho é apresentado como “vocação”, “meio de obter graça”, “virtude a ser seguida por todos”, pois “mesmo o rico

(2) Como esclarece Laurentino Gomes, não houve no Brasil nenhuma preocupação com os escravos libertos, como ocorreu no Freedmen’s Bureau, instituição criada pelo governo americano para dar assistência aos escravos libertos após a Guerra da Secessão. (GOMES, 2013).

(3) Citação tão comum que não se consegue delimitar a autoria.

não deve comer sem trabalhar, mesmo que não precise disso para sustentar suas próprias necessidades”. Para WEBER, além de ser um valor intrínseco, o trabalho estaria no espírito do capitalismo, sendo um dever para todos e um mandamento de Deus a ser obedecido. (WEBER, 2004, p. 133).

Como afirma JESSE SOUZA, a escravidão brasileira foi determinante no modo de vida desenvolvido pelo homem livre, em especial, para a naturalização da desigualdade, estendendo suas raízes em diversos aspectos da sociedade, principalmente na relação entre patrão e trabalhador ou, para bem usar a linguagem do direito do trabalho: empregado — empregador.

“É apenas a partir da percepção da existência dessa dominação simbólica subpolítica, que traz de forma articulada uma concepção acerca do valor diferencial dos seres humanos e cujo ancoramento institucional, no cerne de instituições fundamentais como mercado e Estado, permite por meio dos prêmios e castigos empíricos associados ao funcionamento destas instituições — sob a forma de salários, lucro, emprego, repressão policial, imposto — a imposição objetiva, independentemente de qualquer intencionalidade individual, toda uma concepção de mundo e de vida contingente e historicamente produzida sob a máscara da neutralidade e da objetividade inextrável. Essa hierarquia valorativa implícita e ancorada institucionalmente de forma invisível enquanto tal é que define quem é ou não é “gente”, sempre segundo seus critérios contingentes e culturalmente determinados e, por consequência, quem é ou não é cidadão (SOUZA, 2012, p. 181).

Poder-se-ia afirmar que a ideia da valorização do trabalho está bem distante da realidade e corresponde muito mais à *desvalorização do trabalho* — “coisa de negro e pobre”⁽⁴⁾. Séculos

de escravidão, de domínio absoluto do proprietário sobre a vida de seus escravos, com “direito” a cegar seus olhos, estuprar mulheres na mais tenra idade, mutilar os membros dos trabalhadores ou chicoteá-los até à morte, como provam inúmeros relatos históricos⁽⁵⁾, construiu uma ideia de trabalho servil, subjugado, maltratado e, por fim, bem apartado de uma relação de igualdade. A lenta transição para o trabalho livre entrou em descompasso com a construção do capitalismo e a passagem do Brasil velho para o “novo Brasil, aquele em que as leis de mercado regeriam livremente e em igualdade de condições (jurídicas), as relações entre patrões e empregados” (AZEVEDO, 1987, p. 60), com graves consequências para o desenvolvimento do país.

Alie-se à escravidão, todo um aparato repressivo do Estado e toda uma representação legislativa feita por senhores de engenho, assim como características muito expressivas, tais como, patrimonialismo e clientelismo, fortíssimos até o final do século XIX e que estenderam sua influência para os dias atuais.

O fim da escravidão não rendeu ao Brasil homens livres! O melhor conceito é de homens não escravos, melhor dizendo, ex-escravos e agregados, que tinham em comum a pobreza extrema e o estado de necessidade contínuo e que, junto com os imigrantes também pobres que chegaram ao país, principalmente em São Paulo (aqui é bom destacar que os trabalhadores estrangeiros tinham preferência sobre os nacionais), foram vítimas de uma visão semifeudal, bem diferente da visão liberal defendida em outros países do mundo, daí porque, prevaleceu a ótica de degradação do trabalho manual e do não reconhecimento dos trabalhadores como cidadãos. A cidadania em “negativo”, como descreve CARVALHO (2013), já que o povo não tinha lugar no sistema político, seja no império, seja na república, o que perdurou imutável até 1930.

(4) Nessa expressão percebemos todo o conteúdo discriminatório envolvendo, ao mesmo tempo, o negro, o pobre e o trabalhador.

(5) Apenas para registro, no Brasil era comum a pena de 200 chibatadas, enquanto nos EUA o número comum era de 25 chibatadas.

Mesmo no Brasil republicano, os ideais liberais só sopraram para um lado: a elite agrária. O liberalismo econômico era compreendido como “total liberdade para gerir os negócios”, inclusive na relação com seus trabalhadores, daí porque foram mantidas por muitas décadas as relações coronelistas e autoritárias, isentando o mundo agrário de qualquer intervenção do Estado, a despeito de abrigar, à época da primeira República, cerca de 70% dos brasileiros.

A partir de 1930, na Era Vargas, foi acentuada a preocupação com a questão social, particularmente voltada para o trabalho urbano. Construiu-se o que CARDOSO (2010) denominou de “utopia da proteção estatal representada pela legislação social e trabalhista”, plantada no fértil ambiente de vulnerabilidade social, mas que ajudou a mudar a relação do Estado brasileiro com sua população, ao incorporar os trabalhadores e, principalmente, seus sindicatos, no processo de construção e manutenção do Estado Novo.

O direito do trabalho foi apresentado como um instrumento de promoção da cidadania e um modo de, nas palavras de Oliveira Viana, “libertar o povo do jugo dos poderosos locais”, embora de modo claro houvesse o desprezo à ideia do confronto ou da luta de classes.

Como ocorreu com a lei que aboliu o tráfico negreiro, em 1831⁽⁶⁾, considerada “lei para inglês ver” — pela falta de efetividade —, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), apesar de não aplicada em sua inteireza, logo foi tida como um instrumento de luta dos trabalhadores, que acreditaram no direito do trabalho como a melhor forma de inserção na sociedade, por meio de uma profissão regulamentada. A expressão formal da “cidadania

regulada”⁽⁷⁾ era a carteira de trabalho, que, para a esmagadora maioria era um documento mais importante que o registro de nascimento.

A busca da “cidadania regulada” provocou ondas migratórias do campo para a cidade. De lá para cá, o Brasil se tornou um país urbano e industrializado, sem romper com suas grandes dicotomias de exclusão social, pauperismo e desigualdade. Tal situação é perceptível em função dos baixos salários e frágeis políticas públicas adotadas por diversos governos no decorrer da história.

Ao analisar o Censo de 1970, percebe-se que a população que ganhava até dois salários mínimos (renda bem restritiva) era mais do que 70% dos brasileiros. Esse quadro melhorou um pouco na década de 1980, retrocedeu nos anos 1990 (chamada “década perdida”), apresentou certa melhora entre 2000 e 2010 e retornou ao mesmo índice, ou seja, a maioria esmagadora dos trabalhadores brasileiros recebe salários muito baixos. Tal situação, vinculada à deficiência de escolaridade, reflete na baixa qualidade de mão de obra, impossibilitando grandes alterações na questão central da desigualdade e da distribuição de renda.

É importante lembrar que a igualdade de direitos para trabalhadores rurais e urbanos só veio a ser resolvida com a Constituição de 1988. Mesmo as Convenções Internacionais que estenderam direitos aos trabalhadores do campo não foram logo assinadas, a exemplo da Convenção n. 12 da OIT⁽⁸⁾, que data de 1921 e só foi ratificada pelo Brasil em 1956, e a exigência de lei especial para a sindicalização do trabalhador rural, que só foi promulgada em 1963, com o Estatuto do Trabalhador Rural.

A conclusão inexorável é que tão longa escravidão, bem como o extenso período que

(6) A abolição da escravidão foi precedida de várias leis no Século XIX, com destaque para quatro: a de 1831, que proibiu o tráfico de escravos (exigência da Inglaterra); a de 1850, também chamada de “Euzébio de Queiroz” e que tratava do mesmo tema; a de 1871, chamada de “lei do ventre livre”; a de 1888, para os escravos sexagenários. Todas essas leis foram sistematicamente descumpridas e burladas. (COSTA, 2010).

(7) Termo utilizado tanto no sentido de cidadania vigiada pelo Estado, quanto no sentido que enquadra o cidadão ao exercício de uma profissão ou ofício, na qual a CLT era o documento hábil.

(8) A Convenção n. 12 da OIT estende as indenizações por acidentes de trabalho aos assalariados agrícolas.

se seguiu em direção ao trabalho livre, com a manutenção de políticas salariais restritivas e da superexploração, deixaram marcas profundas em diversos aspectos da sociedade brasileira: raciais, sociais, culturais e políticas, de difícil superação, sem o enfretamento das desigualdades e da mudança de ótica quanto ao tema da valorização do trabalho humano.

3. Relações de trabalho no Brasil moderno: quem é o trabalhador brasileiro?

Em 2008, cento e vinte anos após a assinatura da Lei Áurea, o Brasil lançou o 2º Plano nacional para a erradicação do trabalho escravo. Esse fato é revelador: o plano tem por objetivo o estabelecimento de estratégias conjuntas entre Poder Executivo, Ministério Público, Legislativo, Judiciário e sociedade civil para erradicar o trabalho escravo e implementar uma política de reinserção social, de forma a assegurar que os “trabalhadores libertados não voltem a ser escravizados”, e garantir, entre outros direitos “a emissão de documentação civil básica”, como carteira de identidade e carteira de trabalho, direitos trabalhistas, “sensibilização do Supremo Tribunal Federal para a relevância dos critérios trabalhista e ambiental, além da produtividade, na apreciação do cumprimento da função social da propriedade, como medida para contribuir com a erradicação do trabalho escravo”.

Somente entre 1995 e 2015, foram resgatados mais de 50 mil pessoas do trabalho forçado. Sem grilhões nos pés, mas amarrados aos grilhões da miséria, a perpetuação da desigualdade continua em todos os Estados do país. A reportagem publicada em 28.7.2015 e sub intitulada “Dormindo com porcos”, retrata a situação em que foram encontrados trabalhadores sem alojamento adequado, carteira assinada, e sem condições mínimas de higiene, saúde e segurança.

“Segundo os fiscais, nesta fazenda que não teve o nome revelado, os trabalhadores não tinham equipamentos de proteção

individual, não havia banheiros disponíveis e os trabalhadores dormiam ao relento ou em alojamento onde eram criados os porcos. A fiscalização diz ter encontrado ainda recipientes de agrotóxicos sendo reutilizados para armazenamento de água para os trabalhadores beberem. Em alguns casos, as refeições eram servidas em latas e os trabalhadores, comiam sentados no chão, próximas a fezes de animais, relata a fiscalização⁽⁹⁾.”

E o que dizer do trabalho infantil, que alcança mais de três milhões de crianças e jovens e que, após nove anos em queda, teve uma alta em 2014? O Brasil possui, segundo fontes oficiais de pesquisa (IBGE) 554 mil crianças na faixa etária entre cinco e treze anos trabalhando, em sua maioria (62%) na área rural, quando a Constituição Federal proíbe qualquer trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos.

Além de conviver com essas chagas, bem típicas do período escravocrata, somos o segundo país do mundo em número de acidentes de trabalho. De 2007 a 2013, registraram-se cinco milhões de acidentes de trabalho e, pelo menos metade disso, com consequências graves, como afastamento do emprego, invalidez e morte⁽¹⁰⁾. Pelos dados relatados, a cada três horas, morre um trabalhador em acidente laboral.

Apesar de todos esses fatores, diretamente ligados a precarização do trabalho, poder-se-ia argumentar que nosso país possui quase 100 milhões de trabalhadores e que a maioria esmagadora desenvolve trabalho livre, com autonomia, qualificação técnica, não sendo certo analisar as relações de trabalho a partir das situações degradantes e absolutamente contrárias

(9) Matéria da UOL.Economia, intitulada “Vítimas de trabalho escravo no Piauí dormiam com porcos”, publicada em 28.7.2015.

(10) Entre os setores mais letais, como transporte e construção civil, o risco do trabalhador sofrer acidente é o dobro da média e a probabilidade de incapacitação permanente é seis vezes maior que nas demais atividades.

ao estado de direito em vigor no Brasil, daí porque é necessário expandir a pesquisa e analisar, afinal, quem é o trabalhador brasileiro. Tal análise será feita a partir de três aspectos: 1. Nível de escolaridade; 2. Jornada média dos trabalhadores; 3. Rendimento médio. Com esses dados, será possível uma avaliação real sobre as relações fáticas e circunstanciais que envolvem o mundo do trabalho e sua repercussão nas negociações coletivas celebradas pelos sindicatos que representam as categorias econômicas e profissionais.

3.1. Nível de escolaridade do trabalhador

Analizando os dados oficiais da PNAD (Pesquisa Nacional de Domicílios), publicados pelo IBGE e referentes aos três últimos meses do ano de 2014, só 16% dos trabalhadores brasileiros têm ensino superior completo. O dado, em si, não seria assustador se o índice de trabalhadores que sequer possuem o ensino fundamental não fosse tão alto: se somarmos o número de trabalhadores sem nenhum nível de instrução (5%) aos que não concluíram o ensino fundamental (25,6%), e aos que só tem o fundamental completo (10,8%), teremos mais de 40% da força total de trabalhadores com baixíssima escolaridade, ou seja, algo em torno de 40 milhões de trabalhadores brasileiros.

Segundo o Censo de 2010, o analfabetismo reduziu em comparação com o Censo de 2000, mas ainda é quase três vezes maior entre negros e pardos do que a média encontrada entre os trabalhadores brancos, o que demonstra a

segregação em relação a toda uma população de descendentes de escravos.

A pesquisa mostra que a situação educacional é pior no Norte e Nordeste do país, em que o percentual de trabalhadores com baixa escolaridade chega a 50% e somente 11% possui nível superior completo, como mostra a tabela abaixo.

Por óbvio, a escolaridade do trabalhador tem repercussão na compreensão de tarefas mais complexas e pode intervir na produtividade, que anda tão em voga quando se avalia o perfil do trabalhador brasileiro.

3.2. Jornada média dos trabalhadores

Em estudos realizados sobre duração do trabalho em todo o mundo, pesquisadores vinculados à OIT — Organização Internacional do Trabalho — chamam a atenção para as diferenças de jornadas entre os grupos de vários países industrializados e em desenvolvimento, concluindo que cerca de 22% dos trabalhadores ainda cumpre jornada superior a 48 horas por semana, enquanto outra proporção significativa está subempregada em jornadas mais curtas só que em desvantagem de direitos. De qualquer modo, há uma tendência à jornada de até 40 horas, principalmente nos países industrializados, a exemplo da Áustria, Canadá, Estados Unidos, Itália, Japão, Espanha e Suécia, assim como nos países da Europa Central e Oriental. Quase a metade dos países africanos adotou a jornada de 40 horas semanais, a exemplo da Argélia, Congo, Camarões, Costa do Marfim, Nigéria, Madagascar e Senegal. Mesmo os países

Instrução	Brasil	Norte	Nordeste	Sudeste	Sul	Centro-Oeste
Nenhum nível de instrução	4,8%	7,5%	9,9%	2,4%	2,7%	4,4%
Ensino Fundamental completo	10,8%	10,0%	9,5%	10,7%	13,2%	11,2%
Ensino Fundamental incompleto	25,6%	30,3%	30,8%	21,9%	25,6%	25,5%
Ensino Médio completo	31,1%	29,6%	28,3%	34,0%	29,5%	28,4%
Ensino Médio incompleto	6,3%	7,7%	6,2%	5,9%	6,6%	7,3%
Ensino Superior completo	16,0%	10,5%	11,0%	19,5%	16,1%	17,2%
Ensino superior incompleto	5,3%	4,4%	4,3%	5,7%	6,2%	5,9%

da Ásia, como China, Indonésia, Mongólia e República da Coreia adotaram o limite de 40 horas (LEE, 2009).

Por outro lado, o abismo entre jornada prevista na lei e jornada efetivamente trabalhada persiste. A jornada semanal média e efetiva nos países selecionados na pesquisa citada situa-se entre 35 e 45 horas, embora existam jornadas mais longas, não raro acima de 48 horas (Costa Rica, Filipinas, Peru, Turquia, Cingapura e República da Coreia).

É interessante observar que nos outros países (diferente do Brasil) os acordos e convenções coletivas são longamente utilizados para a diminuição da jornada de trabalho e aumento do tempo de férias, cabendo à jornada estatutária ou legal atuar como limite para os trabalhadores não sindicalizados.

“Primeiro, conseguiu-se uma enorme redução das jornadas semanais de trabalhadores na Finlândia (de 44,8 para 37,1 horas), na França (de 43 para 35 horas), na Alemanha (de 48,6 para 38,3 horas) e na Holanda (de 45,2 para 38,4 horas). Foram também esses países que presenciaram aumentos consideráveis nas férias anuais remuneradas. Ademais, deve-se notar que a extensão das férias anuais (...) corresponde ao mínimo legal e que os acordos coletivos tendem a conceder mais dias de férias anuais do que o estabelecido em lei” (LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre e MESSENGER, Ion., 2009).

É notória a relação entre longas jornadas e baixos salários. O trabalhador tem necessidade de trabalhar mais horas para conseguir uma remuneração melhor, ou seja, os limites mais elevados de jornadas estão relacionados com menor renda nacional per capita.

Os dados sobre jornada de trabalho são variados e de difícil análise. Várias pesquisas são restritas a certas categorias, como por exemplo, jornada no comércio, nos bancos, nas indústrias, além do que, quase sempre há

diferença entre a jornada legalmente prevista e a jornada realmente praticada pelos trabalhadores. De qualquer forma, a pecha de que o trabalhador brasileiro trabalha pouco não corresponde aos dados pesquisados. Segundo a tabela abaixo, que registra o tempo de trabalho em treze países, no período de 2000 a 2003, o trabalhador brasileiro teve jornada real mais extensa que todos os países europeus. Considerando a jornada média apurada pelo IBGE no mesmo período, de 44,4 horas, só a Coreia teve o número de horas trabalhadas maior que o Brasil.

Jornada de Trabalho semanal em países selecionados				
Países	2000	2001	2002	2003
Austrália	35,6	35,2	34,9	34,8
Alemanha	39,8	40,8	41,5	40,8
Canadá	31,6	31,6	31,9	—
Coreia	47,5	47,0	46,2	—
Espanha	35,9	35,9	35,7	35,4
EUA	41,0	40,6	40,5	42,6
França	39,0	38,4	38,3	38,6
Israel	37,8	36,9	37,3	37,0
Japão	42,7	42,2	42,2	42,0
Noruega	35,1	34,9	34,8	34,6
R. Unido	39,8	39,8	39,6	39,6
Suíça	36,4	36,2	35,6	35,6
Itália	39,3	39,3	38,2	38,3

No Brasil, segundo dados do IBGE, também há diminuição no número de horas trabalhadas, comparadas com dados de dez anos atrás. Ocorre que as pesquisas revelam aumento no tempo gasto de percurso para o trabalho. Embora 65,8% da população ocupada leve até 30 minutos para chegar ao trabalho, houve um aumento no percentual de pessoas que enfrentam um deslocamento superior a 30 minutos, passando de 32,7% em 2001 para 35,2% em 2011 entre os homens, e de 27,9% para 32,6% entre as mulheres. Além disso, homens pretos e pardos demoram mais no trajeto entre a residência e o local de trabalho: 36,6% levavam mais de 30 minutos nesse trajeto, *versus* 31,8%

dos brancos, por residirem em locais mais distantes do trabalho.⁽¹¹⁾

3.3. *Rendimento médio dos trabalhadores*

Segundo o Censo de 2010, a desigualdade de rendimentos se manifesta por raça, sexo e também por região geo-política. A remuneração média dos homens brancos é quase o dobro do valor relativo aos negros, pardos ou indígenas. A cidade de São Paulo é a que apresenta maior diferença, seguida de Salvador e Rio de Janeiro, onde brancos têm rendimento 2,3 vezes maior que negros e pardos.⁽¹²⁾

Durante esse mesmo período, houve redução do desemprego e do trabalho informal, aliado ao aumento do rendimento dos trabalhadores em virtude, principalmente, da política de valorização do salário mínimo, reduzindo o grau de desigualdade no mercado de trabalho, cujos efeitos podem ser observados na melhora dos indicadores que medem as condições de vida da população, como, por exemplo, o índice de Gini da população ocupada, que sofreu redução progressiva, passando de 0,543, em 2005, para 0,498 em 2012 (SÍNTESE, 2013).

No entanto, o ano de 2016 apresentou outra realidade, com o crescimento da crise econômica e do desemprego, que chegou a cerca de 10% dos trabalhadores. Ao aumentar a procura por emprego, há estagnação de salários ou, o que é pior, diminuição de seus valores, fenômeno comum na economia de mercado. O fato é que, analisando o gráfico abaixo, vê-se que já em 2010, os trabalhadores que recebiam até dois salários mínimos constituíam percentual superior a 70%; trabalhadores sem rendimento: 6,6%; até meio salário mínimo: 8,1%; entre meio e um salário mínimo: 24,4% e entre um e dois salários mínimos: 32,7%, ou seja, exatos 71,9%. Se considerarmos o rendimento

até cinco salários mínimos, o percentual sobe para 90,8%, ou em outra perspectiva, menos de 10% dos trabalhadores brasileiros ganham acima de R\$ 4.400,00, considerando o valor do salário mínimo de 2016.

Rendimento	População
Sem rendimento**	6,6%
Até meio salário mínimo	8,1%
Entre meio e 1 salário mínimo	24,5%
De 1 a 2 salários mínimos	32,7%
De 2 a 3 salários mínimos	10,6%
De 3 a 5 salários mínimos	8,3%
De 5 a 10 salários mínimos	6,1%
De 10 a 20 salários mínimos	2,2%
Mais de 20 salários mínimos	0,9%

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2010, com valor do salário mínimo em R\$ 510,00

Quando comparado o valor do salário mínimo no Brasil (dados de 2015) com outros países do mundo vemos que a remuneração brasileira está bem abaixo dos países desenvolvidos e é quase igual à remuneração da China, país considerado como de baixíssima proteção social.

RANKING DOS SALÁRIOS	
China:	767,68
Brasil:	788,00
Chile:	938,92
Hungria:	968,211
Letônia:	975,58
República Tcheca:	1.004,64
Eslováquia:	1.073,14
Estônia:	1.082,29
Polônia:	1.184,40
Croácia:	1.195,58
Turquia:	1.350,01
Argentina:	1.438,85
Portugal:	1.539,59
Taiwan:	1.605,25
Grécia:	1.785,87
Espanha:	1.977,39
Venezuela:	2.036,27
Malta:	2.141,16

(11) Dados extraídos da Síntese de Indicadores sociais do IBGE 2012

(12) Matéria divulgada na página: <<http://www.ultimosegundo.ig.com.br>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

Eslovênia:	2.389,14
Chipre:	2.817,00
Andorra:	2.932,85
Áustria:	3.048,70
EUA:	3.297,10
Islândia:	4.063,68
Reino Unido:	4.350,31
França	4.406,53
Germany:	4.491,74
Irlanda:	4.571,01
Holanda:	4.578,54
Bélgica:	4.754,08
Nova Zelândia:	5.044,48
Luxemburgo:	5.856,64
Austrália:	5.991,87

É interessante observar que em 1996/1997, em pesquisa realizada nas regiões Nordeste e Sudeste, os brasileiros definiram o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil) como a fronteira para uma “vida boa” e abaixo de R\$ 200,00 (duzentos reais) como uma “vida má”. Embora a diferença entre os valores não seja tão grande (cerca de cinco vezes), a pesquisa expressa a diferença entre miséria e dignidade (R\$ 200,00 para R\$ 1.000,00). Dez anos após a pesquisa, o valor do salário mínimo ainda é inferior ao valor considerado como elementar para a dignidade do trabalhador⁽¹³⁾, o que comprova o quanto o rendimento do brasileiro é menor do que o esperado como mínimo de cidadania”. (SANTOS, 2006).

4. Uma questão final: há igualdade nas negociações coletivas e nas relações de trabalho no Brasil?

Os dados demonstram que a relação de trabalho no Brasil é marcada por extrema desigualdade, facilmente comprovada pelos baixos salários e escolaridade, pela assimetria de direitos negociados em diferentes categorias, pela grande diferenciação de renda e, sobretudo,

(13) O valor de R\$ 1.000,00, atualizado para os dias de hoje estaria próximo de R\$ 4.000,00, dependendo do índice escolhido.

pela continuada cultura de exploração herdada do período escravocrata, que se reflete na desvalorização do trabalho, especialmente o manual, causando a prática reiterada de descumprimento da legislação trabalhista.

A informalidade ainda é um problema grave no Brasil, abrangendo 43,1% dos trabalhadores. Conforme os relatórios do IBGE (ano de 2012), os percentuais são ainda mais elevados nas Regiões Norte e Nordeste, onde Pará e Maranhão possuem, respectivamente, 67,5% e 74,5% de seus trabalhadores inseridos na informalidade. O quadro é diferente em alguns Estados, a exemplo de Santa Catarina e do Distrito Federal, que possuem apenas 26,9% de seus trabalhadores nestas condições. Os jovens de 16 a 24 anos e os idosos de 60 anos ou mais de idade apresentam os maiores percentuais de trabalhadores na informalidade, cujas taxas foram de 46,9% e 70,8%, respectivamente.

O descumprimento do direito do trabalho não ocorre por conter normas muito avançadas ou fora da realidade. Nosso conjunto normativo, em especial, a CLT, possui mais de 70 anos. A Constituição da República, que elevou grande parte dos direitos trabalhistas ao patamar de direitos fundamentais é de 1988, portanto perto de completar 30 anos. O Brasil é signatário das mais importantes Convenções da Organização Internacional do Trabalho, em especial, sete das oito Convenções fundamentais referentes ao trabalho decente: as duas sobre trabalho forçado, de 1930 e 1957 (Convenções ns. 29 e 105), as de idade mínima, de 1973 (Convenção n. 138) e piores formas de trabalho infantil, de 1999 (n.182), a de negociação coletiva, de 1949 (n. 98), a de igualdade de remuneração, de 1951 (n. 100) e a Convenção n. 111, sobre a discriminação no emprego, de 1958. A única Convenção não ratificada pelo Brasil entre as essenciais ao trabalho decente é a de n. 87, relativa à liberdade sindical e direito a livre sindicalização, em decorrência da controvérsia referente a pluralidade e unicidade sindical.

Logo, no aspecto normativo, não há lacuna substancial que impeça a aplicação do direito do trabalho. Entretanto, os direitos trabalhistas continuam a ser vistos como “menores e negociáveis”, expressão de recusa à sua essencialidade, direitos que sempre podem ser flexibilizados, ou melhor, quebrados, combatidos, como se não estivessem positivados: constantemente sob ameaça, nunca efetivados e sempre desconstruídos.

Da mesma forma que é inquestionável a importância da negociação entre empregados e empregadores para firmar novas condições de trabalho, também é imprescindível o respeito à lei como padrão civilizatório mínimo. Logo, o equilíbrio deve ser buscado como a melhor alternativa e solução dos conflitos inerentes ao mundo do trabalho. A questão é: diante de tamanha desigualdade, como aquilatar a solução mais justa e equilibrada? Como reconhecer as negociações coletivas previstas no inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal, sem compreender que o texto presente no *caput* do mesmo artigo preceitua direitos aos trabalhadores sob a perspectiva de “melhoria de sua condição social”?

Michael Sandel, professor da Universidade de Harvard, demonstra que a visão liberal costuma ser mais exigente para as relações de trabalho do que para as demais relações sociais em que há escolhas e consentimento. Ao analisar o trabalho em situação de alta periculosidade, lembra que para a concepção liberal de justiça, não haveria problema o trabalho com risco à vida desde que tenha sido contratado mediante livre escolha do trabalhador em troca do salário, ou seja, havendo livre escolha, o trabalho seria justo. SANDEL esclarece, no entanto, que o conceito de justiça vai muito além:

“Para Aristóteles, nem mesmo o consentimento sob condições justas é suficiente. Para que o trabalho seja justo, deve estar em conformidade com a natureza dos trabalhadores que o desempenhem. Alguns

trabalhos não passam nesse teste. São perigosos, repetitivos e arriscados demais para se adequar à natureza dos trabalhadores que os executam. Em casos assim, a justiça requer que o trabalho seja reorganizado para adequar-se à nossa natureza. Caso contrário, será um trabalho tão injusto quanto a escravidão.” (SANDEL, 2012, p. 251)

Nunca é demais lembrar que os direitos fundamentais devem prevalecer até mesmo quando a pessoa ou coletividade não conhece ou discorda de sua dimensão, como no famoso caso “de arremesso do anão”⁽¹⁴⁾, conhecido por todos os estudantes de direito. Porque seria diferente para os direitos trabalhistas?

Frequentemente, a Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho julga processos em que a saúde e a segurança do trabalhador são ameaçadas por condições estabelecidas em convenções e acordos coletivos, a exemplo de cláusulas que prorrogam a jornada de trabalho em atividades insalubres ou perigosas além de dez horas, sem autorização do Órgão competente⁽¹⁵⁾ e que restringem a estabilidade da gestante; que extrapolam a jornada diária e semanal até 72 horas para os trabalhadores em turno ininterrupto de revezamento (cuja jornada é de seis horas diárias e, no máximo, 36 semanais)⁽¹⁶⁾; cláusulas que alteram a Constituição Federal e permitem

(14) Prática (para alguns, esporte ou brincadeira) em que anões são arremessados como se fossem dardos, levando à vitória quem lançar o anão mais longe. Em uma cidade francesa, a Prefeitura entendeu que a prática era ofensiva aos direitos humanos e interditou o estabelecimento. Para surpresa de todos, o próprio anão contestou a interdição, alegando que precisava daquele emprego para sua sobrevivência. A discussão chegou ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, que confirmou a decisão do Estado francês em interditar o estabelecimento. O caso é emblemático ao difundir a tese que a dignidade humana é princípio universal, acima da livre-iniciativa e dos interesses individuais, até mesmo contra a vontade d’aquela que se quer proteger.

(15) Processos TST-RO 262800-35.2009.5.04.0000 /RO 2804-85.2012.5.04.0000/ RO 2961-92.2011.5.04.0000

(16) Processo TST-RO 573-74.2012.5.08.0000

trabalho de adolescentes abaixo de 16 anos⁽¹⁷⁾ ou que impedem direitos fundamentais, como o direito de greve, de livre reunião ou de acesso à Justiça⁽¹⁸⁾.

Sem dúvida há diferença na análise de acordos individuais (realizados diretamente pelos trabalhadores) e coletivos (realizados pelos sindicatos), uma vez que nestes últimos os entes sindicais assumem a direção das negociações, mas salvo exceções ocorridas nos grandes centros urbanos, que possuem alguns sindicatos fortes e atuantes, parece um contrassenso acreditar que “sindicatos são fortes por si mesmos”, a despeito de representarem um conjunto de trabalhadores vulneráveis às ameaças constantes de redução de salários e desemprego? Uma solução mais próxima do conceito de justiça exige uma análise mais realista, considerando a equidade e a proporcionalidade de cada caso, sem subestimar o poder da organização e nem superestimar uma representação que muitas vezes é fragilizada.

Outro dado muito importante para avaliar a necessidade da lei na garantia de direitos essenciais como contraponto a tese que defende o predomínio do negociado sobre o legislado é o baixo índice de sindicalização. Lembre-se que o Brasil possui mais de 43% de trabalhadores na informalidade e sem organização sindical que os represente. Mesmo entre os trabalhadores formais, menos de 1/3 é sindicalizada, segundo dados do Ministério do Trabalho. Aliás, a taxa de sindicalização é oscilante, por exemplo, em 2009, era de 17,8%, enquanto em 2013 era de 16%, ou seja, considerando o número total de pessoas ocupadas (formais e informais), em torno de 100 milhões, apenas 16 milhões delas seriam sindicalizadas. Calcula-se que somente a metade dos sindicatos existentes celebraram alguma vez em sua história um acordo ou convenção coletiva, no universo de mais de 15mil sindicatos existentes no Brasil, alguns criados apenas para receber o imposto sindical.

Será que por trás de todo o preconceito e a discriminação que circunda o tema do trabalho no Brasil, ainda persiste a visão de que os trabalhadores são “subalternos”, “inferiores”? A historiadora Emília Viotti da Costa narra o triste relato de escravos que foram abandonados, sem que a sociedade lhes assegurasse condições mínimas de sobrevivência e para os quais a abolição representara apenas o “direito de ser livre para escolher entre a miséria e a opressão em que viveu (e ainda vive) grande número de trabalhadores brasileiros” (COSTA, 2010).

Nessa sociedade tão desigual, com trabalhadores que recebem remuneração abaixo dos mínimos essenciais, que trabalham em sobrejornada e que são expostos a acordos e convenções coletivas em situação tão adversa, é possível falar em “igualdade de negociação” ou “plena liberdade de contratar”, na perspectiva conceitual de justiça e de direito do trabalho? Não há liberdade onde reina a necessidade⁽¹⁹⁾, por isso é tão delicado atribuir ao trabalhador, principalmente o hipossuficiente, um *status* de igualdade de condições com o seu empregador e o reconhecimento amplo do negociado sobre o legislado, na dúvida se as escolhas foram feitas livremente ou sob pressão (financeira, por exemplo), o que retiraria o consentimento ou a opção voluntária das matérias supostamente acordadas (SEN, 2012).

Muitas perguntas foram feitas nesse trabalho, com a perspectiva de que as respostas sejam encontradas por cada um dos leitores, sempre com o objetivo de investigar o real valor dado ao trabalho, em contraposição a sua importância no alcance de um país desenvolvido e justo.

5. Referências bibliográficas

ARAÚJO, Francisco Rossal; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do trabalho I*. São Paulo: LTr, 2014.

(17) Processo TST RO 386700-55.2009.5.04.0000

(18) Processo TST E-RR 205900-57.2007.5.09.0325

(19) A frase original, atribuída à Franklin Delano Roosevelt é “Homens necessitados não são homens livres”.

- AZEVEDO, Célia. *Onda negra, medo branco*. O negro no imaginário das elites no Século XIX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BRASIL. Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa. *Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo*. Brasília: OIT, 2003. 44 p.
- CARDOSO, Adalberto. *A construção da sociedade do trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- COSTA, Emília Viotti. *Abolição*. 9. ed. São Paulo: Unesp, 2010.
- GAMA, Aliny. *Vítimas de trabalho escravo no Piauí dormiam com porcos*. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2015/07/28/vitimas-de-trabalho-escravo-no-piaui-dormiam-com-porcos-diz-mpt.htm>>. Acesso em: 28 jul. 2015.
- GOMES, Laurentino. 1889. 1. ed. São Paulo: Globo, 2013.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*: 2012. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.
- _____. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*: 2013. Rio de Janeiro: IBGE, 2013. (Estudos & Pesquisas: informação demográfica e socioeconômica n. 32). Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv66777.pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2017.
- LEE, Sangheon; McCANN, Deirdre; MESSENGER, Ion. *Duração do trabalho em todo o mundo*. Brasília: OIT, 2009.
- SANDEL Michael. *Justiça*. O que é fazer a coisa certa. São Paulo: Civilização Brasileira, 2011.
- SANTOS, Wanderley Guilherme. *Horizonte do desejo: instabilidade, fracasso coletivo e inércia social*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- SEM, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia. das Letras, 2010.
- SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012.
- WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

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

Luísa 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 dos 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 dos 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 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, jul./dez. 2010, p. 19.

(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, RS, 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 dos 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 majorias, 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*, 2006. p. 1.346-1.406.
- (7) PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, estado de direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Iuris*, vol. 8, n. 3, Rio de Janeiro, 2015, p. 2.080-2.114.
- (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. (Org.). *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 pré-condições 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*, vol. 8, n. 3, Rio de Janeiro, 2015. p. 2.080-2.114.

(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; ANÓN, María José; COURTIS, Christian (Orgs.). *Derechos sociales, instrucciones de uso*. México-DF: 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 No. 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 e direitos sociais em espécie*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 529-530.

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 dos 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 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.

(16) PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos sociais, estado de direito e desigualdade: reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. *Quaestio Iuris*, vol. 8, n. 3, Rio de Janeiro, 2015. p. 2.080-2.114.

(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>. 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, jul./dez. 2010, p. 19.

2.1. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Comitê dos 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 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

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 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

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 conecta 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.

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 supralegal⁽²⁶⁾, o intérprete local está vinculado às suas obrigações, devendo conhecer a interpretação realizada pelos órgãos internacionais responsáveis e dar-lhe a devida importância.

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

Buscaremos, portanto, expor o conteúdo e o alcance do princípio da não regressividade na interpretação do Comitê, por meio da 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⁾.

(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 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.

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 condições justas e favoráveis de trabalho, o Comitê estabeleceu que, se um Estado adota uma

(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.

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 artigo 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 de inconstitucionalidade da medida regressiva, devendo a medida ser analisada segundo o teste

(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 en derechos económicos, sociales y culturales en 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.

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⁾.

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 Sentença C-991 de 2004, na qual a Corte estabeleceu que a modificação do artigo 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 artigo 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 cotejo 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 obrigados e demais elementos que possam ser relevantes para o caso. O escrutínio constitucional compreende uma comparação dos *standards* de

(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.

(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.

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

(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.

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 Riesgos del Trabajo (“LRT” — Ley n. 24.557 de 1995), que trouxe 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

(51) Informe sobre la prohibición de regresividad en derechos económicos, sociales y culturales em 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.

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 artigo 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,

(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

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 artigo 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 estabeleciam 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.

2.4. Supremo Tribunal Federal

O primeiro registro sobre o princípio da vedação do retrocesso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é encontrada na

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 arquetípico do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também uma regra que emerge das disposições do próprio texto constitucional (artigo 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.

ADI 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 artigo 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 ADI 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 ADI 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.

(60) ADI 2213 MC/DF, rel. Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, Julgado em 4.4.2002, DJ 23.4.2004, p. 00.007.

(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) ADI n. 3.128/DF, rel.ª. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Julgado em 18.8.2004, DJ 18.2.2005, p. 00.004

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 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

(63) AREn. 639.337 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. 581352, 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, rel. para acórdão Min. Celso de Mello; RE n. 763.667, rel. Min. Celso de Mello, entre outros.

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 ADI n. 4578/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⁾.

O Pleno, no julgamento da ADI n. 4.350/DF⁽⁶⁷⁾, que impugnou a legislação que promo-

veu alterações nas normas do seguro DPVAT (Leis 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 proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso⁽⁶⁹⁾.

Outro caso em que o princípio veio à baila foi o ARE n. 745745 AgR/MG, que versou sobre

(65) ADI 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 29/DF, rel. 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) ADI 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.

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

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⁾.

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 do 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 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,

(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 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.

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

(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*.

(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

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 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

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: *Direitos 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...*, op. cit., p. 167-206.

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

(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. 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

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 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

(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: *Direitos 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...*, op. cit., 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, RS, 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.

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

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 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

(95) SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*, n. 21 (jan./dez. 2011). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 214.

(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*, n. 21 (jan./dez. 2011). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 213.

(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.

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

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.

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 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

(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.

(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.

(113) SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetória e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 214-215.

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 Sarmiento 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 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.

(114) *Ibidem.*, p. 218-219.

(115) SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. 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 Filchtiner, *op. cit.*, p. 32.

(120) SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. 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.

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, Victor e 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. edição. 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 da Constituição 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*, vol. 08, n. 03, Rio de Janeiro, 2015.

_____. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 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-DF: 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, RS, 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>. 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*, n. 21, jan./dez. 2011. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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.

_____; 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 No. 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.

A (in)viabilidade da utilização de *holding* como mecanismo de blindagem patrimonial contra créditos trabalhistas

Milena Macalós Sasso^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo aborda a recorrente utilização e especulação de *holdings* como mecanismo para blindar o patrimônio da pessoa jurídica, afastando a responsabilidade dos sócios, principalmente quando há existência de créditos trabalhistas.

Palavras-chave:

- ▶ *Holding* — Tipos societários — Incidente de desconsideração da personalidade jurídica — Novo Código de Processo Civil — Reforma trabalhista.

Abstract:

- ▶ The presente article analyzes the appealing constitution of holdins as mechanism to mask the patrimony of the legal entity, moving away the partners' responsibility, mainly when of the existence of labor credits.

Key-words:

- ▶ Holding — Disregard of legal entity — Corporation types — Civil law — Labor reform.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. *Holding*
 - ▶ 2.1. Conceito e definição jurídica
 - ▶ 2.2. Objetivo de proteção jurídica patrimonial
 - ▶ 2.3. Espécies
 - ▶ 2.3.1. Pura
 - ▶ 2.3.2. Mista

(*) Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UniRitter Laureate International

Universities. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Advogada e Pesquisadora.

- ▶ 3. Personalidade jurídica e suas responsabilidades
 - ▶ 3.1. Tipos societários
 - ▶ 3.1.1. Limitada
 - ▶ 3.1.1.1. Da responsabilidade pela integralização das cotas/quotas
 - ▶ 3.1.1.2. Da responsabilidade pelo nome da sociedade limitada
 - ▶ 3.1.2. Anônima
 - ▶ 3.1.2.1. Da responsabilidade dos acionistas
 - ▶ 3.1.2.2. Da responsabilidade do acionista controlador
 - ▶ 3.1.2.3. Da responsabilidade do administrador e do conselheiro fiscal
 - ▶ 3.1.3. EIRELI
 - ▶ 3.2. Formas de desconsideração e o pagamento de débitos trabalhistas
 - ▶ 3.2.1. Natureza jurídica da desconsideração da personalidade e da desconsideração inversa e seus procedimentos
 - ▶ 3.2.1.1. Classificação das teorias para desconsideração da personalidade jurídica
 - ▶ 3.2.2. Da (in)aplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho
 - ▶ 3.2.3. Da blindagem patrimonial da *holding* frente à desconsideração da personalidade jurídica
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

A característica de “blindagem patrimonial”, apresentada como inerente às empresas que adotam o sistema operacional e gerencial de *holdings* trouxe ao mercado empresarial uma visão de proteção absoluta aos sócios das mesmas.

Ocorre que devido à existência do instituto de desconsideração da personalidade jurídica, muitas dúvidas começaram a aparecer conjuntamente a diversas informações desconstruídas sobre este procedimento empresarial.

O presente artigo apresenta a conceituação de *holding*, bem como de suas espécies e sob esta perspectiva, visa delimitar a responsabilidade dos sócios, acionistas ou empresários, em cada tipo societário, quando da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, via o

incidente descrito ao novo Código de Processo Civil, englobado a Justiça do Trabalho por intermédio da “Reforma Trabalhista” (Lei n. 13.467/2017).

2. Holding

2.1. Conceito e definição jurídica

Holding, é a derivação gramatical do presente contínuo da palavra *hold*. Usando a tradução literal da palavra se obtém os significados verbais de: guardar, manter, conter, possuir e defender, bem como os substantivos de: posse, poder, suporte, domínio e influência. Unificando tais resultados, pode-se, de plano, conceituar o instituto da *holding*.

To hold, em inglês, traduz-se por *segurar, deter, sustentar*, entre ideias afins. *Holding* traduz-se não apenas como o *ato de segurar*,

deter, etc., mas como *domínio*. A expressão *holding company*, ou simplesmente *holding*, serve para designar pessoas jurídicas (sociedades) que atuam como titulares de bens e direitos, o que pode incluir bens imóveis, bens móveis, participações societárias, propriedade industrial (patente, marca etc.), investimentos financeiros etc.⁽¹⁾

Para a finalidade deste artigo, tem-se a visão conceitual no âmbito jurídico, entretanto, mesmo em uma seara totalmente formalista, o conceito aqui apresentado não foge das definições gramaticais supramencionadas.

Tratando-se de Direito Empresarial (ou Comercial) em vinculação ao Direito Trabalhista, *holding* é a classificação de uma empresa que possui como o principal objeto social a participação em outras sociedades empresariais, realizando nestas, a manutenção, o suporte, o controle e a guarda, atingindo desde o capital a administração.

Djalma de Pinho Rebouças de Oliveira conceitua a *holding* como “[...] uma empresa cuja a finalidade básica é ter participação acionária — ações ou cotas — de outras empresas”⁽²⁾ e contribuindo para tal definição, Fabio Pereira da Silva, juntamente com Alexandre Alves Rossi expõem que “[...] *holding* é uma sociedade constituída com o objetivo de manter participações em outras empresas, realizando seu objeto social [...]”⁽³⁾.

A *holding*, além de mera classificação como objeto social de uma empresa é um esquema organizacional, podendo facilitar o planejamento, a organização e o controle de suas empresas afiliadas, sendo criada principalmente por razões de ordem jurídica e administrativa.

No sistema legal brasileiro a *holding* fora admitida quando da redação do § 3º, do art. 2º, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976), possuindo a seguinte disposição:

Art. 2º Pode ser **objeto** da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.

§ 1º Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

§ 2º O estatuto social definirá o objeto de modo preciso e completo.

§ 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais.⁽⁴⁾ (Grifo nosso)

Percebe-se neste artigo, a factibilidade da existência da *holding*, assim como da inserção da mesma quando do estabelecimento do objeto social da empresa, não havendo uma nova classificação societária, mas sim a viabilidade de uma sociedade, tendo como objeto social a participação em outras.

Entretanto, cabe ressaltar que, apesar da legalidade da existência da *holding* no Brasil estar atrelada diretamente a Lei das Sociedades Anônimas, aquela não resta adstrita somente a tal regime societário, vez que, como já exposto, trata-se de um objeto social e não uma classificação de regime empresarial.

2.2. Objetivo de proteção jurídica patrimonial

Consoante dispõe a legislação trabalhista⁽⁵⁾, empregador é toda empresa, individual ou coletiva, que admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço, assumindo os riscos da atividade econômica que possui como objeto social.

Ocorre que, no Brasil, o ônus do empreendedor transcende a barreira da desestabilização da economia, enfrentando também, um vasto

(1) MAMEDE, Eduarda Cotta; MAMEDE, Gladston. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 9-10.

(2) OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Holding, administração corporativa e unidade estratégica de negócio: uma abordagem prática*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 07.

(3) ROSSI, Alexandre Alves; SILVA, Fabio Pereira. *Holding familiar: visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário*. São Paulo: Trevisan, 2015. p. 19.

(4) Lei n. 6.404/1976, art. 2º e § 3º.

(5) Decreto-lei n. 5.452/1943, art. 2º.

ambiente hostil aos negócios quando da aplicabilidade das normas trabalhistas e do sistema tributário nacional complexo e demasiadamente oneroso.

Visando a proteção contra tais riscos, bem como a prosperidade da empresa, os empresários perceberam na *holding* uma possibilidade de blindagem patrimonial.

A blindagem ocorre quando há associação dos recursos de uma pessoa jurídica a uma outra pessoa jurídica e não a uma pessoa física como em outras sociedades que não possuem a participação em empresas como objeto social.

A criação de uma *holding* proporciona a blindagem patrimonial aos seus sócios, vez que estes restam camuflados por meio dos capitais de outras empresas controladas pela sociedade maior, que centraliza a administração.

Ressalva-se que esta característica não é absoluta, podendo haver a desconstituição e a desconsideração da personalidade jurídica em caso de descumprimento das obrigações legais, fraude ou confusão patrimonial, atingindo os bens dos sócios.

Possuindo a característica de participação em outras sociedades, a *holding* possibilita a centralização do controle empresarial administrativo, a elaboração de gestão estratégica e a preservação do patrimônio.

O Administrador, Djalma de Pinho Rebouças de Oliveira, elenca, de maneira geral, as razões que os empresários e executivos devem considerar para a criação de uma *holding*, sendo as principais: representar o acionista controlador no comando das empresas de sociedades anônimas de capital aberto; simplificar as soluções referentes a patrimônios, herança, sucessões familiares; atuar como procuradora de todas as empresas do grupo empresarial; facilitar a administração do grupo empresarial; facilitar o planejamento fiscal; e tributário e otimizar a atuação estratégica do grupo empresarial⁽⁶⁾.

(6) OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Holding, administração corporativa e unidade estratégica de negócio: uma abordagem prática*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.18.

A *holding* nasceu como via de escape para as grandes corporações, principalmente familiares, diante de um contexto socioeconômico hostil, atuando como um mecanismo de proteção patrimonial, diante da possibilidade de reestruturação estratégica, administrativa e financeira.

Pode-se dizer que as *holdings* foram criadas para servir como mecanismos de centralização do controle de grupos, provocando a sua unificação e possibilitando a melhor gerência dos mesmos.

Quando se fala em grandes corporações, a *holding* tem um papel primordial na consolidação do poderio econômico do grupo empresarial por meio do exercício de controle centralizado, possibilitando que a gestão estratégica do conglomerado seja unificada, incluindo aí questões relacionadas às decisões financeiras, operacionais e até mesmo de marketing, entre outras⁽⁷⁾.

Portanto, além da centralização do poderio empresarial, a *holding* proporciona aos seus empresários a diminuição dos possíveis riscos advindos do desenvolvimento das atividades empresariais, evita inconvenientes quando da sucessão hereditária dos bens (quando se trata de *holding* familiar) e estabelece uma estrutura jurídica eficaz quando observado o ponto de vista fiscal e tributário.

Analisando exclusivamente sob o aspecto funcional, a *holding*, que é o instituto mais moderno (e legal) para proteção patrimonial (física e jurídica), é constituída, quase sempre, com o fim de participar de outras sociedades como quotista ou acionista, controlando-as.⁽⁸⁾

Tem-se assim, um sistema que engloba a proteção patrimonial e a centralização da administração das empresas, visando maior

(7) ROSSI, Alexandre Alves; SILVA, Fabio Pereira. *Holding familiar: visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário*. São Paulo: Trevisan, 2015. p. 16.

(8) LEMOS JR., Eloy Pereira; SILVA, Raul Sebastião Vasconcelos. *Reorganização societária e blindagem patrimonial por meio de constituição de holding*. Londrina: *Scientia Iuris*, v.18, n. 2. p. 57, 2015.

possibilidade de desenvolvimento estrutural, financeiro, pessoal e qualificado.

2.3. Espécies

Quando descrevemos *holding* a partir do conceito obtido por meio da legislação, concretizamos o pensamento de que o objeto social da empresa deve ser tão somente a participação em outras sociedades, entretanto, existe uma dupla classificação para as empresas conceituadas como *holding*.

A *holding* pode obter apenas duas formas: pura ou mista. Há ainda doutrinadores que elencam demais espécies de *holding*, agindo de forma equivocada, vez que seriam estas derivações da classificação bipartite supra-mencionada. Mencionam como pertencentes a classificação as *holdings*: de controle, de participação, de administração, patrimonial, familiar e imobiliária.

2.3.1. Pura

A *holding* classificada como pura é aquela em que o único objeto social da empresa é a participação em outras sociedades, ou seja, possui exclusivamente a atividade de participação em outras companhias, seja por quotas ou por ações, excluindo qualquer atividade operacional.

Tem como objetivo social e exclusivo a participação no capital de outras sociedades, isto é, uma empresa que tem como atividade única manter quotas ou ações em outras companhias.⁽⁹⁾

Essa espécie, além de deter o objetivo de participação, pode ser constituída com a finalidade de centralização do controle administrativo das atividades por todas as sociedades que detém quotas ou ações. Também é conhecida como sociedade de participação, justamente por ter como objetivo participar de outras empresas.

Simplificando, *holding* pura é denominada aquela que cujo o objeto social é a titularidade de quotas ou ações de outras sociedades, sem desenvolver qualquer atividade negocial.

A constituição de uma sociedade *holding* pode realizar-se dentro de contextos diversos e para atender a objetivos variados. Para ilustrar, basta dizer ser comum referir-se a tipos diversos de *holding*, como a denominada ***holding pura, cujo objeto social é exclusivamente a titularidade de quotas ou ações de outra ou outras sociedades. Em português, usa-se a expressão sociedade de participação.***⁽¹⁰⁾ (Grifo nosso)

Ressalva-se que a administração e o controle são características consequentes de uma *holding* pura, não uma espécie distinta de *holding*, como já mencionado. Tem-se tal conceito vez que o objeto social da empresa é o mesmo, qual seja, a participação em outras, a haver distinção somente quanto ao motivo da constituição desta.

A definição legal de *holding*, extraída do § 3º, do art. 2º, da Lei das Sociedades Anônimas não possibilita abrangência de espécies como elenca alguns doutrinadores brasileiros. O referido dispositivo legal apenas informa a viabilidade de uma companhia ter como atividade a participação em outras sociedades, derivando desta conceituação somente a classificação de poder possuir integralmente (pura) ou em parte (mista) tal objeto social.

É bem verdade, contudo, que a doutrina faz menção a outras espécies de *holding*, como, por exemplo, *holding* familiar, *holding* administrativa, *holding* de participação e *holding* de controle. Parece-nos, contudo, que não se trata de definições jurídicas apropriadas, visto o contorno legal contido no art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.404/76. Essas demais espécies são na verdade caracterizadas por sua

(9) ROSSI, Alexandre Alves; SILVA, Fabio Pereira. *Holding familiar: visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário*. São Paulo: Trevisan, 2015. p. 21.

(10) MAMEDE, Eduarda Cotta; MAMEDE, Gladston. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 10.

finalidade, tratando de mera definição para fins didáticos, sem qualquer efeito jurídico em particular.⁽¹¹⁾

Portanto, tem-se como *holding* pura aquelas empresas [...] “cuja principal característica é o exercício de atividade exclusiva de controle de outras sociedades, tendo suas receitas privativas de lucro e dividendos das empresas controladas”⁽¹²⁾.

2.3.2. Mista

A conceituar oposição à classificação de *holding* pura, a *holding* mista é aquela em que a empresa, além de possuir o objeto social de participação em outras, apresenta o objeto operacional, prestando função negocial.

Seu objeto social compõe não somente a participação de outras empresas, mas também prevê a exploração de alguma atividade empresarial.⁽¹³⁾

Trata-se de uma sociedade que não se dedica exclusivamente à participação societária, por quotas ou ações, dividindo esta com atividade empresarial diversa, atividades empresariais *stricto sensu*.

[...] tem-se uma sociedade que não se dedica exclusivamente à titularidade de participação ou participações societárias (quotas e/ou ações), mas que se dedica simultaneamente a atividades empresariais em sentido estrito, ou seja, à produção e/ou circulação de bens, prestação de serviços etc.⁽¹⁴⁾

A *holding* mista pode ser também denominada por — além de desenvolver a atividade

de participação societária — prestar serviços para suas próprias empresas controladas em diversas áreas (industrial, comercial ou social).

Holding mista é a que desenvolve atividades operacionais (industrial ou comercial) e também realiza serviços, principalmente para as afiliadas, tais como serviços de planejamento estratégico, *marketing*, informática, recursos humanos, relações públicas, assistência jurídica, organização e métodos.⁽¹⁵⁾

A viabilidade de uma *holding* mista advém da percepção obtida por meio da hermenêutica e da interpretação jurídica extraída do § 3º, do art. 2º, da Lei das Sociedades Anônimas, delimitando que a participação como objeto social de uma empresa não necessita expressa previsão no contrato social ou no estatuto para ser desenvolvida, ou seja, a dispensabilidade da delimitação do objeto social da empresa possibilita que qualquer sociedade possua atividade de participação, sendo classificada a partir de então, como uma *holding* mista.

Podem ser conceituadas igualmente, como *holdings* operacionais, dado que, [...] “não obstante o fato de deterem características semelhantes às encontradas nas *holdings* puras, distinguem-se das primeiras por possuírem também outras atividades operacionais, tais como a prestação de serviços”⁽¹⁶⁾.

3. Personalidade jurídica e suas responsabilidades

3.1. Tipos societários

A definição de sociedade pode ser extraída mediante a hermenêutica do art. 981 do Código Civil brasileiro, dispondo que esta ocorre quando da celebração de um contrato

(11) ROSSI, Alexandre Alves; SILVA, Fabio Pereira. *Holding familiar: visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário*. São Paulo: Trevisan, 2015. p. 21.

(12) LEMOS JR., Eloy Pereira; SILVA, Raul Sebastião Vasconcelos. *Reorganização societária e blindagem patrimonial por meio de constituição de holding*. Londrina: *Scientia Iuris*, v. 18, n. 2. p. 59, 2015.

(13) ROSSI, Alexandre Alves; SILVA, Fabio Pereira. *Holding familiar: visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário*. São Paulo: Trevisan, 2015. p. 21.

(14) MAMEDE, Eduarda Cotta; MAMEDE, Gladston. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 12.

(15) OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Holding, administração corporativa e unidade estratégica de negócio: uma abordagem prática*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 07.

(16) LEMOS JR., Eloy Pereira; SILVA, Raul Sebastião Vasconcelos. *Reorganização societária e blindagem patrimonial por meio de constituição de holding*. Londrina: *Scientia Iuris*, v. 18, n. 2. p. 59, 2015.

de sociedade por pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados⁽¹⁷⁾.

A classificação das sociedades pode ocorrer sob a ótica de vários critérios, como por exemplo: o da responsabilidade dos sócios, o da personificação da sociedade, o da forma do capital e o da estrutura econômica.

O critério de responsabilidade dos sócios diz quanto à extensão das obrigações sociais, podendo atingir ou não o patrimônio destes. Esta se subdivide em três possibilidades: sociedades de responsabilidade limitada, sociedades de responsabilidade ilimitada e sociedades de responsabilidade mista.

Aquelas denominadas de limitadas restringem a responsabilidade dos sócios ao valor de suas quotas ou ações descritas no contrato social ou no estatuto. Já aquelas denominadas de ilimitadas: os sócios assumem na integralidade e de forma solidária as responsabilidades advindas da sociedade. Em contrapartida, aquelas denominadas de mistas, resultam da compreensão das sociedades limitadas e das sociedades ilimitadas, possibilitando a limitação da responsabilidade de alguns sócios sob o valor de quotas ou ações que possui e a não limitação e solidariedade às responsabilidades decorrentes da sociedade para os demais.

A personificação diz quanto à inscrição ou não dos atos constitutivos, ou seja, do registro dos mesmos aos órgãos específicos, como em Juntas Comerciais ou em Cartório de Registros de Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas. Há, portanto, as sociedades não personificadas e as sociedades personificadas.

Tem-se como não personificadas as empresas que não possuem o registro dos seus atos constitutivos no respectivo órgão competente; em contrapartida, as personificadas são o extremo oposto, são aquelas que levam seus atos constitutivos à registro.

O critério da forma do capital se subdivide em sociedades de capital fixo e de capital variável. Possuem capital fixo as empresas que o determinam e o delimitam, só podendo modificá-lo mediante alteração contratual ou estatutária. Em oposição, as empresas de capital variável restam desobrigadas de quantificar o mesmo, bem como não necessitam de alteração em seu contrato ou estatuto quando da variação do valor.

Por fim, a subclassificação que diz respeito à estrutura econômica pode ser dividida em sociedades de pessoas e sociedades de capitais, a primeira é constituída em função da qualidade da pessoa dos sócios, e a segunda é constituída tendo em atenção o preponderante capital social.

Além da utilização dos critérios supramencionados para a classificação das sociedades, utiliza-se, de igual forma, a distinção advinda quando observadas as sociedades sob a ótica de sua natureza jurídica, podendo então, ser simples ou empresária.

A dessemelhança entre ambas advém de disposição legal, consoante o art. 982, do Código Civil, o qual prevê que, consideram-se sociedades empresariais aquelas que têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário, sujeito ao registro de seus atos constitutivos, sejam eles contratos ou estatutos e, de forma excludente, conceituam sociedades simples as demais não abrangidas por esta definição⁽¹⁸⁾.

As sociedades empresárias são aquelas que exercem atividade própria de empresário, ou seja, atividades que visam a produção ou a circulação de bens ou serviços. Já as sociedades simples são aquelas atividades negociais que se desenvolvem de forma simples, como por exemplo, as atividades intelectuais, científicas, literárias, artísticas, etc.

Por força do art. 982 do Código Civil brasileiro, as sociedades dividem-se em dois tipos: sociedades simples e sociedades empresárias.

(17) *Código Civil brasileiro* – Lei n.10.406/2002, art. 981.

(18) *Código Civil brasileiro* – Lei n.10.406/2002, art. 982.

Essa divisão resulta da adoção, entre nós, da teoria da empresa. Assim, parte-se do pressuposto de que há um tipo específico de atividade negocial que caracteriza empresa: a atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. O elemento central seria a organização dos meios sob a forma de empresa, em oposição às atividades negociais que se desenvolvem de forma simples.⁽¹⁹⁾

Não obstante, cabe salientar que as sociedades empresárias devem registrar o seu ato constitutivo perante as Juntas Comerciais e as sociedades simples, juntamente aos Cartórios de Registro de Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas.

Excetuam-se desta classificação e da regra do registro dos atos constitutivos a sociedade por ações, que é considerada sociedade empresária; e a cooperativa, que é considerada como sociedade simples.

As *sociedades empresárias* registram-se nas Juntas Comerciais. As *sociedades simples* registram-se nos Cartórios de Registro de Pessoas Jurídicas, salvo as *sociedades cooperativas*, registradas também nas Juntas Comerciais.⁽²⁰⁾

As sociedades simples podem adotar os seguintes tipos societários: sociedade simples em sentido estrito, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade cooperativa; e as sociedades empresárias podem adotar os tipos: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações.

Para a finalidade do estudo o presente artigo científico, bem como a observação sob a ótica do tema aqui a ser tratado, restringem-se a apresentação os tipos societários mais

utilizados para a percepção de *holding*, qual sejam: sociedade limitada, sociedade anônima e EIRELi.

Será abordado somente o tópico de responsabilização e constituição para cada tipo societário, visando o foco do presente estudo.

3.1.1. Limitada

A característica chave da Sociedade Limitada é o tipo de responsabilidade que recai sobre seus sócios integrantes. O referido tipo societário dispõe de responsabilidade, restrita, delimitada.

Isso quer dizer que a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas sociais, aquelas contidas no contrato social registrado junto à Junta Comercial.

Limitada é a responsabilidade do cotista, não da sociedade, é claro. Na verdade, trata-se de uma sociedade empresária com a totalidade dos sócios de responsabilidade limitada. A responsabilidade da sociedade perante terceiros é plena, posto que dotada de autonomia jurídica.⁽²¹⁾

Tal aspecto é o principal motivo pelo qual os empreendedores e empresários optam pela modalidade de Sociedade Limitada, vez que apresenta o menor risco ao patrimônio pessoal de cada sócio, respondendo à sociedade até o limite do valor das quotas contidas em contrato social, integralmente integralizadas ao patrimônio societário.

O traço mais característico da sociedade limitada é a responsabilidade dos seus sócios, que é o motivo primordial da dispersão de tal sociedade pelo ordenamento jurídico nacional.⁽²²⁾

Após a devida constituição da Sociedade Limitada, o sócio e a pessoa jurídica formada

(19) MAMEDE, Eduarda Cotta; MAMEDE, Gladston. *Holding familiar e suas vantagens*: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 14.

(20) *Ibidem*, p. 15.

(21) FAZZIO JR., Waldo. *Manual de direito comercial*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, p. 130, 2017.

(22) TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*: teoria geral e direito societário. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 395.

por ele se tornam pessoas distintas, impossibilitando que um responda pelas obrigações do outro, não podendo ser compelido a qualquer outra prestação suplementar extraordinária.

3.1.1.1. Da responsabilidade pela integralização das cotas/quotas

Neste tipo societário, cada sócio deverá ingressar com uma fração do capital social total, sendo responsável pela integralização de todo o valor por ele subscrito.

Passando desta premissa, tem-se que os sócios se tornam fiadores entre si até a integralização de todo o capital social subscrito por estes ao contrato social, ou seja, há responsabilidade subsidiária entre os sócios até a integralização completa de todo o capital social mencionado.

Na sociedade limitada, cada cotista, ou sócio, entra com uma parcela do capital social, ficando responsável diretamente pela integralização da cota que subscreveu, e indiretamente ou subsidiariamente pela integralização das cotas subscritas por todos os sócios.⁽²³⁾

Portanto, cada sócio é responsável pela integralização dos valores que nomeou e ainda, poderá ser responsável, subsidiariamente, pela integralização do capital subscrito por outro sócio, caso este não o faça.

Cada sócio tem responsabilidade por sua parte no capital social, mas pode ser chamado a honrar a parte que falta a ser paga pelos outros sócios nesse capital social, em virtude da solidariedade estabelecida entre todos os sócios.⁽²⁴⁾

Tal disposição está devidamente positivada ao art. 1.052, do Código Civil:

Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.⁽²⁵⁾

Salienta-se que a não integralização das cotas por aquele que as nomeou, tem como consequência a responsabilização ilimitada pelo referido valor. À vista disso, até a não integralização total dos valores dispendidos em face da sociedade, o sócio responderá pelo valor indicado com todo o seu patrimônio pessoal.

A característica essencial desse tipo societário é a limitação da responsabilidade subsidiária dos sócios à integralização do capital social. Cada sócio responde, solidariamente, pela integralização de todas as cotas sociais. Uma vez completo o capital social, o patrimônio particular dos sócios não será afetado por débitos da sociedade. Esta responderá ilimitadamente, com seu próprio patrimônio, pelas obrigações sociais.⁽²⁶⁾

Após alcançados os valores apontados pela totalidade dos sócios, adquire-se a característica de limitação da responsabilidade de cada um para com a sociedade.

Uma vez integralizadas as cotas de todos os sócios, nenhum deles pode mais ser chamado para responder com seus bens particulares pelas dívidas da sociedade. A responsabilidade, portanto, é ilimitada à integralização do capital social.⁽²⁷⁾

Entretanto, a limitação de responsabilidade, principal característica deste tipo societário, pode se extinguir em casos excepcionais, autorizando a realização da descaracterização da personalidade jurídica da sociedade e,

(23) FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de direito comercial (empresarial)*. 45. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 39.

(24) TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 395

(25) *Código Civil brasileiro* – Lei n.10.406/2002.

(26) FAZZIO JR., Waldo. *Manual de direito comercial*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 130.

(27) FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de direito comercial (empresarial)*. 45. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 39.

consequentemente, afetando diretamente o patrimônio pessoal do(s) sócio(s).

Uma vez pago todo o capital social, nada mais pode ser exigido dos sócios patrimonialmente, exceto nos casos das hipóteses excepcionais que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica.⁽²⁸⁾

Os casos excepcionais que afastam o princípio de limitação da responsabilidade são basicamente: desconsideração da personalidade jurídica, distribuição fictícia de lucros com prejuízo de capital social, deliberação infringente do contrato social ou da lei e superavaliação de bens para formação do capital social.

3.1.1.2. Da responsabilidade pelo nome da sociedade limitada

O Decreto-lei n. 3.708/1919⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾ e o Código Civil⁽³¹⁾, apresentam, como disposição legal para uma das hipóteses da responsabilização ilimitada dos sócios, a infringência do contrato social ou da lei. Tornando ilimitadamente responsáveis aqueles que expressamente ajustaram os termos e deliberações que transgridam a lei ou as determinações do contrato social. Entendendo-se como “ilimitadamente responsáveis” que os sócios descumpridores responderão até o esgotamento do seu patrimônio pessoal.

A Sociedade Limitada pode utilizar firma ou denominação para a sua nomenclatura. O nome dos sócios pode ser utilizado para a elaboração da razão social/firma da empresa, desde que pessoas físicas, não sendo necessário a utilização do nome de todos os membros integrantes da sociedade, podendo ser substituído a totalidade dos nomes pela palavra “companhia” ou “cia.”. Já a denominação deve

indicar o objeto da sociedade, podendo englobar ainda, o nome dos sócios⁽³²⁾⁽³³⁾.

O complemento dado à empresa que assumirá o regime jurídico de Sociedade Limitada é de suma importância para o tipo de responsabilidade que cada sócio constituinte pretende assumir.

Para a perfectibilização da responsabilidade limitada dos sócios, deverá conter ao final do nome da empresa a palavra “limitada”, ou sua forma abreviada (Ltda.). Possibilitando assim a divulgação e publicização do encargo dos sócios perante terceiros^{(34) (35) (36)}.

[...] impõe sejam a firma ou denominação social seguidas da palavra “limitada”, por extenso ou abreviadamente, a qual constitui, portanto, elemento característico de seu nome, possibilitando aos terceiros que mantenham relações com a sociedade a certeza, sem terem que recorrer ao contrato social, de tratar-se de sociedade em que todos os sócios respondem pelo total do capital social.⁽³⁷⁾

A omissão da referida expressão acarretará na declaração de responsabilidade solidária e ilimitada àqueles sócios que assim utilizarem o nome da empresa.^{(38) (39)}

Omitida a declaração, diz o Código, serão havidos como solidária e ilimitadamente responsáveis os administradores que assim

(28) TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 395

(29) Decreto-lei n. 3.708/1919, art. 10.

(30) Decreto-lei n. 3.708/1919, art. 16.

(31) *Código Civil brasileiro* – Lei n.10.406/2002, art. 1.080.

(32) Decreto-lei n. 3.708/1919, § 1º, art. 3º.

(33) *Código Civil brasileiro* – Lei n.10.406/2002, §§ 1º e 2º, art. 1.158.

(34) *Código Civil brasileiro* – Lei n.10.406/2002, art. 1.158.

(35) Decreto-lei n. 3.708/1919, primeira parte do § 2º, art. 3º.

(36) *Código Civil brasileiro* – Lei n.10.406/2002, art. 997, inciso VIII.

(37) CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 139.

(38) Decreto-lei n. 3.708/1919, segunda parte do § 2º, art. 3º.

(39) *Código Civil brasileiro* – Lei n.10.406/2002, § 3º, art. 1.158.

empregarem a firma ou a denominação da sociedade (§ 3º do art. 1.158).⁽⁴⁰⁾

Tal determinação se faz necessária visando a interação desta sociedade perante terceiros, sendo estes pessoas físicas ou jurídicas.

O contratante da sociedade vê somente seu nome. Quando da ausência da palavra “limitada” ou até mesmo a sua forma abreviada, presume-se ser esta uma sociedade em nome coletivo, a qual a responsabilidade dos seus sócios é ilimitada.

Indispensável é que, em todo caso, se acrescente sempre ao nome a palavra “Limitada”, por extenso ou abreviadamente (Ltda.). Se for omitida essa palavra, na razão social ou na denominação, serão havidos como ilimitadamente responsáveis os sócios-gerentes e os que fizerem uso da firma social, criando-se, sem querer, uma sociedade geral ou em nome coletivo.⁽⁴¹⁾

O terceiro contratante encontra em uma sociedade em nome coletivo uma segurança jurídica maior, vez que em caso de não cumprimento contratual, esse pode chamar os sócios para responder em nome da empresa com seus bens particulares.

Ao ocorrer a omissão da expressão “limitada” ao nome da empresa, o sócio estará agindo de má-fé, havendo assim, como ilimitada e solidária a sua responsabilidade, bem como a do(s) administrador(es) perante terceiros contratantes da sociedade.

Omitida da firma ou da denominação a palavra “limitada”, serão havidos como solidária e ilimitadamente responsáveis os administradores e os que fizerem uso da firma social ou da denominação.⁽⁴²⁾

Portanto, para a concretização da responsabilidade limitada dos sócios integrantes da empresa, deverá constar ao nome desta a expressão “limitada”, sob pena de ver a principal característica deste tipo societário ser inaplicada e ter os bens pessoais dos administradores e sócios integrantes, atingidos.

3.1.2. Anônima

A Sociedade Anônima em muito difere da Sociedade Limitada, principalmente no quesito divisão do capital social da empresa e impessoalidade dos seus membros.

Na Sociedade Limitada o capital social é dividido por quotas/cotas entre os sócios. Já na Sociedade Anônima, tem-se a divisão por ações entre os acionistas, sendo as ações pequenas partes idênticas e indivisíveis.

Enquanto na Sociedade Limitada a escolha dos sócios decorre da afinidade existente entre eles ou até mesmo da capacidade intelectual dos seus participantes, na Sociedade Anônima há a prioridade pelo seu capital.

Mesmo visando o capital, uma Sociedade Anônima possui a faculdade de estender e expandir o acesso a todo aquele interessado em fazer parte da constituição do capital social, ou delimitar quem serão seus acionistas e restringir o ingresso na sociedade para somente aqueles de sua escolha. Essa é basicamente a diferença entre sociedades de capital aberto e de capital fechado, respectivamente.

As Sociedades Anônimas de capital aberto são aquelas que se detêm, única e exclusivamente, ao capital social acionário, possuindo caráter eminentemente institucional, com diretrizes ditadas pela política econômica, vinculando-se sempre à vigilância e controle estatal. Suas ações e outros títulos mobiliários são passíveis de negociação no mercado de capital. Para tal acontecimento, deverá ocorrer a inscrição da sociedade na CVM — Comissão de Valores Mobiliários. Após a aprovação deste órgão, ocorrerá a ampla circulação e oferecimento ao público geral das ações e outros títulos da sociedade perante negociações na Bolsa de Valores.

(40) CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 139.

(41) FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de direito comercial (empresarial)*. 45. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 41.

(42) REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 566.

Companhia *aberta* (*open corporation*, *publicly-held*) é a sociedade anônima cujo capital pode ser disseminado pelo público, segundo índices e percentagens obrigatórios, e cujas ações e outros títulos mobiliários de sua emissão, depois de registro na CVM, se negociam em Bolsa ou fora dela por meio de instituição financeira habilitada.⁽⁴³⁾

Temos como exemplo de Sociedades Anônimas de capital aberto a Brasken, a Petrobrás, a Cyrela, a Vale, e os Banco Itaú e Bradesco.

As Sociedades Anônimas de capital fechado são aquelas ditas arraigadas ao princípio *intuitu personae*, ou seja, aquelas que levam em consideração à pessoa do acionista, atando-se à fidelidade e mútua confiança, tipificando-se como *affectio societatis* (sociedade formada por vínculos de afeto). Para delimitar a composição do corpo acionário, as companhias de capital fechado não possuem suas ações e outros títulos mobiliários negociados na Bolsa de Valores ou em balcões de corretoras, sendo assim, de circulação restrita, sem oferta ao público.

[...] quando as ações das sociedades não são negociadas por intermédio das entidades autorizadas a negociar neste mercado, a sociedade é denominada de *sociedade fechada* [...].⁽⁴⁴⁾

Temos como exemplo de Sociedades Anônimas de capital fechado a Camargo Corrêa (*holding* de controle familiar), a S.A. Paulista, a Moinhos Catarinenses e a Rede Card.

Em síntese, enquanto nas companhias abertas desponta a feição institucional e a necessidade de se preservar o interesse coletivo do mercado, nas fechadas prevalece o caráter contratual atado à liberdade dos sócios e seus desígnios privados.⁽⁴⁵⁾

Deve-se salientar também: a escolha de referido tipo societário para gerir e administrar grandes empreendimentos, a sua influência no cenário econômico-político, a determinação ou a indeterminação do seu capital, a responsabilidade de seus acionistas e seu nome.

3.1.2.1. Da responsabilidade dos acionistas

Um dos únicos pontos de semelhança entre a Sociedade Limitada e a Sociedade Anônima é a responsabilização dos seus membros ocorrer de forma limitada.

A sociedade anônima, com efeito, tornou-se eficaz instrumento do capitalismo precisamente porque permite à poupança popular participar dos grandes empreendimentos, sem que o investidor, modesto ou poderoso, se vincule à responsabilidade além da soma investida, e pela possibilidade de a qualquer momento, sem dar conta do seu ato a ninguém, negociar livremente os títulos, obtendo novamente a liquidez monetária desejada.⁽⁴⁶⁾

Na Sociedade Anônima/Companhia o sócio ou acionista se obriga somente pelo preço de emissão da(s) ação(ões) que subscrever ou adquirir.^{(47) (48)}

Para se tornar acionista é necessária a subscrição de ações. Tal ato acarreta direitos e deveres para quem o faz.⁽⁴⁹⁾

Isso quer dizer que o risco assumido pelo acionista diz somente quanto ao preço de emissão da ação, quanto ao preço investido, havendo a limitação do alcance do patrimônio do acionista a suas ações.

[...] a responsabilidade dos sócios (acionistas) é limitada ao preço de emissão da ação.

(43) FAZZIO JR., Waldo. *Manual de direito comercial*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 162.

(44) MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. Atual. por Carlos Henrique Abrão. 40. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 240.

(45) FAZZIO JR., Waldo. *Manual de direito comercial*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 162.

(46) REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2. p. 29.

(47) Lei n. 6.404/1976, art. 1º.

(48) *Código Civil brasileiro* – Lei n. 10.406/2002, art. 1.088.

(49) TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 518.

A limitação de responsabilidade significa que os acionistas só assumem o risco de perder o valor investido, não pondo em risco o restante de seu patrimônio pessoal. O valor investido é o que a lei convencionou denominar preço de emissão, isto é o valor que se deve pagar para subscrever a ação.⁽⁵⁰⁾

Portanto, análogo à responsabilidade contida na Sociedade Limitada, a Sociedade Anônima também possui a restrição da responsabilidade de seus sócios/acionistas. Entretanto, no presente caso, a limitação diz quanto ao valor subscrito pela(s) ação(ões) adquirida(s), e não pelo capital social subscrito no contrato social.

3.1.2.2. Da responsabilidade do acionista controlador

Dentro de uma Sociedade Anônima/Companhia existem basicamente quatro tipos de acionistas, sendo eles: comum ou ordinário, controlador, dissidente e o minoritário.

Aquele denominado de comum/ordinário possui direitos e deveres inerentes a todos os demais acionistas. Tendo como dever a integralização das ações por ele subscritas e o voto consoante o interesse comum da sociedade;

O chamado acionista dissidente é aquele que não concorda com as decisões tomadas pela maioria, podendo se retirar da companhia mediante o reembolso do valor de mercado das ações ou ainda, valor econômico destas;

Também existe o minoritário, sendo este o que não participa do controle da sociedade, independente do motivo (geralmente, desinteresse ou insuficiência de votos);

O acionista controlador é aquele que detém a maioria das ações com direito a voto dentro da sociedade. Este acionista pode ser uma pessoa física, uma pessoa jurídica, ou ainda, um grupo de pessoas. O controlador pode eleger a maioria dos administradores e utiliza seu poder para dirigir as atividades sociais da empresa e para orientar o funcionamento

da Companhia. Em suma, possui os mesmos direitos e deveres de um acionista comum/ordinário, entretanto, responde pela prática de abuso de poder⁽⁵¹⁾.

Acionista controlador é a pessoa física ou jurídica que detém de modo permanente a maioria de votos e o poder de eleger a maioria dos administradores, e que use efetivamente esse poder (art. 116). Tem os mesmos direitos e deveres do acionista comum. Mas responde por abusos praticados (art. 117).⁽⁵²⁾

A Lei n. 6.404/1976 (Lei da Sociedade Anônima) relaciona a responsabilidade do acionista controlador ao seu abuso de poder, positivando as hipóteses em que os atos praticados por este são assim considerados.

São cenários que causam a responsabilidade do acionista controlador: orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade — brasileira ou estrangeira — em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional; promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia; eleger administrador ou fiscal que sabe ser inapto, moral ou tecnicamente;

(51) Lei n. 6.404/1976, art. 116 e alíneas.

(52) FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de direito comercial (empresarial)*. 45. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 47.

(50) *Ibidem*, p. 422.

induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos na lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia geral; contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas; aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade; e subscrever ações, para os fins de aumento do capital social, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia⁽⁵³⁾.

Os acionistas controladores, porém, que são majoritários e que usam efetivamente seu poder, bem como os administradores, poderão responder pessoalmente pelos danos causados por atos praticados com culpa ou dolo ou com abuso de poder.⁽⁵⁴⁾

A responsabilização recaída ao acionista que incorre em abuso de poder diz quanto ao alcance do seu patrimônio particular para o ressarcimento, reembolso e indenização a terceiros, à companhia ou a outros sócios acionistas.

Diante dessa função do exercício do poder de controle, a Lei das S.A. pune o seu exercício abusivo, impondo ao controlador, que age abusivamente, o dever de indenizar os danos causados por sua atuação. Essa responsabilização do controlador decorre do não atendimento ao interesse social, bem como do desrespeito aos interesses dos minoritários, dos colaboradores e até da comunidade, onde a sociedade atua.⁽⁵⁵⁾

(53) Lei n. 6.404/1976, art. 117 e § 1º.

(54) FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de direito comercial (empresarial)*. 45. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 44.

(55) TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 516.

Os interesses e ações do acionista controlador devem estar alinhados ao propósito da sociedade, caso contrário, responderá pelos seus atos com os seus bens pessoais.

3.1.2.3. Da responsabilidade do administrador e do conselheiro fiscal

Os deveres dos administradores e dos conselheiros fiscais são congêneres, bem como as consequências decorrente do descumprimento de um deles⁽⁵⁶⁾.

A responsabilidade dos administradores e dos conselheiros fiscais em muito se assemelham, havendo distinção entre os referidos órgãos somente no que diz a respeito de suas funções e deliberações.

Ressalva-se, previamente, que o termo “administradores” engloba tanto esses, quanto os membros da diretoria da sociedade, devendo os integrantes obrigatoriamente serem pessoas físicas para ocupar cargo administrativo ou diretivo.

A expressão *administradores*, usada pela Lei n. 6.404/76, abrange tanto os membros do Conselho de Administração, quanto os membros da Diretoria. Em qualquer caso, os administradores são necessariamente pessoas físicas, não se admitindo a presença de pessoas jurídicas em tais órgãos.⁽⁵⁷⁾

Na Lei das Sociedades Anônimas a responsabilidade dos administradores e dos conselheiros fiscais aparece primeiramente junto ao dispositivo que trata do acionista controlador e de suas respostas.

Ao § 2º, do art. 117, tem-se a disposição que, conjuntamente ao acionista controlador que praticou uma das hipóteses de abuso de poder descritos às alíneas do § 1º, do referido artigo, responderá o administrador ou o fiscal que incorrer ao mesmo ato ilegal⁽⁵⁸⁾.

(56) Lei n. 6.404/1976, art. 165.

(57) TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 575.

(58) Lei n. 6.404/1976, art. 117 e § 2º.

Ainda, o mencionado dispositivo legal, ao seu § 3º, há o preceito de que, aquele acionista controlador que exerce cargo junto ao órgão de administração ou do conselho fiscal, possui também, os deveres e responsabilidades dos respectivos cargos, somando-os⁽⁵⁹⁾.

O tópico de responsabilidade dos administradores está contido ao art. 158, da Lei das Sociedades Anônimas, bem como o de responsabilidade dos conselheiros fiscais se encontra ao art. 165, da legislação citada.

Atos praticados por culpa, dolo, violação de lei e/ou do estatuto, omissão e não cumprimento de deveres legais são fatos geradores de responsabilidade, presentes em ambos os cargos⁽⁶⁰⁾ ⁽⁶¹⁾.

Os dirigentes sociais, nas sociedades anônimas, como de resto também os administradores das sociedades limitadas não se vinculam solidariamente pelos atos de gestão que praticam. São eles órgãos da pessoa jurídica, e é nessa qualidade que agem em nome e por conta da sociedade.

Decaem, todavia, dessa imunidade, respondendo civilmente, quando ultrapassarem os atos regulares de gestão ou quando procederem, dentro de suas atribuições e poderes, com culpa e dolo. Se o ato praticado constituir infração à lei penal, são eles, e não a pessoa jurídica que não tem imputabilidade criminal, que respondem pelos delitos que praticarem em sua gestão.⁽⁶²⁾

Em comum, os administradores e os conselheiros fiscais possuem, também, a possibilidade de responsabilidade solidária com outro(s) membro(s) da administração ou do conselho fiscal. Isso pode ocorrer quando estes forem coniventes com aquele(s) que praticar(em) ato ilícito; quando concorrerem no fato para

a prática do mesmo ato; ou ainda, pelos danos e prejuízos causados em virtude do não cumprimento e omissão dos seus deveres⁽⁶³⁾ ⁽⁶⁴⁾.

Os administradores respondem solidariamente inclusive, quando da negligência em descobrir, ou se, tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a prática do ato ilícito⁽⁶⁵⁾.

Os administradores são órgãos da companhia e, como tais, praticam atos por esta, que consequentemente é responsável por tais atos. Todavia, nem sempre o administrador age corretamente, podendo em determinadas circunstâncias extrapolar seus poderes ou violar seus deveres, ou ainda agir com dolo ou culpa. Nestes casos, é necessário que se responsabilize pessoalmente o administrador perante todos os que suportarem danos decorrentes de tal atuação, isto é, o administrador responderá pessoalmente perante a sociedade e perante terceiros pelos danos causados quando agir com dolo, culpa, violação da lei ou dos estatutos (Lei n. 6.404/76 – art. 158).⁽⁶⁶⁾

A forma apresentada para os administradores e conselheiros fiscais se eximirem da responsabilização, solidária ou individual, é a manifestação da divergência dos mesmos, constar em ata de reunião do órgão ou quando não for possível, a ciência imediata e expressa aos demais órgãos ou até mesmo à assembleia geral⁽⁶⁷⁾ ⁽⁶⁸⁾.

O descumprimento desses deveres, bem como a atuação com dolo ou culpa ou violação à lei ou ao estatuto, gera, a responsabilidade dos membros do conselho fiscal. A princípio, trata-se de uma responsabilidade individual, mas que pode ser solidária diante dos conselheiros decorre tanto de

(59) Lei n. 6.404/1976, art. 117 e § 3º.

(60) Lei n. 6.404/1976, art. 158, I e II e § 2º.

(61) Lei n. 6.404/1976, art. 165.

(62) REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2, p. 282.

(63) Lei n. 6.404/1976, §§ 1º, 2º e 5º do art. 158.

(64) Lei n. 6.404/1976, art. 165 e §§ 2º e 3º.

(65) Lei n. 6.404/1976, art. 158, I e II.

(66) TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 575.

(67) Lei n. 6.404/1976, § 1º do art. 158.

(68) Lei n. 6.404/1976, § 3º do art. 165.

uma atuação positiva, como da omissão no exercício dos seus deveres. A princípio, só deve ser responsabilizado o conselheiro que praticou o ato ilícito. Todavia, tal responsabilidade se estende àqueles que forma coniventes com o ilícito cometido, descumprindo seus deveres.⁽⁶⁹⁾

Salienta-se que a responsabilidade decorrente de dolo ou culpa, recaída sobre estes é sempre subjetiva, ou seja, necessária é a comprovação de agir com dolo/culpa para que os administradores e conselheiros fiscais possam ser devidamente responsabilizados.

Se o administrador causar danos, agindo dentro dos seus poderes, a responsabilidade, a princípio é exclusivamente da própria companhia, na medida em que se trata de um ato dela. Todavia, provando-se nesses casos que o administrador agiu com dolo ou culpa, a responsabilidade passa a ser dele, pessoalmente falando. Há que se provar o dolo ou a culpa do administrador para poder responsabilizá-lo, isto é, a responsabilidade do administrador é subjetiva.⁽⁷⁰⁾

Tem-se como subjetiva também a responsabilidade contraída por ocorrência de extrapolação de poderes e violação de lei ou de estatuto. Entretanto, nestas se presumem *juris tantum* a existência da culpa, ou seja, é uma presunção relativa, para a qual se admite prova em contrário a cargo de quem alega a ilegitimidade, a não ação culposa/dolosa.

De outro lado, quando o administrador extrapola seus poderes, violando a lei ou o estatuto, presume-se *juris tantum* a existência de culpa. A responsabilidade nesses casos sempre é subjetiva, todavia, com a inversão do ônus da prova, isto é, admite-se que o administrador comprove que não agiu com dolo ou culpa.⁽⁷¹⁾

Para a apuração da objetividade decorrente da responsabilidade dos administradores e dos conselheiros fiscais, dispõe-se ação própria, sendo esta, Ação de Responsabilidade. Podendo essa ser ajuizada somente para a apuração da responsabilidade quando causados danos à sociedade, cabendo somente a ela, promover a ação.

Portanto, entre os administradores e conselheiros há igualdade de deveres e de consequências, com pequenos acréscimos em um ou em outro. Tendo como a principal consequência, para ambos, a responsabilização do agente, incumbindo-lhe responder com o seu patrimônio pessoal aos danos decorrentes da sua conduta. Para ocorrência de tal responsabilização, há necessidade do ajuizamento e julgamento de Ação de Responsabilidade para a apuração de fatos, de prova e a imputação ou não da responsabilidade.

3.1.3. EIRELi

Por intermédio da Lei n. 12.441/2011, ocorreu a alteração do Código Civil, inserindo-se o art. 980-A e acrescentando o inciso VI, ao art. 44.

Tais mudanças ocasionaram no reconhecimento da EIRELi como uma pessoa jurídica de direito privado (art. 44, VI, do Código Civil), bem como no regramento de sua constituição e formação.

O art. 980-A determina que a EIRELi será “constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País”.

A EIRELi tem seu perfil claramente institucional. É ela constituída por uma única pessoa, titular da totalidade do capital. Nasce, desse modo, da manifestação volitiva dessa única pessoa que, assim, a institui.⁽⁷²⁾

Quanto ao capital social, tem-se ainda a determinação da integralização total do patrimônio,

(69) TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 573.

(70) *Ibidem*, p. 588.

(71) *Idem*.

(72) CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 250.

visando evitar a confusão patrimonial entre o empresário e a empresa.

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) é pessoa jurídica constituída por uma única pessoa (art. 980-A do CC).

O capital deve ser necessariamente superior a 100 vezes o salário mínimo e estar totalmente integralizado.⁽⁷³⁾

A Lei n. 12.441/2011 trouxe, juntamente ao *caput* do artigo que possibilita a constituição da EIRELI, diversas disposições e regramentos do novo tipo societário, os quais estão elencados aos parágrafos do art. 980-A.

Esses determinam que:

a) para a elaboração do nome social, após a sua denominação social ou razão social, obrigatoriamente deverá constar a sigla “EIRELI”, perfectibilizando assim, a limitação da responsabilidade do capital social perante o seu único “sócio”⁽⁷⁴⁾;

b) quando constituída por pessoa natural (pessoa física), restringir-se-á a sua figuração em uma única empresa nesta modalidade⁽⁷⁵⁾;

c) sua concepção poderá ser através do modo originário ou por intermédio de transformação⁽⁷⁶⁾;

d) diante da semelhança existente entre a EIRELI e a Sociedade Limitada, nas disposições legais que competirem à segunda e que couberem à primeira, possível será a aplicação destas regras e ditames legais de igual modo⁽⁷⁷⁾.

Ainda no âmbito positivista, por meio do Enunciado n. 469, da V Jornada de Direito Civil

— “A empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado”⁽⁷⁸⁾ — e do Enunciado n. 03, da I Jornada de Direito Comercial — “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada — EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto do empresário e da sociedade empresária”⁽⁷⁹⁾ —, combinado com o acréscimo do inciso IV ao art. 44 do Código Civil, obtemos a interpretação da EIRELI como um novo ente jurídico personificado, atribuindo-lhe personalidade jurídica a fim de coexistir em torno de um sujeito de direito, diferente da pessoa do empresário, às relações jurídicas da sociedade.

3.1.3.1. Da limitação da responsabilidade no exercício individual da empresa

Este novo ente jurídico representa a limitação da responsabilidade do empresário individual, vez que antes, desamparado de uma segurança jurídica e patrimonial, obrigava-se a constituir sociedade com outra pessoa (na maioria das vezes cônjuges ou parentes próximos) com percentuais societários inexpressivos para adquirir a limitação da responsabilidade ao seu capital social.

Logo, há na EIRELI a separação da personalidade jurídica entre a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada e a pessoa do seu instituidor, de modo que a empresa será explorada pela pessoa jurídica, que contará com capacidade e patrimônio próprios, exercendo direitos e assumindo obrigações em nome próprio.⁽⁸⁰⁾

A constituição de uma EIRELI possibilita a dissociação existente entre a pessoa (física ou

(73) FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de direito comercial (empresarial)*. 45. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 44.

(74) *Código Civil brasileiro* – Lei n.10.406/2002, § 1º do art. 980-A.

(75) *Código Civil brasileiro* – Lei n.10.406/2002, § 2º do art. 980-A.

(76) *Código Civil brasileiro* – Lei n.10.406/2002, § 3º do art. 980-A.

(77) *Código Civil brasileiro* – Lei n.10.406/2002, § 6º do art. 980-A.

(78) Enunciado n. 469 da V Jornada de Direito Civil. Brasília. 2012.

(79) Enunciado n. 03 da I Jornada de Direito Comercial. Brasília. 2012.

(80) TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI): Análise constitucional do instituto, unipessoalidade e mecanismos de controle de abuso e fraudes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 130.

jurídica) e a empresa, limitando a sua responsabilidade àquela quantia descrita no contrato social devidamente integralizado.

A EIRELI atuará no mundo concreto e terá uma série de direitos e obrigações próprio que não se confundem com os direitos e obrigações do seu titular. A condição de pessoa jurídica lhe dá uma autonomia patrimonial e obrigacional que permite a separação entre o que diz respeito à atividade empresarial e o que diz respeito a outras atividades do titular. Essa separação é o grande motivo de sua criação e, embora já tenha sido criticada, é perfeitamente justificável, nos mesmos moldes que se tem hoje para uma sociedade limitada.⁽⁸¹⁾

A EIRELI nada mais é do que a possibilidade de distinção entre a pessoa física ou jurídica do seu único sócio e a pessoa jurídica da empresa, delimitando os riscos patrimoniais que cada um assume. *A EIRELI no Brasil representa um instrumento legítimo de limitação dos riscos do exercício individual da empresa, por meio de criação de uma pessoa jurídica*⁽⁸²⁾.

O patrimônio da EIRELI, então, recebeu um duplo reforço em termos de separação em relação àquele do seu instituidor: além de ser patrimônio de pessoa distinta (o titular da EIRELI não deve, em regra, responder pelas suas dívidas por se tratar de pessoa estranha aos contratos por ela firmados), tal patrimônio — e apenas ele — servirá como garantia aos credores, uma vez que a própria lei estabelece um piso tido como seguro para o adimplemento das obrigações cotidianas do empresário.⁽⁸³⁾

Por vezes da existência do § 6º, do art. 980-A, do Código Civil, à EIRELI se aplicam

as mesmas formas de responsabilização ao empresário com seus bens particulares, quais sejam: a não integralização do capital de forma completa e a inexistência da expressão “EIRELI” ao final da denominação social ou da razão social.

À EIRELI são aplicáveis, no que couber, as regras das sociedades limitadas. Nesse passo, sua regulação legal se faz a partir do art. 980-A, que a categoriza e se complementa pelas disposições relativas às sociedades limitadas. A ressalva legal “no que couber” (§ 6º do art. 980-A) quer significar que o feixe positivo da sociedade limitada disciplinará complementarmente a EIRELI, salvo em relação àquelas regras que pressupunham a pluralidade dos sócios.⁽⁸⁴⁾

3.2. Formas de desconsideração e o pagamento de débitos trabalhistas

3.2.1. Natureza jurídica da desconsideração da personalidade jurídica e da desconsideração inversa e seus procedimentos

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica é simplesmente a desconstituição do ente personificado, desfazendo a criação do limite de responsabilidade dos sócios/acionistas e/ou administradores, atingindo seus bens particulares para o pagamento e satisfação de dívidas e créditos.

A concessão de personalidade jurídica, tendo em vista seus efeitos, leva, muitas vezes, a determinarmos abusos por parte do titular da empresa individual de responsabilidade limitada e dos sócios das sociedades, atingindo direitos de credores e de terceiros. Nesse caso, vem-se admitindo o superamento da personalidade jurídica com o fim exclusivo de atingir o patrimônio do titular

(81) TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 57.

(82) *Ibidem*, p. 62.

(83) NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *EIRELI: A tutela do patrimônio de afetação — O reforço à proteção do patrimônio pessoal do empreendedor à luz da Lei n. 14.441/2011*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.72.

(84) CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 250.

da empresa individual de responsabilidade limitada ou dos sócios da sociedade empresária envolvidos na administração dos negócios. Por essa razão a teoria do superamento da personalidade jurídica — *disregard of legal entity* — é também conhecida como teoria da penetração.⁽⁸⁵⁾

O ordenamento jurídico brasileiro nos apresenta inúmeras possibilidades para a realização da desconsideração da personalidade jurídica, cada um indicando os seus requisitos próprios para efetivação de tal conduta.

O primeiro aparecimento deste instituto ocorreu em 1916, por intermédio do revogado Código Civil (Lei n. 3.071/1916), ao seu art. 21, inciso III, prevendo que: “*Termina a existência da pessoa jurídica: III. Pela sua dissolução em virtude do ato do Governo, cessando-lhe este a autorização de funcionar, quando a pessoa jurídica incorra em atos opostos aos seus fins ou nocivos ao bem público*”.

Portanto, tem-se que a primeira disposição do instituto da desconsideração da personalidade jurídica advém de ato governamental, ocorrendo quando o ente público entender que a empresa está exercendo atos distintos daqueles para o qual foi criada ou ainda, quando sua prática for prejudicial ao bem público.

Pouco tempo depois, ocorrera novo aparecimento do referido instituto ao ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto n. 3.708/1919, que regula a constituição de sociedades por quotas, de responsabilidade limitada, ou seja, a legislação das Sociedades Limitas.

Segundo arts. 10 e 16 do referido decreto, os sócios respondem, perante terceiros, “*solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandado e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei*” e ainda, quanto as suas deliberações infringem o contrato social ou a lei, dando

“*responsabilidade ilimitada aqueles que expressamente hajam ajustado tais deliberações contra os preceitos contratuais ou legais*”.

Portanto, para o Decreto n. 3.708/1919, a desconsideração da personalidade jurídica poderá ocorrer quando os sócios ou administradores violarem e infringirem o contrato social ou a legislação, tornado assim, a responsabilidade limitada em ilimitada, atingindo os bens pessoais dos sócios para a satisfação de créditos de qualquer natureza.

Tal instituto reaparece anos depois, no Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966), ao seu art. 135, quando este aborda, com os mesmos pressupostos do Decreto n. 3.708/1919, a responsabilidade pessoal dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado (inciso III) pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias.

Uma década depois, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976), previu o instituto da desconsideração da personalidade jurídica em basicamente três artigos (117, 158 e 165) determinando a responsabilização dos acionistas controladores, dos administradores e também dos conselheiros fiscais.

O art. 117 afirma que “*o acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder*” e qualifica como tais aqueles descritos as alíneas do § 1º.

Já o art. 158 dispõe que o administrador responderá civilmente pelos prejuízos que causar quando proceder com dolo ou culpa, mesmo que dentro de suas atribuições (inciso I) e/ou com violação da lei ou do estatuto (inciso II).

Por fim, o art. 165 apresenta basicamente a mesma disposição que o artigo supramencionado, respondendo os conselheiros fiscais “*pelos danos resultantes de omissão no cumprimento de seus deveres e de atos praticados com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto*”.

Na referida legislação, há duas possibilidades de realização da desconsideração da personalidade jurídica, passando às pessoas físicas

(85) NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 1, p. 276.

a responsabilidade pelos danos causados. A primeira está contida no art. 117, atribuindo como requisito necessário para a responsabilização pessoal do acionista controlador, o abuso de poder. A segunda, entretanto, apresenta como requisito necessário a prática de ato lesivo com culpa ou dolo, ou ainda, devido à violação de lei ou do estatuto societário.

Até o ano de 1990 não havia qualquer legislação contendo expressamente o termo “desconsideração da personalidade jurídica”, muito embora, tem-se notícia de sua utilização desde o ano de 1976 em nossas jurisprudências.

Ocorre que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078) em 1990, positivou-se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, conforme redação do art. 28.

O referido artigo apresenta três possibilidades para a realização da desconsideração, sendo duas no *caput* do artigo e outra ao § 5º do mesmo.

Contida ao *caput*, *in initio*, do art. 28, a primeira possibilidade diz quanto a atos praticados pelos sócios com “*abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social*”. Portanto, tem-se aqui reprodução dos arts. 10 e 16 do Decreto n. 3.708/1919, 135, III do CTN, e a junção dos dois cenários existentes na Lei das Sociedades Anônimas, vez que apresenta tanto o excesso/abuso de poder, contido ao art. 117, bem como a infração/violação da lei ou do ato constitutivo da sociedade, descrito aos arts. 158 e 165.

A segunda possibilidade, descrita no *caput*, *in fine*, do art. 28, diz quanto a má administração da empresa, ou seja, “*quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica*”.

Por fim, a terceira e última possibilidade descrita ao art. 28, diz quanto aquela contida no § 5º, viabilizando a desconsideração da personalidade jurídica quando esta for “*de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos*

causados aos consumidores”. Deste modo, quando houver qualquer obstaculização ao ressarcimento de danos, e este for causado pela existência da personalidade jurídica, poder-se-á realizar a desconsideração da mesma para a efetivação da indenização pelos danos causados.

Salienta-se que estas duas últimas são inovações jurídicas em detrimento da proteção do consumidor.

Pouco tempo depois, houve a promulgação da Lei n. 8.884/1994 (Lei Antitruste). Em seu art. 18, a primeira Lei Antitruste repetiu o *caput* do art. 28, do CDC. Ocorre que este artigo fora revogado com a instituição da segunda Lei Antitruste (Lei n. 12.529/2011). Entretanto, cabe salientar que a nova lei se preocupou em modificar somente a forma de descrever o instituto, estando contido agora ao art. 34 e parágrafo único, com a mesma redação.

A disseminação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica ocorreu rapidamente, chegando à legislação do Meio Ambiente (Lei n. 9.055/1998) da mesma forma apresentada pelo § 5º, do art. 28, do CDC, entretanto, respeitando o tema legislado: “*poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à **qualidade do meio ambiente***”. (Grifo nosso)

Em 2002 houve a promulgação do novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), aonde em seu art. 50 apresentou a delimitação de quais efeitos e quais relações de obrigação podem ser estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios/acionistas da pessoa jurídica.

O Código Civil restringiu a desconsideração da personalidade jurídica somente aos casos em que ocorrem o abuso da personificação do ente jurídico. Ainda, dentro desta possibilidade, classificou, em rol taxativo, duas formas de caracterização do abuso, sendo elas: o desvio de finalidade e a confusão patrimonial.

Ocorre que somente com o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) houve a

disciplinação do procedimento da desconconsideração da personalidade jurídica, mostrando-se, segundo exposição de motivos, como forma de garantia do princípio constitucional do contraditório, alinhando as regras processuais aos ditames da Constituição Federal/1988.

A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconSIDERA da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”.⁽⁸⁶⁾

O Capítulo IV, da Seção III (da Assistência Litisconsorcial) do novo CPC, apresenta o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, em cinco artigos.

O NCPC decidiu criar um incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica para efetivar o princípio do contraditório, tendo por finalidade precípua verificar a presença ou ausência dos pressupostos previstos em lei — arts. 50 do CC e 28 do CDC —, possibilitando ao sócio a demonstração de que não houve abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade, confusão patrimonial, etc.⁽⁸⁷⁾

O artigo inaugural do referido capítulo, art. 133, dispõe que o incidente somente poderá ser “*instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo*”.

Portanto, tem-se que tal medida não pode ser decretada *ex officio*, necessitando intervenção das partes.

O CPC reitera os pressupostos contido no Código Civil quando determina que “*o pedido de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei*”⁽⁸⁸⁾.

A nova legislação apresenta a viabilidade de instauração do incidente a qualquer momento do processo, ou seja, fase de conhecimento (1º, 2º graus e tribunais superiores — STF e STJ), cumprimento de sentença e execução fundada em título executivo extrajudicial.

Entretanto, cabe observar o método a ser utilizado para o procedimento de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica, podendo este, ocorrer de duas formas: a primeira é quando o pedido de desconSIDERAÇÃO ocorre no decorrer do processo já instaurado; e a segunda é quando o pedido advém na petição inicial.

Quando realizado no decorrer do processo (primeira forma), o pedido de desconSIDERAÇÃO se faz mediante petição nos autos, acarretando na instauração do incidente próprio, cabendo ao juiz comunicar o distribuidor para efetuar as devidas anotações à capa do processo⁽⁸⁹⁾. Adotando-se tal procedimento, o processo principal será suspenso até a decisão final de desconSIDERAR ou não o ente jurídico personalizado que contempla o polo passivo da demanda⁽⁹⁰⁾.

Sendo o pedido sucedido junto à peça pÓrtica (segunda forma), descartar-se-á a necessidade de anotação aos autos, bem como a imposição de suspensão do processo, correndo normalmente a demanda, conforme o rito processual⁽⁹¹⁾.

(86) *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. p. 28.

(87) KLIPPEL, Bruno. O incidente de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 69.

(88) Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015, § 1º do art. 133.

(89) Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015, § 1º do art. 134.

(90) Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015, § 3º do art. 134.

(91) Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015, § 2º do art. 134.

Superada a forma a ser empregada para o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica, destaca-se a sua fundamentação, a qual deverá “*demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos*”⁽⁹²⁾, ou seja, aqueles contidos no art. 50 do Código Civil (abuso da personalidade jurídica através de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial), ou ainda, aqueles descritos nas demais legislações esparsas, conforme a especificação do tema abordado ao processo.

Após a instauração do incidente, seja através de petição aos autos já em tramitação ou, seja diretamente à petição inicial, haverá a citação dos sócios “*para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias*”⁽⁹³⁾.

Devido ao incidente tramitar dentro do processo principal (mesmos autos), será decidido por meio de decisão interlocutória, podendo ser recorrida mediante agravo de instrumento⁽⁹⁴⁾. Caso seja decisão proferida em grau superior, por relator, o recurso cabível será o agravo interno⁽⁹⁵⁾.

Havendo o acolhimento do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, alcançar-se-ão os bens particulares dos sócios para a satisfação pretendida ao processo principal.

Cabe salientar que a desconsideração da personalidade jurídica não atinge a validade do ato constitutivo da empresa, mas sim a eficácia episódica do ato.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica nasceu para alcançar os bens patrimoniais daqueles que violam as limitações estipuladas através de leis e contratos (contrato social ou estatuto), prejudicando terceiros; ou ainda, para aqueles que utilizam de sua pessoa física para desviar, encobrir, dissuadir, ocultar e manipular bens pertencentes ao ente jurídico devidamente personificado, ostentando

patrimônio enquanto a pessoa jurídica vai à falência.

Entretanto, o contrário também é possível, ou seja, a utilização da pessoa jurídica para o desvio de bens pessoais, buscando a desoneração de créditos por intermédio da demonstração de inexistência de patrimônio.

Na chamada desconsideração em sentido inverso são os bens da sociedade que acabam respondendo por uma dívida de um ou mais sócios, desde que comprovado que a sociedade era usada como um mero escudo para proteção de um patrimônio do próprio sócio.⁽⁹⁶⁾

Para tal conduta, tem-se o instituto da desconsideração inversa.

A Teoria Inversa tem por finalidade afastar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, para buscar os bens do devedor (pessoa física) que, por meio de confusão patrimonial, compõe o acervo patrimonial da primeira.⁽⁹⁷⁾

Este consiste na busca de patrimônio na pessoa jurídica para a satisfação de créditos devidos pela pessoa física (sócio/administrador/acionista/conselheiro fiscal daquela). Patrimônio esse que é pessoal, mas foi desviado e desvirtuado à pessoa jurídica para fraudar credores e execuções.

O instituto da desconsideração inversa da personalidade jurídica pode ser definido como o mecanismo jurídico segundo o qual o magistrado considera o princípio da autonomia patrimonial para que os bens da empresa ou da sociedade possam ser alcançados para solver as dívidas particulares de seus sócios.⁽⁹⁸⁾

(92) Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015, § 4º do art. 134

(93) Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015, art. 135.

(94) Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015, art. 136.

(95) Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015, parágrafo único do art. 136.

(96) SILVA, Leonardo Toledo da. *Abuso da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 31.

(97) BRAVO, Raquel Nunes. *Sociedade afetivas: dissoluções e a desconsideração da personalidade jurídica inversa*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 73.

(98) SOARES, Alexandra Oliveira. *Desconsideração inversa da personalidade jurídica e efetividade da tutela executiva trabalhista*. São Paulo: LTr, 2015. p. 57.

Cabe a desconsideração inversa quando a pessoa jurídica está sendo utilizada como meio de ocultar bens pessoais do controlador ou do sócio, desvirtuando a finalidade da pessoa jurídica.

Percebe-se que, enquanto na desconsideração da personalidade jurídica pretende-se atingir bens particulares dos sócios, na desconsideração inversa — ou para alguns às avenças — atinge-se o bem da sociedade. Conquanto a aplicação atinja pessoas de uma forma diversa, a finalidade é a mesma, qual seja, coibir a utilização do ente societário como meio de fraudar terceiros quando o devedor possui controle total da sociedade.⁽⁹⁹⁾

A principal característica da deturpação do objeto da empresa é quando existem bens em nome da pessoa jurídica, mas esses são utilizados e administrados somente pelo sócio devedor na sua personalidade.

Para que a personalidade jurídica efetivamente seja desconsiderada inversamente pelos julgadores, deverão estar presentes alguns pressupostos, os quais sejam: o desvio de bens — simulação, a fraude ou abuso de direito, utilizando-se o sócio o manto da autonomia patrimonial a fim de transferir ou esconder bens, prejudicando os credores contratantes.⁽¹⁰⁰⁾

Não há na legislação a positivação material do instituto da desconsideração inversa, entretanto, utiliza-se o Enunciado n. 283, da IV Jornada de Direito Civil para tal fundamentação, o qual dispõe que: “*cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada “inversa” para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais com prejuízo a terceiros*”.

(99) BRAVO, Raquel Nunes. *Sociedade afetivas: dissoluções e a desconsideração da personalidade jurídica inversa*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 76.

(100) BRAVO, Raquel Nunes. *Sociedade afetivas: dissoluções e a desconsideração da personalidade jurídica inversa*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 81.

Cabe destacar ainda que, para a aplicação desse instituto é passível a interpretação teleológica finalística por extensão da regra do art. 50 do CC.

Reiterando tais entendimentos, tem-se o disposto ao novo CPC, quando este traz, em seu § 2º, do art. 133, a disposição de que se aplica o todo exposto no Capítulo IV (Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica) “à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica”.

A desconsideração da personalidade jurídica poderá também ocorrer de forma “inversa”, quando o réu for pessoa física e existirem indícios de sua participação em determinada sociedade ou ocultação de patrimônio em nome da pessoa jurídica. A expressão já era consagrada pela doutrina e pela jurisprudência, definindo a busca pela responsabilização da sociedade por dívidas ou aos atos praticados pelos sócios. **Hoje ela está consagrada no § 2º do art. 133 do CPC/2015.**⁽¹⁰¹⁾ (Grifo nosso)

Portanto, mesmo não havendo disposição material expressa do instituto da desconsideração inversa, há positivado em nosso ordenamento jurídico processual a sua aplicação nos mesmos moldes e respeitando os mesmos trâmites do que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica descritos aos arts. 133 a 137 do CPC.

Antes da promulgação da Lei n. 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”) havia a discussão envolvendo a (não) aplicação do incidente de desconsideração de personalidade jurídica às demandas de competência da Justiça do Trabalho, dado a inexistência de previsão legal expressa para a aplicação do disposto ao novo Código de Processo Civil.

Para alguns doutrinadores e juristas a disposição contida no § 2º, do art. 2º do referido

(101) CISNEIROS, Gustavo. *Processo do trabalho: sintetizado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 408.

diploma legal, já era uma autorização para o procedimento.

Ocorre que a norma supramencionada apenas faz menção a responsabilidade solidária entre as empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, ou ainda, *holdings*.

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, **estiverem sob a direção, controle ou administração de outra**, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis **solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego**.⁽¹⁰²⁾ (Grifo nosso)

Dentro dos efeitos jurídicos-legais, a expressão de “grupo econômico” significa: um conjunto de empresas que se encontram subordinadas a um centro único de decisões (outra empresa) que, por intermédio de uma ligação de propriedade acionária/societária, é capaz de exercer poder decisivo sobre as demais, ainda que todas possuam personalidade jurídica individualizada.

Portanto, extrai-se do § 2º, do art. 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452/1943) que, todas as empresas contidas em grupo econômico, mesmo que estas possuam personalidade jurídica própria, respondem solidariamente aos débitos advindos de relações de emprego de qualquer uma das empresas pertencentes.

Em nenhum momento a norma expressa que a responsabilidade solidária poderá vir a atingir aos sócios/acionistas, logo, impossível imputar a estes tal determinação com fundamento ao § 2º, do art. 2º, da CLT.

3.2.1.1. Classificação das teorias para desconconsideração da personalidade jurídica

Diante dos diferentes requisitos para a instauração do procedimento da desconconsideração

(102) Consolidação das Leis do Trabalho — Decreto-lei n. 5.452/1943 — art. 2º, § 2º.

da personalidade jurídica, a doutrina adotou a distinção mediante a utilização de duas teorias: teoria maior (ou teoria subjetiva) e teoria menor (ou teoria objetiva).

A doutrina e a jurisprudência identificam a existência de duas teorias de desconconsideração da personalidade jurídica na qual o atual ordenamento jurídico brasileiro, objetivando ultrapassar a separação decorrente do princípio da autonomia e atingir o patrimônio pessoal dos sócios da empresa devedora.⁽¹⁰³⁾

A Teoria Maior consiste na aplicação do art. 50 do Código Civil, adotando como pressuposto para a sua concretização o abuso da personalidade jurídica, seja por desvio de finalidade, seja por confusão patrimonial.

A importância do princípio da autonomia patrimonial nos leva, todavia, a aplicar a desconconsideração com cautela, apenas em casos excepcionais, atendidos determinados requisitos, vale dizer, a regra é que prevaleça o princípio da autonomia patrimonial. Apenas em situações excepcionais é que se pode cogitar da aplicação da desconconsideração. Essas situações excepcionais representam os requisitos fundamentais de aplicação da desconconsideração.

[...]

Para a chamada teoria maior da desconconsideração, não basta o descumprimento de uma obrigação por parte da pessoa jurídica, é necessário que tal descumprimento decorra do desvirtuamento da sua função. A personificação é um instrumento legítimo de destaque patrimonial e, eventualmente, de limitação de responsabilidade, que só pode ser descartado caso o uso da pessoa afaste-se dos fins para os quais o direito a criou.⁽¹⁰⁴⁾

(103) BASILE, César Reinaldo Offa. *Processo do trabalho: recursos trabalhistas, execução trabalhista e ações cautelares*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

(104) TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 253 e 254

Esta classifica o abuso de direito como um ato ilícito, conforme disposto ao art. 187 do CC, logo, quando há abuso da estrutura formal da pessoa jurídica visando a realização de fraude, e por força da *ratio legis* específica, ou ainda, quando há desrespeito à autonomia patrimonial e prejuízos a terceiros. Portanto, o abuso de direito se configura quando este é decorrente de descumprimento da norma societária ou legal prejudicando outros estranhos à pessoa jurídica.

[...] a fraude nada mais é do que o instrumento pelo qual um pessoa tenta transparecer como algo lícito ou legítimo para alcançar seus objetivos e satisfazer seus interesses, que pode ser transgressão à lei, quando tentar transparecer como lícito algo considerado ilícito, podendo valer-se de simulação.⁽¹⁰⁵⁾

O abuso se determina por meio do desvio da finalidade, para o qual o ordenamento jurídico reconheceu personalidade à pessoa jurídica, isto é, quando a sociedade não é utilizada para os fins merecedores da tutela a qual lhe fora concedida.

A confusão patrimonial se mostra através da igualdade de aplicação de valores e capacidade entre pessoas físicas e jurídicas e a identificação dos sujeitos que praticam o negócio jurídico, quando a regra é sua a distinção, ou seja, ocorre a confusão patrimonial quando inexistente separação de patrimônio da pessoa jurídica e do patrimônio dos sócios ou dos administradores.

[...] a teoria subjetiva baseia-se na fraude e no abuso. O agente tem a intenção de usar a estrutura da pessoa jurídica, patrimônio distinto do seu, para fins diversos daqueles previstos no contrato social, estatuto, objeto social. A conduta caracteriza o abuso do direito e fraude no uso da personalidade jurídica. Seus efeitos trazem prejuízos a credores e terceiros.⁽¹⁰⁶⁾

(105) BRAVO, Raquel Nunes. *Sociedade afetivas: dissoluções e a desconsideração da personalidade jurídica inversa*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 67.

(106) *Ibidem*, p. 66.

Elucidando e renovando o exposto acerca da Teoria Maior, tem-se a disposição do Enunciado n. 07 da I Jornada de Direito Civil: “*Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam praticado*” e Enunciado n. 146, da III Jornada de Direito Civil: “*Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial) (Este Enunciado não prejudica o Enunciado n. 7)*”.

Isso posto, tem-se que a Teoria Maior é composta por elementos subjetivos (abuso e fraude) e elementos objetivos (confusão patrimonial).

Para a Teoria Maior, não é suficiente a simples insatisfação do crédito para autorizar a relativização momentaneamente da regra da autonomia patrimonial. Necessário se faz demonstrar que houve a manipulação fraudulenta e abusividade da personalidade jurídica para que o magistrado decida pela afetação dos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.⁽¹⁰⁷⁾

A Teoria Menor tem a sua consagração na insuficiência de patrimônio societário para o pagamento de créditos sociais. Essa teoria se baseia no risco empresarial (do negócio) assumido pelos sócios e administradores, bem como na impossibilidade de prejudicar terceiros em decorrência deste risco.

Para a Teoria Menor, a desconsideração da personalidade jurídica poderá ser levada a efeito quando verificada a insatisfação do crédito do consumidor e se constatar a ausência de bens empresariais que possam solver a dívida, mas que existam bens dos sócios capazes de satisfazer a obrigação social.⁽¹⁰⁸⁾

(107) SOARES, Alexandra Oliveira. *Desconsideração inversa da personalidade jurídica e efetividade da tutela executiva trabalhista*. São Paulo: LTr, 2015. p. 57.

(108) *Idem*.

[...] não há requisitos específicos para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Essa teoria, chamada teoria menor, afirma que basta o não pagamento de um crédito para se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica. Se a sociedade não tiver patrimônio para honrar suas obrigações, mas os sócios forem solventes, deve-se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica.

[...]

Em relações jurídicas desiguais, como relações de trabalho e relações de consumo, vem sendo invocada essa aplicação extremada da desconsideração, pela simples frustração do credor. Nessa vertente, transfere-se o risco da atividade para os sócios e administradores, de modo que, eles respondem, pelos atos da sociedade, independentemente de qualquer intuito fraudulento.⁽¹⁰⁹⁾

Diante da vasta diferença entre os requisitos necessários para aplicar uma ou outra teoria, torna-se aparente e notório a ligação entre cada uma destas com a legislação já exposta.

Tem-se que, para os casos de créditos tributários, comerciais e contratuais, aplica-se a Teoria Maior, dado que a fundamentação para a sua desconsideração tem como base o descumprimento legal/constitutivo (contrato social ou estatuto social) ou o abuso de poder, requisitos estes encontrados no Decreto das Sociedades Limitadas (Decreto n. 3.708/1919), no Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966), na Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976), no Código de Defesa do Consumidor (*caput* – Lei n. 8.078/1990) e nas Leis Antitruste (Leis ns. 8.884/1994 e 12.528/2011).

Já para aquelas obrigações em que uma das partes se encontra em relação de hipossuficiência perante a outra, presumindo-se que o mero inadimplemento já é ensejador da

desconsideração da personalidade jurídica, aplica-se a Teoria Menor, sendo encontrado no Código de Defesa do Consumidor (§ 5º — Lei n. 8.078/1990), na Lei do Meio-Ambiente (Lei n. 9.605/1998) e na Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452/1943).

3.2.2. Da (in)aplicabilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho

Com advento do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), em 16 de março de 2016, o Tribunal Superior do Trabalho, diante de Tribunal Pleno, elaborou a Resolução n. 203, de 15 de março de 2016, a qual edita a Instrução Normativa n. 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva.

Ao art. 6º, da IN n. 39/2016 se dispõe que, “*Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878)*”. Ou seja, determinou a aplicação do instituto consoante ditames do CPC e assegurou a intervenção do juiz quando da iniciação da fase executória, a qual no Processo do Trabalho pode ser promovida *ex officio* (art. 878 – *A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio Juiz ou Presidente do Tribunal competente, nos termos do artigo anterior. – grifo nosso*), garantindo o princípio do impulso oficial.

Além dessa ressalva, ao § 1º do referido artigo, são apresentadas adequações do Processo Civil ao Processo do Trabalho quando proferida a decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente, tais como: a) a inviabilidade de recurso imediato, conforme art. 893, § 1º da CLT, cabendo recurso somente após a prolação da sentença, mediante Recurso Ordinário (art. 895, I, da CLT) (inciso I); b) a possibilidade de agravo de petição, quando a decisão for

(109) TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 255 e 256.

proferida na fase de execução, no prazo de oito dias, sem a necessidade de garantia de juízo (art. 897, “a”, da CLT — exceção ao princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias) (inciso II); e c) o cabimento de agravo interno, quando decisão proferida por Relator, em incidente instaurado inicialmente no tribunal, no prazo de oitos dias (art. 1.021 e 932, VI do CPC) (inciso III).

O § 2º, do art. 6º, da IN n. 39/2016, assegura a suspensão processual quando da interposição do incidente, como disposto no § 3º, do art. 134, do CPC: “*A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC*”.

Ocorre que ao determinar a aplicação do CPC para regulamentar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica aos processos trabalhistas, o TST não ponderou alguns dos princípios basilares do Direito e Processo do Trabalho, tais como: celeridade processual, proteção do hipossuficiente, *in dubio pro operario*, concentração dos atos e simplificação das normas, bem como, não aplicou corretamente o disposto ao art. 769 da CLT: “*Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título*”.

Dois são, pois, os requisitos para a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil:

- a) omissão na legislação trabalhista;
- b) compatibilidade na norma processual civil subsidiária com os princípios do processo do trabalho.⁽¹¹⁰⁾

Seguindo a literalidade do art. 769 da CLT, tem-se que somente será aplicada, qualquer disposição do CPC, quando houver omissão na legislação trabalhista e ainda, concomitantemente, quando a norma processual civil for

compatível com as do processo trabalhista, incluindo seus princípios. Isto é, somente será utilizado o CPC ao Direito do Trabalho quando ocorrer os dois requisitos: omissão e compatibilidade.

De uma perfunctória análise do novo CPC, podemos inferir que, por força da interpretação sistemática dos arts. 769 da CLT e 15 do novo CPC, algumas normas do Processo Civil poderão ser aplicadas supletiva e subsidiariamente, desde que:

- a) haja lacuna (normativa, ontológica ou axiológica) da legislação processual trabalhista;
- b) a norma a ser migrada seja compatível com a principiologia que informa o processo laboral.⁽¹¹¹⁾

Além da normatização própria contida à legislação trabalhista para aplicação do CPC, este mesmo apresenta, ao art. 15, os requisitos para sua aplicação aos processos trabalhistas: “*Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas, ou administrativos, as disposições deste Código lhe serão aplicadas supletiva e subsidiariamente*”. Extrai-se de tal descrição que a aplicação do CPC somente poderá acontecer ao processo do trabalho quando não houver normas reguladoras para o caso concreto, da mesma maneira que sua aplicação será secundária e suplementar aos preceitos trabalhistas.

Os princípios do direito processual do trabalho restariam descaracterizados caso se concluísse pela aplicação automática do processo comum ao processo do trabalho, razão pela qual a observância do critério da compatibilidade se impõe quando se examina a aplicabilidade subsidiária o processo comum ao sistema jurídico trabalhista.⁽¹¹²⁾

(110) ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso prático de processo do trabalho*. Colaboração da advogada Maria Batista S. L. Fernandes. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 102-103.

(111) LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A hermenêutica do novo CPC e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (Org.). *Novo CPC: Repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 28.

(112) CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o

Com o advento da Lei n. 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”), houve o acréscimo do art. 855-A à CLT, e com este, a positivação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica às demandas trabalhistas nos moldes descritos à IN n. 39/2016.

Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação;

II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III – cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal.

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Ocorre que, as diretrizes de aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, contidas ao art. 6º, da IN n. 39/2016, bem como ao art. 855-A, da CLT, confrontam princípios e normas trabalhistas, consoante expõe-se:

a) Previsão de automática suspensão do processo

Segundo já mencionado, o novo CPC prevê, ao § 3º, do art. 134, a suspensão do processo principal para a tramitação exclusiva do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, sendo esta determinação aceita perante a IN n. 39/2016, de acordo com o seu § 2º, do art. 6º e perante o § 2º, do art. 855-A, da CLT.

Entretanto, a aplicação do referido dispositivo implicaria na não obediência de

princípios basilares do Direito do Trabalho, como o princípio da celeridade e o princípio de concentração dos atos, restando evidente, ainda, o prejuízo à garantia da efetividade da jurisdição.

Submeter a execução trabalhista à suspensão implicaria vulnerar os princípios da concentração de atos procedimentais e da celeridade processual, com evidente prejuízo à garantia constitucional da efetividade da jurisdição, o que importa concluir que o requisito da compatibilidade está ausente quando se coteja a suspensão do processo prevista no incidente instituído no novo CPC com os princípios do Direito Processual do Trabalho.⁽¹¹³⁾ (Grifo nosso)

O princípio da celeridade processual está devidamente positivado ao inciso LXXVIII, do art. 5º, da CRFB/1988, resultando em um dos mais importantes ao Processo do Trabalho, sendo-lhe a este, inerente, tendo em vista o rito de sua tramitação.

O princípio da concentração dos atos é um desdobramento do princípio da celeridade processual, dado que se prioriza a reunião dos procedimentos visando a brevidade ao processo em tramitação.

Positivando estes princípios e convergindo para todo o exposto, tem-se a redação dos arts. 799 e 852-G, ambos da CLT, não alterados pela “Reforma Trabalhista”.

Art. 799 – Nas causas da jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do feito, as exceções de suspeição ou incompetência.

Art. 852-G – Serão decididos, de plano, todos os incidentes e exceções que possam interferir no prosseguimento da audiência e do processo. As demais questões serão decididas na sentença.

(113) CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o direito processual do trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, ano XII, 10. ed., p. 39.

Cumulando o teor dos artigos supramencionados, torna-se passível compreensão de incompatibilidade do formalismo do incidente de desconconsideração da personalidade contido no novo CPC, ao processo trabalhista.

De acordo com os arts. 799 e 852-G, da CLT, ocorrerá suspensão do processo laboral somente quando interposto exceções de suspeição ou de incompetência do juiz, sendo todos os demais incidentes e exceções decididos tão logo seu pleito, senão, em sentença.

Por todos os ângulos que se analise o cabimento do incidente, conclui-se pela incompatibilidade, seja pela desnecessidade de cognição acerca de requisitos legais não aplicáveis ao Processo do Trabalho ou pelo **ferimento ao princípio da celeridade, decorrente a previsão de suspensão do processo pela apresentação do incidente [...]**.⁽¹¹⁴⁾

Portanto, conforme se extrai na legislação trabalhista, impossível e inviável ocorrer a suspensão do processo principal para o julgamento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, caso contrário, ferir-se-ão os princípios e as normas do Direito do Trabalho.

- b) Atribuição ao trabalhador do ônus da prova quanto à presença dos pressupostos legais:

O novo CPC trouxe, como obrigatoriedade, a comprovação do preenchimento dos pressupostos legais específicos junto ao seu requerimento, para instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, não bastando somente o seu pedido.

Não havendo qualquer ressalva junto à IN n. 39/2016 e ao art. 855-A, tem-se como entendido a aplicabilidade de tal dispositivo *ipsis litteris* aos processos trabalhistas.

(114) KLIPPEL, Bruno. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 75.

Ocorre que a exigência de prova pré-constituída dos pressupostos legais necessários quando do requerimento, é incompatível com o princípio da proteção existente no Direito do Trabalho, afrontando-o.

Uma das razões para a ciência processual trabalhista ter adotado a denominada teoria objetiva, na desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresarial, foi exatamente a **dificuldade que o credor trabalhista teria para desincumbir-se do ônus da prova** de demonstrar a ocorrência ou de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, para ter por caracterizado então o abuso da personalidade jurídica, nos termos da teoria subjetiva, adotada pelo art. 50 do Código Civil [...].⁽¹¹⁵⁾ (Grifo nosso)

A utilização do incidente como determinado atualmente, fere o princípio da proteção do trabalhador, tendo em vista que não fora considerado a sua situação de hipossuficiência frente ao empregador, obrigando o primeiro a comprovar algo que não é de seu alcance (preenchimento dos pressupostos legais — § 4º, art. 134, do CPC).

[...] atribuir ao credor trabalhista o encargo probatório de demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos à desconconsideração da personalidade jurídica implicaria dificultar a utilização da técnica da desconconsideração da personalidade jurídica dada a conhecida dificuldade que tem o credor trabalhista para desincumbir-se desse ônus probatório, o que significaria **criar entrave procedimental nunca cogitado no subsistema processual trabalhista brasileiro; entrave procedimental que constituiria retrocesso histórico da ciência processual trabalhista**.⁽¹¹⁶⁾ (Grifo nosso)

(115) CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o direito processual do trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, ano XII, 10. ed., p. 49.

(116) *Idem*

O princípio da proteção, ou *in dubio pro operario*, garante a paridade processual entre o empregado e o empregador junto à Justiça do Trabalho, quando esta trata desigualmente os desiguais, visando alcançar uma igualdade jurídica.

Entretanto, o incidente não abrange tal entendimento principiológico, dado que prima pela segurança jurídica civilista, e não pela celeridade processual ou pela proteção do trabalhador.

Utilizar o procedimento descrito ao novo CPC, somente com as inclusões e modificações contidas na IN n. 39/2016 e no art. 855-A, da CLT, ao processo do trabalho, é uma afronta a neutralidade, a imparcialidade e a igualdade, sendo estas, características necessárias a qualquer processo, judicial ou administrativo. É obrigar o trabalhador a transcender suas possibilidades físicas e jurídicas. Até mesmo aquelas protegidas por lei.

Portanto, tendo em vista tais elementos, justifica-se a aplicabilidade da Teoria Menor (ou subjetiva) quando tutelados os direitos trabalhistas.

[...] **na seara laboral é adotada a teoria menor ou objetiva**, em que basta a inexistência de patrimônio da pessoa jurídica para determinar a inclusão dos sócios como responsáveis patrimoniais.⁽¹¹⁷⁾ **Grifo nosso.**

A Teoria Menor apresenta como requisito para a desconsideração da personalidade jurídica o mero inadimplemento diante de inexistência de patrimônio. A consagração da referida teoria na Justiça do Trabalho, deve-se pelo respeito aos princípios supramencionados.

Justifica-se a aplicação da teoria menor ou objetiva pela incidência do princípio da proteção no âmbito processual trabalhista, já que a hipossuficiência do trabalhador faz

com que medidas de efetivação da tutela jurisdicional sejam aplicadas pelo Magistrado, como início da execução de ofício, previsto no art. 878 da CLT, e demais reflexos do **princípio inquisitivo**.⁽¹¹⁸⁾ (Grifo nosso)

Portanto, visando o princípio trabalhista de hipossuficiência do trabalhador, tem-se mais um ponto pertinente para a concretização da inviabilidade de aplicação do incidente de desconsideração da personalidade como previsto no CPC aos processos trabalhistas.

c) Exigência de contraditório prévio

O art. 135 do novo CPC garante o contraditório ao incidente, por intermédio da citação do sócio (ou da pessoa jurídica, quando se trata de desconsideração inversa) para esse apresentar manifestação e/ou requerer as provas cabíveis em quinze dias, celebrando o princípio da segurança jurídica.

Sem qualquer observação, a IN n. 39/2016 e o art. 855-A, da CLT, mantiveram o procedimento como garante o CPC.

Ocorre que este proceder, caso aplicado ao processo do trabalho, desconfiguraria a sua tramitação e frustraria a execução, comprometendo todos os esforços executivos da parte do juiz.

Exigir contraditório prévio à desconsideração implicaria o resultado útil da execução, porquanto estimularia o sócio a desviar bens, sobretudo dinheiro depositado em contas correntes e aplicações e outros bens móveis.⁽¹¹⁹⁾

Antes da aplicação da IN n. 39/2016 e do art. 855-A, da CLT, o contraditório, na Justiça do Trabalho, era diferido, ou seja, ele era retardado

(117) KLIPPEL, Bruno. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71.

(118) KLIPPEL, Bruno. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

(119) CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o direito processual do trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, ano XII, 10. ed..

para momento posterior ao deferimento do pedido de desconconsideração da personalidade jurídica, sem qualquer prejuízo aos sócios atingidos, não violando nenhuma das garantias fundamentais do processo, conforme consagra o art. 804 do CPC.

A citação dos sócios, consoante prevê o incidente do novo CPC, tornará a medida constritiva absolutamente ineficaz, dado que retira o elemento surpresa, caracterizador de efetiva proteção ao empregado na Justiça do Trabalho, haja vista que este garante o adimplemento da dívida e não viola o princípio do contraditório, considerando-se que o sócio poderá se valer do benefício de ordem (art. 795 do CPC), ou ainda, interpor o recurso possível conforme fase de tramitação do processo.

Acerca da garantia do contraditório, sempre defendida pela doutrina processual civil, não é vista como uma necessidade inata ao Processo do Trabalho, pois, conforme aduz Mauro Schiavi, poderá o sócio valer-se do benefício de ordem previsto no art. 586 do CPC/73, bem como das defesas típicas que podem ser oportunamente apresentadas, postergando o contraditório, já que naquele momento a prévia notificação do sócio pode frustrar os atos executivos.⁽¹²⁰⁾

O elemento surpresa é o motivo e a razão para o sucesso da garantia da execução nos processos trabalhistas.

[...] o efeito surpresa, típico da desconconsideração praticada pela Justiça do Trabalho, ao mesmo tempo efetiva a proteção conferida ao empregado na medida em que permite o adimplemento da dívida, como não acarreta a violação do contraditório, visto que não são discutidos os pressupostos dos arts. 50 do CC e 28 do CDC, sendo que o sócio ainda poderá valer-se do benefício de

ordem, indicando bens da pessoa jurídica, bem como apresentando, posteriormente, os embargos.⁽¹²¹⁾

Além da implementação do contraditório, desnecessário também se faz a inclusão dos sócios ao polo passivo da demanda (§ 1º, do art. 134, do CPC), vez que estes não são partes no processo, mas meros responsáveis patrimoniais.

O ato executório que: “*visa atingir os bens dos sócios da empresa executada, é realizado ex officio pelo Magistrado, que simplesmente **redireciona** os atos de constrição patrimonial àquele que pode possuir bens passíveis de penhora*”.⁽¹²²⁾ (Grifo nosso)

No aspecto prático, **não ser necessário incluir o sócio no polo passivo da reclamação nem citá-lo da desconconsideração da personalidade jurídica ou para pagamento ou nomeação de bens em quarenta e oito horas, visto que não é parte, apenas lhe recaindo responsabilidade patrimonial**. O magistrado deverá apenas expedir o mandado de penhora, cabendo ao sócio opor embargos de terceiro para discutir a sua responsabilidade ou combater eventual ilegalidade na constrição levada a efeito.

Vale destacar que, na forma do art. 596 do CPC, o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade (benefício de ordem). Contudo, cumpre a ele, ao invocar o benefício de ordem, nomear bens da sociedade, localizadas na mesma comarca, livres e desembargados, quanto bastem para pagar o débito.⁽¹²³⁾ (Grifo nosso)

(120) KLIPPEL, Bruno. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 68 e 69.

(121) KLIPPEL, Bruno. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 73.

(122) *Ibidem*, p. 68.

(123) BASILE, César Reinaldo Offa. *Processo do trabalho: recursos trabalhistas, execução trabalhista e ações cautelares*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 135.

Cumprir o procedimento na sua literalidade acarreta na fuga da execução e na ocultação do patrimônio pelos sócios, dando-lhes assim, tempo suficiente para tal conduta.

A postergação do contraditório não apresenta qualquer prejuízo aos sócios da empresa que se quer ver desconsiderada: a) primeiramente, “[...] *não há necessidade de verificar a ausência de bens da pessoa jurídica, pois haveria uma presunção de inexistência deles quando a executada não oferece bens à penhora*”⁽¹²⁴⁾, portanto, somente há a desconsideração da personalidade jurídica quando, de plano, não são encontrados bens para o adimplemento do crédito trabalhista constituído junto à Justiça do Trabalho; b) secundamente, os sócios podem, a qualquer momento, requerer o benefício de ordem (art. 795, do CPC), apresentando bens livres e desembaraçados para a quitação do crédito trabalhista, preservando seus bens pessoais; e c) terceiramente, podem os sócios se valer de recurso da decisão que redirecionar a execução para seus bens, conforme prevê o § 1º, art. 6º, da IN n. 39/2016, e o § 1º, do art. 855-A, da CLT. (Grifo nosso)

Como não há qualquer restrição aos meios de prova no art. 139 o NCPC, poderá ser requerida prova testemunhal e depoimento pessoal, com necessidade de designação de audiência para sua produção, e até mesmo prova pericial, que demanda, não raras vezes, meses para ser produzida. Todo esse tempo poderá ser utilizado para que o sócio se valha de subterfúgios para desviar os bens, o que não será sempre resolvido pela aplicação do art. 137 do NCPC, que diz ser ineficaz em relação ao requerente a alienação ou oneração de bens em fraude de execução.

Pensando em celeridade, e principalmente, efetividade da desconsideração

da personalidade jurídica, melhor seria manter o contraditório postergado para o momento de apresentação dos embargos — à execução ou terceiros —, a depender da corrente doutrinária a ser utilizada, já que o fato surpresa quando da desconsideração da personalidade jurídica é um dos motivos do sucesso de grande parte das incursões no patrimônio dos sócios de empresas executadas.⁽¹²⁵⁾ (Grifo nosso)

A realização do contraditório apresenta um dano real ao crédito trabalhista, entretanto, sua tardança significa um prejuízo ilusório aos sócios alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica.

3.2.3. Da blindagem patrimonial da holding frente à desconsideração da personalidade jurídica.

A utilização do mecanismo da *holding*, como forma de estruturação econômica e organizacional de uma empresa, surgiu como meio de blindagem do patrimônio, visando diminuir os riscos que são inerentes ao negócio.

Uma empresa em formato de *holding* possui, em seu quadro societário três possibilidades: a) pessoas físicas e pessoas jurídicas, b) somente pessoas jurídicas e c) somente uma pessoa jurídica (EIRELi).

Quando a *holding* sofre um procedimento de desconsideração da personalidade jurídica, desfaz-se a ficção jurídica da autonomia patrimonial entre ela e seus sócios, atingindo os bens destes.

Ocorre que como *holding* os bens atingidos poderão ser de outra empresa (ou outras empresas), na qual haverá a busca por patrimônio livre e desembaraçado para a satisfação do crédito pretendido com a ação principal.

(124) KLIPPEL, Bruno. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

(125) KLIPPEL, Bruno. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 70.

De tal modo, independentemente do caso concreto e da legislação a ser aplicada, ocorrendo a desconstituição da personalidade da empresa, afetar-se-ão os bens de igual modo.

Haverá distinção somente quanto à origem do crédito e ao meio a ser utilizado para alcançar o objetivo final.

Ainda, cabe salientar, aos créditos trabalhistas, há meio mais célere e eficaz do que a desconconsideração da personalidade jurídica, dado que o § 2º, do art. 2º, da CLT, traz autorização expressa para extensão da responsabilidade às empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico. Sendo a *holding* uma centralizadora operacional e gerencial de outra empresa, ou de várias empresas, destas também será solidariamente responsável.

Portanto, o termo “blindagem patrimonial” não é absoluto, bem como se faz somente pela dificuldade em atingir um patrimônio, seja da própria empresa ou de seus sócios pessoas jurídicas.

4. Considerações finais

Diante da problemática política e econômica enfrentada pelo país atualmente, cada novo meio para desonerar e reduzir os riscos inerentes a atividade empresarial representa a possibilidade de uma estabilidade institucional.

A *holding*, sendo instrumento que apresenta como sua principal característica, a blindagem patrimonial, não seria diferente a sua implantação ser maior a cada dia.

Ocorre que, como visto no decorrer deste artigo, independentemente do tipo societário (Limitada, Anônima, EIRELi, outra), e de qual teoria será aplicada (Teoria Maior e Teoria Menor), estando presentes os requisitos será desfeito, ao caso, a ficção jurídica da autonomia existente na pessoa jurídica perante seus sócios.

Portanto, utilizando o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, descritos aos arts. 133 a 137 do CPC, a *holding* somente

retarda e seleciona o alcance dos bens patrimoniais de seus integrantes societários, não havendo a soberania de sua primordial característica, qual seja, a blindagem patrimonial.

5. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso prático de processo do trabalho*. Colaboração da advogada Maria Batista S. L. Fernandes. 24. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ALMEIDA, Amador Paes de. *Execução dos bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)*. 6. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASILE, César Reinaldo Offa. *Processo do trabalho: recursos trabalhistas, execução trabalhista e ações cautelares*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. A hermenêutica do novo CPC e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (Org.). *Novo CPC: Repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRAVO, Raquel Nunes. *Sociedade afetivas: dissoluções e a desconconsideração da personalidade jurídica inversa*. Curitiba: Juruá, 2013.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Desconconsideração da personalidade jurídica: aspectos processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMPINHO, Sérgio. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

CISNEIROS, Gustavo. *Processo do trabalho: sintetizado*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o direito processual do trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, ano XII, 10. ed.

Código de Processo Civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

FAZZIO JR., Waldo. *Manual de direito comercial*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

FÜHER, Maximiliano Roberto Ernesto; FÜHER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de direito*

comercial (empresarial). 45. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

KLIPPEL, Bruno. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e suas repercussões no Processo do Trabalho. In: BEZERRA LEITE, Carlos Henrique (Org.). *Novo CPC: repercussões no processo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEMONS JR., Eloy Pereira; SILVA, Raul Sebastião Vasconcelos. Reorganização societária e blindagem patrimonial por meio de constituição de *holding*. Londrina: *Scientia Iuris*, 2015, v. 18, n. 2.

MAMEDE, Eduarda Cotta; MAMEDE, Gladston. *Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. Atual. por Carlos Henrique Abrão. 40. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa: teoria geral da empresa e direito societário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a desconconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Quartier Latim, 2007.

NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *EIRELI: A tutela do patrimônio de afetação – O reforço à proteção do patrimônio pessoal do empreendedor à luz da Lei n. 14.441/2011*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. *Holding, administração corporativa e unidade estratégica de negócio: uma abordagem prática*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 32. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1.

ROSSI, Alexandre Alves; SILVA, Fabio Pereira. *Holding familiar: visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário*. São Paulo: Trevisan, 2015.

SANTOS, Hermelino de Oliveira. *Desconconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, Leonardo Toledo da. *Abuso da desconconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOARES, Alexandra Oliveira. *Desconconsideração inversa da personalidade jurídica e efetividade da tutela executiva trabalhista*. São Paulo: LTr, 2015.

TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra. *Empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI): Análise constitucional do instituto, unipessoalidade e mecanismos de controle de abuso e fraudes*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

Código Civil (revogado) – Lei n. 3.071/1916.

Decreto-lei n. 3.708/1919.

Decreto-lei n. 5.452/1943.

Código Tributário Nacional – Lei n. 5.172/1966.

Lei n. 6.404/1976.

Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/1990.

Lei n. 8.884/1994.

Lei n. 9.605/1998

Constituição da República Federativa do Brasil/1988.

Código Civil Brasileiro – Lei n.10.406/2002.

Enunciado n. 07 da I Jornada de Direito Civil. Brasília. 2002.

Enunciado n. 146 da III Jornada de Direito Civil. Brasília. 2005.

Enunciado n. 283 da IV Jornada de Direito Civil. Brasília. 2007.

Lei n. 12.529/2011.

Enunciado n. 469 da V Jornada de Direito Civil. Brasília. 2012.

Enunciado n. 03 da I Jornada de Direito Comercial. Brasília. 2012.

Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015.

Resolução n. 203/2016 – Instrução Normativa n. 39/2016.

Reforma Trabalhista – Lei n. 13.467/2015.

“Equiparação” entre empregados de cooperativas de crédito e bancos: (re)exame da Orientação Jurisprudencial n. 379 da SDI I do TST

Oscar Krost^(*)

Resumo:

- O Sistema Financeiro Nacional (SFN) é composto por diversas instituições, estruturadas sob formas próprias, controladas pelo Banco Central do Brasil (BACEN). Ao lado dos bancos tradicionais, encontram-se as Caixas Econômicas e, mais recentemente, as Cooperativas de Crédito, pessoas jurídicas prestadoras de serviços considerados bancários, principalmente movimentação financeira, investimento e crédito. Mesmo empregando mão de obra que desenvolve mesmas atividades, entende o TST não ser aplicável aos trabalhadores vinculados às cooperativas, as regras protetivas do trabalho atinentes aos bancários, propondo-se, neste trabalho, o reexame dos fundamentos desta análise e do próprio precedente jurisprudencial.

Palavras-chave:

- Bancários — Cooperativas de crédito — Orientação Jurisprudencial n. 379 da SDI I do TST.

Abstract:

- The National Financial System (SFN) is composed of several institutions, structured in their own forms, controlled by the Central Bank of Brazil (BACEN). Alongside the traditional banks are the Economic Banks and, more recently, the Credit Cooperatives, legal entities that provide banking services, mainly financial transactions, investment and credit. Even employing labor that develops the same activities, TST understands that the rules of labor protection applicable to bankers are not applicable to workers linked

(*) Juiz do Trabalho do TRT da 12ª Região/SC. Professor dos Cursos de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Associação dos Magistrados do Trabalho em convênio com a Universidade Regional de Blumenau (AMATRA/FURB) e do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Tutor de Cursos de Ensino à Distância (EAD) promovidos pelo TRT da 12ª

Região/SC. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade Regional de Blumenau (PPGDR/FURB). Membro do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho (IPEATRA), do Laboratório de Estudos Contemporâneos (LEC/FURB) e da Comissão Editorial da Revista do TRT da 12ª Região/SC.

to cooperatives, proposing, in this paper, a review of the basis of this analysis and the precedent of jurisprudence.

Key-words:

- ▶ Annual term of Discharge. Liberating Efficacy, Work Relationship. 13.467/2017 Law.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Sistema Financeiro Nacional: histórico e estrutura
- ▶ 3. Trabalhador bancário: conceito e normatização — CLT
- ▶ 4. Orientação Jurisprudencial n. 379 da SDI I do TST: análise
- ▶ 5. Conclusões
- ▶ 6. Referências bibliográficas

“Da mihi factum, dabo tibi jus.”

(Dá-me os fatos, eu te darei o direito.
Tradução livre) — Brocado latino

1. Introdução

Mudança talvez seja o termo que melhor sintetize o pensamento majoritário do século XXI. Diariamente, a cada segundo, nenhuma área do conhecimento escapa de profundas modificações, rompendo-se construções históricas, em verdadeiras revoluções por segundo.

Inexistindo fenômeno histórico neutro, desvinculado de algum tipo de interesse, especialmente no Direito,⁽¹⁾ em grande parte das vezes, ainda que sob o manto da inovação e do progresso geral, as trocas acabam acarretando exatamente o efeito contrário ao que se anuncia, de retrocesso e atraso para a maioria. Como exemplo desta assertiva, cite-se a reforma da legislação trabalhista, que mesmo aprovada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente, segue ocupando diariamente a mídia, com segmentos interessados em criticá-la e outros, em apoiá-la.

Nesse cenário fluido e repleto de adaptações, os empreendimentos com fins lucrativos buscam se reinventar, no intuito de aumentar sua fatia de mercado e a acumulação de ganhos, lançando mão de novas roupagens para velhos arranjos e até mesmo criando novas formas de exploração, em legítimo processo de metamorfose.⁽²⁾

Partindo de tais premissas, propõe-se no estudo em curso examinar a evolução histórica do Sistema Financeiro Nacional (SFN), a normatização do trabalhador bancário feita pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), culminando com uma análise do entendimento consagrado na Orientação Jurisprudencial n. 379 da Seção de Dissídios Individuais (SDI) I do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que veda a extensão das regras de proteção ao trabalho atinentes aos bancários aos empregados vinculados a cooperativas de crédito. Para tanto, será utilizado material doutrinário e jurisprudencial, obtido junto a obras publicadas, precedentes judiciais e textos digitais disponíveis na internet. Ao final, será formulada uma releitura da Orientação consagrada pelo TST.

(1) A respeito do mito da transparência do Direito e a influência do idealismo jurídico na deformação da realidade, essencial a leitura de MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

(2) Expressão de autoria do jurista Reginaldo Melhado e que empresta nome à excelente obra sobre o tema: *Metamorfoses do capital e do trabalho*: relações de poder, reforma do Judiciário e competência da Justiça Laboral. São Paulo: LTr, 2006.

2. Sistema Financeiro Nacional: histórico e estrutura

Do descobrimento do Brasil até os primeiros anos do século XIX, inexistiu no país uma moeda própria, sendo o escambo o meio usual para viabilizar as trocas. O açúcar e o algodão eram utilizados como valor de referência. Comumente, era aceito o uso de moedas cunhadas em metal na Metrópole e em outras economias europeias.

O Sistema Financeiro Nacional (SFN) propriamente dito foi obra de Dom João VI, que ao chegar ao Brasil, em 1808, criou o primeiro Banco do Brasil, instituição competente para emissão de notas bancárias. A partir desta medida, inédita na colônia, surge um meio circulante próprio nacional, garantindo a emissão de moeda e facilitando a cobrança de impostos.⁽³⁾

Com o retorno de Dom João a Portugal, em 1821, teve início a derrocada do empreendimento em questão, pois com o monarca foram levadas as reservas que serviam de lastro às operações bancárias. Em 1829, as atividades do banco foram totalmente encerradas. Neste período, as cédulas foram trocadas por títulos do Tesouro Nacional. O lapso entre 1821 e 1829 ficou conhecido como segundo Banco do Brasil e, em 1831, originou-se a primeira Caixa Econômica.⁽⁴⁾

Em 1838, tem-se notícia do primeiro banco comercial privado, Banco Comercial do Rio de Janeiro, voltado ao fomento da economia. A instituição visava captar recursos e conceder crédito, ampliando as atividades agrícola e comercial.

Em 1851, pelo Decreto n. 801, teve origem o terceiro Banco do Brasil, uma iniciativa do Barão de Mauá. Dois anos mais tarde, ocorreu sua fusão com o Banco Comercial do Rio de Janeiro, pela Lei n. 683/1853, estabelecendo o quarto Banco do Brasil, cuja nova fase foi marcada pela expansão por todo o território nacional.⁽⁵⁾

O desenvolvimento da economia e das atividades bancárias atraíram o interesse de instituições estrangeiras. O mercado foi aberto ao interesse internacional, atraindo a instalação do “London & Brazilian Bank” e do “The Brazilian and Portuguese Bank”, ambos na cidade do Rio de Janeiro, a partir de 1863.⁽⁶⁾

Embora o país ainda se sustentasse em atividades de matriz rural e viés exportador, diversas mudanças ocorreram em suas estruturas de poder. O Império deu lugar à República (1889) e a mão de obra escrava é substituída pela assalariada (1888). Ocorre, então, uma nova fusão, em 1906, pela qual foi criado o quinto Banco do Brasil, negócio envolvendo o quarto Banco do Brasil e o Banco da República do Brasil, pelo Decreto n. 1.455/1905. Passou o novo banco a ser a única instituição incumbida de emitir papel-moeda no território nacional.

Até então, inexistia uma normatização do Sistema Financeiro Nacional, sendo a regulamentação do quinto Banco do Brasil um marco neste sentido. O Governo Federal passou a interferir nas operações bancárias, descentralizadas e pulverizadas no país.

Pelo Decreto n. 4.182/1920, foi criada a Inspeção Geral dos Bancos e, pelo Decreto n. 14.728/1921, aprovado o regulamento para a fiscalização dos bancos e das casas bancárias. Ainda em 1921, foi criada a Câmara de Compensação de Cheques do Rio de Janeiro, e alguns anos mais tarde, em 1932, a Câmara de Compensação de São Paulo.⁽⁷⁾

(3) VIEIRA, José Augusto Gomes et al. *Histórico do Sistema Financeiro Nacional. E-Locução: Revista Científica da FAEX*, ed. 02, ano 1, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/2947/Downloads/21-85-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

(4) Confederação Nacional das Instituições Financeiras (CNF). *História do Sistema Financeiro Nacional* (Viagem de 1808 a 2002). Disponível em: <https://www.cnf.org.br/documents/19/70e60fad-248c-494d-9e97-ecd2977dd093>. Acesso em: 24 jun. 2017.

(5) VIEIRA, José Augusto Gomes et al. *Ob. cit.*

(6) Confederação Nacional das Instituições Financeiras (CNF). *Ob. cit.*

(7) *Idem.*

Com a Revolução de 1930 e a chegada de Getúlio Vargas à Presidência, tem fim o período da “política do café com leite”, pelo qual o país era gerido segundo os interesses das oligarquias agrárias de São Paulo e Minas Gerais. Tem início uma série de reformas de base, que atingem não apenas o cenário político, mas também as esferas econômica, social e jurídica. São esboçados os primeiros esforços para implementar a indústria nacional e acentua-se o deslocamento da população rural para o meio urbano.

Data de 1933 a regulamentação da jornada reduzida de 06 horas dos bancários, pelo Decreto n. 23.322. A pressão realizada por mobilizações da categoria na cidade de Santos/SP, por melhores condições sanitárias, foi uma das influências para a edição da regra mencionada, por conta da elevada incidência de tuberculose nos trabalhadores do setor.⁽⁸⁾ Uma década depois, a CLT, sistematizando as disposições laborais vigentes, adotou outros diversos preceitos contidos no decreto mencionado, dando origem aos arts. 224, 225 e 226.

Em 1934 são regulamentadas as Caixas Econômicas Federais, pelo Decreto n. 24.427. Pelo Decreto-lei n. 7.293/1945 criou-se a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), órgão encarregado de realizar o “controle do mercado monetário”.

Em 1964, ocorreu uma nova ruptura política e institucional, pela implantação de um regime militar, cujo comando depôs o Presidente João Goulart. No mesmo ano, são instituídos o Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e o Banco Nacional da Habitação (BNH) pela Lei n. 4.380. Passou a ocorrer a fiscalização das atividades financeiras pelo Banco Central (BACEN), órgão responsável pela normatização e controle de todo este segmento.

(8) BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. *Análise sobre a jornada de trabalho dos bancários* — A discussão sobre o exercício de cargos de confiança — Horas extraordinárias. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11043>. Acesso em: 9 jul. 2017.

No mesmo ano, realizou-se uma reforma no Sistema Financeiro Nacional, pela promulgação da Lei n. 4.595, acarretando a sucessão da SUMOC pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e Banco Central do Brasil. Em meio a tal processo foi criada a correção monetária, inicialmente aplicável apenas aos títulos públicos.

A Lei n. 4.728/1965 regulamentou o mercado de capitais e, um ano depois, foi autorizado o funcionamento de bancos de investimento, pela Resolução n. 18 do Conselho Monetário Nacional, amparada na Lei n. 4.728/1965.

Surgem, nos anos seguintes, a Caixa Econômica Federal, instituição financeira sob modalidade de empresa pública, por meio do Decreto-lei n. 66.303/1970, e o Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC, 1979), cabendo a este a custódia e a liquidação financeira das operações envolvendo títulos públicos.

Em 1986 foi criada a Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP), atendendo pela liquidação financeira, também representando um mercado de balcão organizado para registro e negociação de valores mobiliários de renda fixa. Com isso, foi possível a inclusão de Depósitos Interfinanceiros (DI ou CDI), instituídos pelo item III da Resolução n. 1.102/1986, do CMN. Dois anos depois, permitiu-se a criação de bancos múltiplos, pela Resolução n. 1.524/1988, do CMN.⁽⁹⁾

Findo o período militar e realizada a abertura política, com a redemocratização e a retomada das eleições diretas, a nova Constituição, de 1988, promove mudanças no quadro econômico e estabelece que o “sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar” (art. 192). É uma das vigas de sustentação da Ordem Econômica e Financeira, a qual, por sua vez, é

(9) Confederação Nacional das Instituições Financeiras (CNF). Ob. cit.

“fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa” e “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput*). Entre seus Princípios, destaquem-se a função social da propriedade, a livre concorrência e a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, incisos III, IV, VII).

Pelo teor das regras em questão, fica evidente o pacto de solidariedade assumido pelo Constituinte Originário, após 20 anos de um período ditatorial, na busca da evolução de um Estado Liberal minimamente intervencionista para outro, de matriz Social, atuante em todos os campos da vida. Mais do que garantir a propriedade privada e promover meios para geração de riqueza, passou a ocupar a pauta dos programas de governo a redução das desigualdades e a ideia de uma responsabilidade social dos agentes nos atos que compõem o tráfego jurídico.⁽¹⁰⁾

Em todas as fases descritas, o papel das instituições que integram o Sistema Financeiro Nacional (SFN) foi de grande relevância, com maior ou menor regulamentação e participação do Poder Público, servindo, essencialmente, aos interesses do capital. Tanto na captação de recursos, como no financiamento de empreendimentos, a economia brasileira se desenvolveu em ciclos alternados de crescimento/retração, a ponto de ocupar há décadas lugar entre as 10 maiores do mundo.⁽¹¹⁾

(10) Jose Luis Bolzan de Moraes defende ser o Estado de Direito uma derivação do Estado Liberal, dando origem a três modalidades de Estado: Liberal, Estado Social e Democrático. A distinção entre eles seria quanto ao grau de interferência do Poder Público na vida privada e com relação ao objetivo de tal ação. Enquanto que no Estado Liberal o conteúdo jurídico seria aquele próprio do Liberalismo, o foco recairia sobre o indivíduo e o meio para tanto seria a sanção, no Estado Social, estes vetores são substituídos pela questão social, o grupo e a promoção, e no Estado Democrático, por igualdade, comunidade e educação (MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 77).

(11) Segundo o Fundo Monetário Internacional (FMI), em 2016, o Brasil ocupou o 9º lugar no mundo em

Estruturalmente, segundo definição do Banco Central (BACEN), o Sistema Financeiro, pode ser dividido em duas grandes áreas: a bancária e a não bancária. As cooperativas de crédito, instituição que interessa a este estudo, encontram-se na primeira categoria, ao lado dos Bancos Comerciais, Bancos Múltiplos, Caixas Econômicas e Sociedades Cooperativas de Crédito.⁽¹²⁾

Ainda de acordo com o Banco Central, “cooperativa de crédito é uma instituição financeira formada pela associação de pessoas para prestar serviços financeiros exclusivamente aos seus associados”, os quais “encontram os principais serviços disponíveis nos bancos, como conta-corrente, aplicações financeiras, cartão de crédito, empréstimos e financiamentos”.⁽¹³⁾

Não resta dúvida, portanto, sobre a natureza eminentemente bancária desenvolvida pelas cooperativas, embora não abranjam a integridade dos serviços do segmento e apresentem

um ranking cujo o quesito considerado foi o valor do Produto Interno Bruto (PIB), com 1.798,62 bilhões de dólares, estando atrás, apenas, de economias como Estados Unidos, China, Japão, Alemanha, Reino Unido, França, Índia e Itália. Considerando, entretanto, a renda per capita. Para a Organização das Nações Unidas (ONU), entretanto, a riqueza produzida no país concentra-se nas mãos de poucos, não beneficiando a grande maioria da população, o que acarreta um baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), cujos indicadores consideram além do PIB, a expectativa de vida e os níveis de educação. Com isso, a posição nacional é de 79ª de um total de 188 no mundo, sendo de 5ª lugar na América do Sul, atrás de Chile, Argentina, Uruguai e Venezuela. Dados disponíveis em: <<http://www.funag.gov.br/ipri/index.php/teses-e-dissertacoes/47-estatisticas/94-as-15-maiores-economias-do-mundo-em-pib-e-pib-ppp>> e <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2017/03/21/relatorio-dopnud-destaca-grupos-sociais-que-n-o-se-beneficiam-do-desenvolvimento-humano.html>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

(12) Banco Central do Brasil (BACEN). *Evolução do Sistema Financeiro Nacional*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/deorf/r199812/texto.asp?idpai=revsfn199812>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

(13) Banco Central do Brasil (BACEN). *O que é cooperativa de crédito?* Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/composicao/coopcred.asp>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

pequenos traços organizacionais diferentes, como não realizarem compensação bancária.

Para José Augusto Gomes Vieira, uma das diferenças entre bancos e cooperativas, seria a ausência de fim lucrativo destas, embora atuantes no mesmo ramo:⁽¹⁴⁾

(...) são semelhantes aos bancos comerciais, porém exercem a atividade econômica sem objetivo de lucro. Captam depósitos a vista, sem emissão de certificados, em comunidades restritas, como de funcionários de uma determinada empresa, de pequenos empresários, microempreendedores, profissionais liberais de um mesmo ramo de atuação, etc.

Assim, as diferenças entre bancos e entes cooperados estariam limitadas à estrutura e ao funcionamento/operacionalidade, o que, justificaria a “equiparação” ou diferenciação no tratamento trabalhista dispensado aos respectivos empregados.

Contudo, chama a atenção, merecendo, por isso mesmo, reflexão e análise, a disparidade entre a complexa teia normativa desenvolvida desde o começo do século XIX, quanto à organização, atuação e desenvolvimento do Sistema Financeiro Nacional, como um todo, de um lado, e o sucinto e recente tratamento legislativo dispensado às condições dos trabalhadores desse mesmo sistema, na década de 1930 e limitada a 03 artigos da CLT, posteriormente elaborada.

3. Trabalhador bancário: conceito e normatização — CLT

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a despeito de agrupar diversas regras esparsas aplicáveis a quase todos os segmentos profissionais, possui em seu Título III (Das Normas Especiais de Tutela do Trabalho), Capítulo I (Das Disposições Especiais sobre Duração e Condições de Trabalho), preceitos aplicáveis apenas a categorias profissionais específicas.

Tal distinção se justifica na existência de peculiaridades em alguns ofícios, por sua

maior penosidade ou risco, ou simplesmente no maior interesse por parte do capital, justificando uma tutela pormenorizada e diferenciada. Nesta situação de destaque encontram-se os músicos profissionais (arts. 232 e 233), operadores cinematográficos (arts. 234 e 235), motoristas profissionais empregados (arts. 235-A a 235-G), ferroviários (arts. 236 a 247) e, interessando ao estudo em curso, bancários (arts. 224 a 226).

Aos bancários, assim entendidos os empregados de bancos, “casas bancárias” e Caixa Econômica Federal, é assegurado o direito ao cumprimento de jornada de 06 horas e carga horária de 30 horas, salvo ocupantes de cargo de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalentes, ou de confiança, quando perceberem gratificação não inferior a 1/3 do salário do cargo efetivo, de segunda a sexta, entre 07h e 22h, prorrogável até 08 diárias e 44 semanais. A redação original dos arts. 224, 225 e 226 sofreu modificações desde a publicação da CLT, em 1943, sendo a vigente datada das décadas de 1950, 1960 e 1980, não havendo qualquer menção às cooperativas ou financeiras.

Neste particular, a lei e a jurisprudência não diferenciam faticamente as atividades realizadas pelos empregados admitidos por bancos (públicos ou privados), Caixa Econômica, “casas bancárias” ou cooperativas de crédito, embora cada um deles ostente estrutura e organização próprias. Tal constatação ocorre por inexistir, na realidade, qualquer diferença significativa entre as rotinas dos referidos trabalhadores.

A penosidade do serviço é a mesma e a nocividade à saúde e ao bem-estar do empregado, idem. Da mesma forma, o interesse por parte do capital. Observa-se, no caso, o Princípio da Primazia da Realidade, um dos mais relevantes para o Direito do Trabalho, pelo qual “em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos,

(14) VIEIRA, José Augusto Gomes *et al.* Ob. cit., p. 158.

formulários e instrumentos de controle”, definição de Américo Plá Rodrigues.⁽¹⁵⁾

Ao se analisar o caráter trabalhista de determinado arranjo laboral, não apresenta qualquer pertinência a natureza jurídica contratante, a origem do capital social ou a existência de fins lucrativos, sendo o único elemento considerado o ato-fato trabalho e a presença dos elementos fático-jurídicos previstos no art. 3º da CLT. O foco se concentra no *modus operandi* e nos acontecimentos em si, e não nos títulos adotados, tampouco sobre ficções ou abstrações técnico-jurídicas.

Tal constatação remonta aos fundamentos da legislação de tutela ao trabalho, desde suas origens, sendo o art. 442 da CLT seu maior exemplo. Nele, foi consagrado o dissenso existente entre os integrantes da comissão responsável pela elaboração do projeto de lei, composta por dois contratualistas (*Arnaldo Süssekind e Segadas Vianna*) e dois anticontratualistas (*Luiz Augusto do Rego Monteiro e Dorval Lacerda*). Foi criado um conceito bastante peculiar, de modo que “*contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego*”, valorizando tanto o elemento volitivo dos agentes, quanto o arranjo produtivo verificado, esclarecimentos feitos por Carmen Camino.⁽¹⁶⁾

O próprio enquadramento sindical no Direito do Trabalho brasileiro, conforme dispõe o art. 577 da CLT, ocorre por conta do ramo de atividade desenvolvida no processo econômico, conforme quadro próprio, assim sintetizado, no que diz respeito ao Sistema Financeiro Nacional:

Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito	Confederação Nacional das Empresas de Crédito
Empregados em estabelecimentos bancários	Bancos/Casas bancárias,

(15) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978. p. 221.

(16) CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Síntese: Porto Alegre, 2003. p. 210.

Empregados de empresas de seguros privados e capitalização	Empresas de seguros/ Empresas de capitalização
Empregados de agentes autônomos de seguros e de crédito	Corretores de seguros e de capitalização/ Corretores de fundos públicos e câmbio

A diferenciação dos empregados é feita em três grupos, variando de acordo com a atividade, bancária, securitária ou de corretagem. Seguindo tal, empregados de cooperativas de crédito são bancários, fazendo jus à representatividade do órgão de classe correspondente, bem como à proteção de todas as normas, legais ou convencionais, deste ramo profissional.

Contudo, este não é o entendimento consolidado pelo TST, que considera não ser possível “equiparar”, para fins trabalhistas, profissionais atuantes em bancos àqueles que laboram em Cooperativas de Crédito.

4. Orientação Jurisprudencial n. 379 da SDI I do TST: análise.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), por sua Seção de Dissídios Individuais I, pacificou o entendimento sobre a inaplicabilidade aos trabalhadores das Cooperativas de Crédito da disposição da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) atinente aos bancários, por incabível “equipará-los”. Tal posição foi consagrada pela Orientação Jurisprudencial n. 379, assim redigida:

EMPREGADO DE COOPERATIVA DE CRÉDITO. BANCÁRIO. EQUIPARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE (república em razão de erro material no registro da referência legislativa). DEJT divulgado em 29, 30 e 31.3.2017. Os empregados de cooperativas de crédito não se equiparam a bancário, para efeito de aplicação do art. 224 da CLT, em razão da inexistência de expressa previsão legal, considerando, ainda, as diferenças estruturais e operacionais entre as instituições financeiras e as cooperativas de crédito. Inteligência das Leis ns. 4.595, de 31.12.1964, e 5.764, de 16.12.1971.

Dos precedentes dos quais redigido o verbete, destaquem-se como principais fundamentos:

*** as cooperativas de crédito integram o Sistema Financeiro Nacional, mas em**

condições de operacionalidade e estrutura distintas dos bancos, por não realizarem compensação de cheques ou possuírem reservas bancárias. (E-RR – 44/2004-006-03-00, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, rel.^a. Min.^a. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Publicado em 16.10.2009)

*** há semelhança entre o funcionamento das cooperativas de crédito e o das instituições financeiras, não se confundindo pela diferença na forma jurídica e finalidade social.** As instituições financeiras visam a obtenção de lucro, enquanto que as cooperativas atuam no âmbito do interesse comum dos filiados, sem fim rentável. (E-ED-RR – 1221/2006-022-12-00, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, rel. Min. Lélío Bentes Corrêa, Publicado em 6.2.2009)

*** cooperativas possuem natureza civil e são criadas para a prestação de serviços aos associados, ao contrário dos bancos, que, além de objetivar lucros, prestam serviços tanto a clientes, quanto a terceiros, realizando mais operações do que as cooperativas.** É vedado às cooperativas o uso da expressão Banco (Lei n. 5.764/71, art. 5º). (E-RR – 422/2005-001-14-40, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, Publicado em 14.11.2008)

Enfrentando cada uma das premissas destacadas, faz-se possível constatar sua insubsistência.

As cooperativas de crédito integram o Sistema Financeiro Nacional e atuam no mesmo segmento dos bancos, inclusive oferecendo a quase totalidade de produtos e serviços. Com isso, mostra-se secundário apontar pequenas distinções ou exceções para reputá-las “não equiparáveis” apenas para fins trabalhistas.

Há bancos que atuam em segmentos diferenciados, como concessão de crédito consignado,

enquanto outros, se concentram na movimentação de contas, cheques e cartões de crédito. Alguns possuem agências por todo o território nacional e outros, apenas correspondentes ou lojas de atendimento. Há aqueles que mantêm caixas eletrônicos em locais públicos e os que não dispõem deste serviço.

O fato de não oferecer a integralidade dos serviços considerados “tipicamente bancários”, por si só, não tem o condão de modificar a natureza das coisas, pois o que caracteriza a atuação bancária é a própria essência do negócio, pela concessão de crédito, guarda de valores e aplicações financeiras, em funcionamento devidamente autorizado e fiscalizado pelo Banco Central. Igualmente, a origem do empreendimento, nacional, estrangeiro ou transnacional em nada modifica a realidade fática. Até mesmo porque, tem-se notícia da existência de cooperativas de crédito acionistas de bancos por elas mesmas criados e que realizam os serviços até então não prestados, formando verdadeiro grupo econômico.⁽¹⁷⁾

(17) Neste exato sentido, a seguinte notícia, veiculada no site do SICOOB, autointitulado o “maior sistema financeiro cooperado do país”:

“Bancoob

O Banco Cooperativo do Brasil S/A (Bancoob) é um banco comercial privado, sociedade anônima de capital fechado, cujo controle acionário pertence às cooperativas centrais de crédito do Sicoob. Criado em 1996, é regido e regulamentado pela Lei 4.595/64 e pela Resolução 2.788/00 do Conselho Monetário Nacional.

Juridicamente independente das demais entidades do Sicoob, o Bancoob foi constituído com a finalidade de oferecer produtos e serviços financeiros às cooperativas, ampliando e criando novas possibilidades de negócios e gestão centralizada dos recursos financeiros do Sistema.

O Bancoob atua com agente facilitador na redução dos custos das cooperativas, desenvolvendo e disponibilizando produtos e serviços tipicamente bancários para elas. Desta forma, as cooperativas de crédito assemelham-se às demais instituições do mercado bancário, contando com uma linha completa de cartões de crédito, poupança, cobrança bancária, linhas de créditos de recursos repassados por instituições governamentais, fundos de investimentos, entre outros, em condições significativamente competitivas.” Disponível em: <<http://sicoob.com.br/web/sicoob-antigo/bancoob>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

Os beneficiários dos serviços, clientes ou qualquer termo que se prefira adotar para se referir ao destinatário final do negócio, interessa a atividade prestada em si mesma e não o enquadramento normativo da instituição contratada. Quem necessita ter seus ganhos guardados, aplicados ou gerenciados busca uma instituição financeira, seja ela banco, caixa econômica ou cooperativa. Via de regra, a opção recai sobre quem apresentar menores taxas e maior credibilidade. Atender apenas clientes ou terceiros não pode ser considerado critério de diferencial substancial, pois há bancos que assistem exclusivamente pessoas jurídicas, não acarretando qualquer influência em sua consideração como banco.

A propósito, interessante notar a propaganda de algumas cooperativas de crédito, que evidencia que qualquer pessoa pode ser “associada” da instituição. Para isso, basta procurar a cooperativa mais próxima, pesquisar na internet ou discar 0800 e integralizar suas quotas, em valores variáveis.⁽¹⁸⁾

Entender o contrário, chancelaria a transmutação da natureza do empreendimento pela consideração de aspecto meramente periférico e irrelevante, como, por exemplo, o porte dos clientes, a gama de operações realizadas ou o tipo de atendimento. Seria desprezado o elemento essencial, qual seja, o ramo da atividade econômica.

Mesmo raciocínio se aplica aos trabalhadores empregados em tais estabelecimentos. A eles não interessa se o empregador é optante do regime de tributação simplificado, se declara ser EPP ou ME, tampouco se se autodenomina Organização Não Governamental. Importam as condições de trabalho, no tocante aos riscos e à natureza dos serviços.

Além disso, soa falacioso imaginar que em um sistema econômico de matriz capitalista

alguma instituição financeira possa desenvolver atividades graciosamente, sem visar lucros, salvo se mantida inteiramente pelo Poder Público e custeada pelos impostos. A sustentabilidade de qualquer organização é quesito-chave para assegurar sua continuidade num mercado competitivo. Embora não contemple o interesse de acionistas, como os bancos tradicionais, não há como considerar desinteresse dos cooperados por ganho de qualquer tipo, haja vista as “sobras” a eles destinadas ao final de cada exercício (Lei n. 5.764/1971, art. 4º, inciso VII) impactarem, de forma indireta, na tarifa final dos serviços. Chamem-se lucros, dividendos, sobras ou ganhos os resultados positivos obtidos, em qualquer hipótese constata-se o objetivo de ganho pecuniário, em maior ou menor grau.

Ao utilizar o termo “equiparar” para justificar o tratamento legal desigual dispensado a bancários e a empregados de cooperativas, a Orientação Jurisprudencial n. 379 da SDI I do TST transmite a noção de se tratarem de profissionais distintos. Partindo de tal análise, exigir-se-ia do intérprete a realização de um processo de interpretação, e o uso da analogia, a fim de convencer e justificar a ocorrência de um tratamento isonômico. Equiparar ou igualar corresponderia a afastar discriminações ilegais ou injustificadas.

A questão, respeitado entendimento em contrário, é exatamente oposta, de como justificar a diferenciação entre iguais, a partir de exceções pontuais, mínimas, violando o texto da Constituição. Seu art. 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, deixa clara a opção da sociedade pela proibição à discriminação de qualquer ordem, sendo os critérios ali expostos meramente exemplificativos. Tem por destinatário, não apenas os particulares, mas o Poder Público em todas as suas esferas, inclusive o Judiciário, um dos responsáveis pelo cumprimento das “promessas” da Lei Maior.

A Lei n. 9.029/1995, portanto, vem ao encontro de tais objetivos, combatendo, em situações

(18) A este respeito, nota publicada pelo Sicoob, disponível em: <<http://sicoob.com.br/web/sicoob-antigo/associe-se>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

concretas entre empregados e empregadores práticas ilegítimas ou em desvio de finalidade, quanto a critério de admissão e dispensa.

Ao negar aos empregados de cooperativas de crédito os direitos típicos da categoria bancária, embora desempenhem o mesmo ofício dos trabalhadores admitidos por bancos, esvazia-se o conteúdo da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, enquanto fundamentos da República (art. 3º, incisos III e IV, da Constituição), e fere-se pela via reflexa o Princípio do Não Retrocesso Social (art. 7º, *caput*).

Chama a atenção, ainda, quanto ao verbete examinado, o trecho “para efeito de aplicação do art. 224 da CLT, em razão da inexistência de expressa previsão legal”. Por ele, transparece a ideia de que para todos os demais efeitos legais, além da limitação da jornada, a igualdade entre bancários e empregados de cooperativas seria possível, em uma análise do Princípio da Legalidade às avessas, pois enquanto na esfera privada, legalidade significa ser permitido tudo o que não for proibido, no ramo público, o mesmo preceito significa ser proibido tudo o que não for permitido.

Para que, então, haveria necessidade de uma lei declarando a igualdade entre iguais? Melhor explicando: onde existe vedação à incidência da regra do art. 224 da CLT sobre os empregados de cooperativas de crédito, se realizam as mesmas atribuições dos bancários? Diante da limitação do verbete, para outros fins laborais, poderia se considerar bancário o empregado de cooperativa, como para fins de enquadramento e representatividade sindical?

Por fim, invoca-se como argumento, o teor do art. 10 da CLT, pelo qual “qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados”. Embora comumente utilizado para preservar o patrimônio jurídico dos empregados, em casos concretos, nos quais as empresas realizem fusões, incorporações ou alterações estruturais; mostra-se plenamente razoável entender que

a norma em questão veda que reestruturações e novos arranjos do capital firam conquistas históricas do trabalho e da própria sociedade organizada.

5. Conclusões

O Sistema Financeiro Nacional (SFN) teve origem em 1808, por iniciativa de Dom João VI, responsável pela criação do primeiro Banco do Brasil. A partir dessa iniciativa, a colônia passou a emitir notas bancárias e produzir o próprio meio circulante.

Nos anos seguintes, profundas mudanças marcaram a história nacional, com o Império se tornando República, o trabalho escravo dando lugar ao assalariado e a intervenção do Poder Público no cenário econômico ganhando cada vez maior importância.

Nesse complexo quadro, bancos e caixas econômicas passam a atuar ao lado de outros entes personificados, como as cooperativas de crédito, sem um regramento isonômico aos trabalhadores empregados em cada uma de tais instituições.

Embora a CLT e a Constituição justifiquem a consideração dos empregados de cooperativas como bancários, para todos os fins, este não tem sido o entendimento pacificado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), como se depreende da Orientação Jurisprudencial n. 379 da Seção de Dissídios Individuais I.

Contudo, analisando os precedentes que culminaram com a redação do verbete, constata-se não subsistir razão para afastar do campo de beneficiários das regras tuitivas típicas dos bancários os empregados vinculados a cooperativas de crédito.

6. Referências bibliográficas

BARRETO, Marco Aurélio Aguiar. *Análise sobre a jornada de trabalho dos bancários* — A discussão sobre o exercício de cargos de confiança — Horas extraordinárias. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11043>. Acesso em: 09 jul. 2017.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Síntese: Porto Alegre, 2003.

MELHADO, Reginaldo. *Metamorfoses do capital e do trabalho*: relações de poder, reforma do Judiciário e competência da Justiça Laboral. São Paulo: LTr, 2006.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais*: o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1978.

VIEIRA, José Augusto Gomes *et al.* Histórico do Sistema Financeiro Nacional. *E-Locução: Revista Científica da FAEX*, edição 02, ano 1, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/2947/Downloads/21-85-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

Documentos eletrônicos

Banco Central do Brasil (BACEN). *Evolução do Sistema Financeiro Nacional*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/deorf/r199812/texto.asp?idpai=revsfn199812>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. *O que é cooperativa de crédito?* Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/composicao/coop-cred.asp>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

Modelo Organizacional: *BANCOOB*. Disponível em: <<http://sicoob.com.br/web/sicoob-antigo/bancoob>>. Acesso em: 13 jul. 2017

Confederação Nacional das Instituições Financeiras (CNF). *História do Sistema Financeiro Nacional* (Viagem de 1808 a 2002). Disponível em: <<https://www.cnf.org.br/documents/19/70e60fad-248c-494d-9e97-ecd2977dd093>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais (IPRI). *As 15 maiores economias do mundo*. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/ipri/index.php/teses-e-dissertacoes/47-estatisticas/94-as-15-maiores-economias-do-mundo-em-pib-e-pib-ppp>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Relatório do PNUD destaca grupos sociais que não se beneficiam do desenvolvimento humano*. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2017/03/21/relatorio-do-pnud-destaca-grupos-sociais-que-n-o-se-beneficiam-do-desenvolvimento-humano.html>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

O trabalho autônomo na reforma trabalhista e a fórmula política da Constituição Federal de 1988

Paulo Roberto Lemgruber Ebert^(*)

Resumo:

- ▶ No contexto de precarização do trabalho a pautar a Reforma Trabalhista, o art. 442-B da CLT, com redação conferida pela Lei n. 13.467/17 instituiu, ao lado da oficialização daquelas já conhecidas formas precárias de arregimentação de mão de obra (terceirização de atividades-fim, contratos a tempo parcial e contratos temporários) e da implementação de novas modalidades de contratação flexível (com especial destaque para o contrato de trabalho intermitente), a possibilidade de generalização da contratação de trabalhadores autônomos. Com isto, o dispositivo legal em referência estaria a permitir, no extremo, a formulação de contratos de prestação de serviços de duração indeterminada entre trabalhadores que se autointitulam autônomos e seus tomadores de serviços, em uma tentativa de oficializar a burla ao ordenamento trabalhista e tributário. Diante da aparente abertura conferida pelo novel art. 442-B da CLT à arregimentação de trabalhadores individualmente considerados por intermédio da formulação de simples contratos de prestação de serviços, faz-se mister averiguar se tal exegese encontra respaldo nas diretrizes hermenêuticas emanadas da Constituição Federal, cujos enunciados condicionarão a tarefa interpretativa concernente ao desvelamento do sentido e do alcance de todos os demais diplomas do ordenamento jurídico. Ao final, demonstrar-se-á que a nova sistemática pretendida para o trabalho autônomo não pode em hipótese alguma ser compreendida como um mecanismo de generalização daquela forma de arregimentação de mão de obra, mas sim como uma possibilidade restrita às situações em que os elementos formadores do vínculo empregatício, com especial destaque para a subordinação jurídica, não se façam presentes.

Palavras-chave:

- ▶ Trabalho autônomo — Reforma trabalhista — Interpretação constitucional.

(*) Advogado e professor universitário. Doutor em direito do trabalho e da seguridade social pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em direito constitucional pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em direito e processo do trabalho pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Autor dos livros *Sindicato mais representativo e mutação constitucional* (LTTr, 2007), *Mora legislativa em matéria trabalhista* (LTTr, 2015) e *A liberdade sindical no setor público* (LTTr, 2017).

Abstract:

- In the context created by the 2017 labor reform, the new CLT's article 442-B provided by the Law n. 13.467/17 brought, besides the standardization of those precarious work forms such as the outsourcing, part-time jobs and temporary jobs, the possibility of establishing indistinct freelancer relationship between a worker and a company. Thus, that legal text is allowing, in an extreme understanding, the establishment of single freelancer contracts without time limits between workers so-called *freelancers* and their employers, in a clear intent to make up a real labor relationship and to cheat the tax laws. To avoid it, we propose to investigate the meaning and the range of the new CLT's article 442-B facing its text with the Constitution principles which guides the interpretation of the statutes in the concrete situations. In conclusion, we will show that the new freelancer contract regulation, brought by the new CLT's article 442-B cannot be understood as a mechanism able to turn that kind of relationship as the general standard for the contracts between workers and companies. Instead, we'll show that the new freelancer contract regulation can be understood as a valid form only in those concrete situations which the subordination and the other labor relations elements are really absent.

Key-words:

- Freelancer contracts — New regulation — Constitutional interpretation.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. A fórmula política inerente à Constituição Federal de 1988 e seu elemento solidarizante. Valor social do trabalho e da livre-iniciativa, proteção do trabalhador, função social da empresa e vínculo de emprego como padrão constitucional para as relações de trabalho
- 3. Das condicionantes decorrentes da fórmula política da Constituição Federal de 1988 para a interpretação da legislação ordinária
- 4. A interpretação do novel art. 442-B da CLT à luz da fórmula política da Constituição Federal de 1988
- 5. Conclusão
- 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, apodada de *Reforma Trabalhista*, apresenta-se como uma nítida manifestação do fenômeno descrito por Alain Supiot como *law shopping*, a compreender, sob a ótica do Estado, a busca pela redução do custo da mão de obra com vistas à obtenção de vantagens na precificação de seus produtos no mercado internacional, bem como à atração de investimentos produtivos e, da parte dos empresários, a escolha

daqueles ordenamentos jurídicos trabalhistas menos onerosos no que concerne aos custos com o pessoal.

Almeja-se, em síntese, com a Reforma Trabalhista, não apenas a propalada simplificação das relações individuais e coletivas entre empregadores e empregados, mas também o reposicionamento do País nos indicadores relacionados ao *custo* da mão de obra, por intermédio da precarização das condições laborais e da flexibilização da remuneração e da

duração do trabalho, em nítida contraposição à diretriz-chave consagrada na Declaração da Filadélfia da OIT, a propalar que “o trabalho não é uma mercadoria” (SUPIOT, 2011, p. 61-68).

Nesse contexto, a Lei n. 13.467/17 trouxe, ao lado da oficialização daquelas já conhecidas formas precárias de arregimentação de mão de obra (terceirização de atividades-fim, contratos a tempo parcial e contratos temporários) e da implementação de novas modalidades de contratação flexível (com especial destaque para o contrato de trabalho intermitente), a possibilidade de generalização da contratação de trabalhadores autônomos, mesmo sob o regime de continuidade e de exclusividade.

Assim, de acordo com a redação conferida pela Lei n. 13.467/17 ao art. 442-B da CLT, o singelo preenchimento dos requisitos formais para a configuração do contrato de prestação de serviços, previstos nos arts. 593 a 609 do Código Civil, bastaria para afastar o enquadramento do trabalhador no conceito jurídico de empregado, a constar do art. 3º da CLT.

Com isto, o dispositivo legal em referência estaria não apenas a permitir, no extremo, a formulação de contratos de prestação de serviços de duração indeterminada e com exclusividade entre trabalhadores que se autointitulam autônomos e seus tomadores de serviços, em uma tentativa de oficializar a burla ao ordenamento trabalhista e tributário.

Sob tal ótica, seria possível estabelecer, por exemplo, contratos de prestação de serviços a submeterem o aludido autônomo a jornadas superiores aos limites estabelecidos no art. 7º, XIII, da Constituição Federal, com remuneração inferior ao salário mínimo e sem as demais garantias constitucionais asseguradas à generalidade dos empregados, tais como o décimo terceiro salário (art. 7º, VIII), o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (art. 7º, III), as férias anuais com o respectivo adicional (art. 7º, XVII), as licenças-maternidade e paternidade (art. 7º, XVIII e XIX), entre outras.

Diante da amplitude semiótica conferida à redação do novel art. 442-B da CLT pela Lei

n. 13.467/17 e tendo em vista, igualmente, a aparente abertura por ela conferida à arregimentação de trabalhadores individualmente considerados por intermédio da formulação de simples contratos de prestação de serviços, faz-se mister averiguar se tal exegese encontra respaldo nas diretrizes hermenêuticas emanadas da Constituição Federal, cujos enunciados condicionarão a tarefa interpretativa concernente ao desvelamento do sentido e do alcance de todos os demais diplomas do ordenamento jurídico (VIGO, 2004, p. 142-151).

Para tanto, a resposta a tal indagação deve partir de uma abordagem mais ampla do que aquela limitada ao singelo cotejo entre o dispositivo infraconstitucional a ser interpretado e os artigos da Constituição Federal diretamente relacionados à matéria nele versada, em direção a uma análise mais ampla e completa, a permitir o desvelamento de seu sentido e alcance à luz dos valores que sintetizam e conferem identidade ao diploma constitucional.

Nesse sentido, a análise do novel art. 442-B da CLT a ser formulada no presente estudo buscará desvelar o sentido e o alcance inerentes a este último não apenas a partir do cotejo de seu enunciado com os preceitos constitucionais diretamente relacionados à tutela do trabalho, elencados no art. 7º, da Carta Magna, mas sim a partir de uma análise à luz da fórmula política dispersa ao longo dos dispositivos, a denotar o substrato ideológico que confere identidade à lei maior e que vincula objetivamente todo o ordenamento jurídico.

2. A fórmula política inerente à Constituição Federal de 1988 e seu elemento solidarizante. Valor social do trabalho e da livre-iniciativa, proteção do trabalhador, função social da empresa e vínculo de emprego como padrão constitucional para as relações de trabalho

O conceito de fórmula política é, na aceção dos autores europeus que o formularam

originalmente, o dado substancial a conferir identidade a uma determinada constituição. Compreende ela, nas palavras de Pablo Lucas Verdú, “a expressão ideológica juridicamente organizada em uma estrutura social” que sintetiza as características organizativas e axiológicas adotadas pelo Estado em seu documento fundante (VERDÚ, 1981, p. 421).

A fórmula política de uma determinada constituição é, portanto, o resultado final da equação que envolveu, no processo constituinte, as distintas concepções ideológicas a respeito da organização da estrutura pública, da delimitação dos poderes e competências, dos objetivos e finalidades institucionais a serem colimados pelo Estado e dos direitos fundamentais a serem assegurados aos cidadãos (USERA, 1988, p. 252-254).

No caso da Constituição Federal brasileira, o entrechoque das forças políticas dos mais distintos matizes que tomaram parte na Assembleia Constituinte de 1987/88 produziu um texto que, em matéria de objetivos institucionais e de direitos fundamentais, buscou harmonizar as garantias individuais clássicas exercitáveis face à ação do Estado (p. ex.: autonomia privada, liberdade de expressão, direito à intimidade, à privacidade, à propriedade etc.) com a concretização de relevantíssimas finalidades sociais a guardarem conexão intrínseca com os direitos a prestações concretas dependentes do concurso do próprio Estado e dos particulares (BARROSO, 2006, p. 40-42).

Assim, na senda das constituições editadas após a Segunda Guerra Mundial, a Carta brasileira de 1988 bebeu assumida e diretamente da fonte do constitucionalismo dirigente para a moldagem do Estado e da sociedade que se pretendiam após a redemocratização do País. Da leitura de seu art. 3º, percebe-se de forma nítida a preocupação com a elaboração de um programa voltado para a superação das mazelas sociais e econômicas historicamente relacionadas ao cotidiano pátrio, sendo justamente esse o motivo para inserir-se a construção

de “*uma sociedade livre, justa e solidária*”, a erradicação “*da pobreza e da marginalização*”, a redução das “*desigualdades sociais e regionais*”, bem como a promoção “*do bem de todos*” no rol dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Como elemento imprescindível para os progressos cultural e material dos indivíduos, o trabalho humano — e, naturalmente, o emprego — foram objeto central de preocupação do legislador constituinte. Nesse sentido, a fórmula política da Carta de 1988 passou a ser integrada pelo ideal de solidarismo surgido, historicamente, como resultado direto das lutas empreendidas pelos obreiros contra o poder desmesurado do capital nas relações de trabalho e que conduziu, posteriormente, ao reconhecimento textual das posições jurídicas titularizadas pelas classes menos favorecidas com vistas a lhes conferir, efetivamente, a cidadania plena (PECES-BARBA, 1995, p. 169-170).

Justamente em razão de tal concepção incorporada, como visto, à fórmula política da Constituição Federal de 1988, o art. 7º desta última, ao positivar o princípio da proteção do trabalhador, vislumbrou a promoção do equilíbrio de forças nas relações laborais e, em especial, a limitação, em nome de bens jurídicos titularizados pelos obreiros (tais como a integridade física e o próprio direito à subsistência), do livre exercício da autonomia privada e da fruição absoluta do direito à propriedade, em deliberada contraposição à lógica individualista e reificadora a caracterizar o liberalismo novecentista (LYON-CAEN *et alii*, 1998, p. 8).

Pode-se dizer, nesse sentido, que a Constituição Federal de 1988 incorporou em sua fórmula política a essência do conteúdo histórico-institucional inerente ao direito do trabalho, cuja evolução conceitual nas principais democracias industrializadas do Ocidente — e, em certa medida, também no Brasil — conferiu a tal ramo do direito uma identidade própria,

sintetizada por Héctor-Hugo Barbagelata sob a expressão *particularismo do direito do trabalho*, caracterizada, segundo o referido autor uruguaio, pelo reconhecimento jurídico de uma desigualdade de forças que perpassa os atores individuais no plano da realidade, e que, dada a sua subsistência durante toda a duração da relação laboral, condiciona a elaboração e a compreensão do ordenamento trabalhista e restringe, por isso mesmo, a própria autonomia privada em nome da solidariedade coletiva (BARBAGELATA, 2014, p. 20-43).

Tal concepção, desde a sua origem remota, partiu da premissa de que o indivíduo não é um ser isolado, alheio à coletividade, de modo que suas ações e omissões não se limitam nem se esgotam com a singela consecução de seus próprios interesses, afetando, colateralmente, todos aqueles que se situam ao seu redor, mormente quando o sujeito em questão detém considerável poder econômico (MARTÍN, 2006, p. 57-58).

É justamente nesse sentido que o valor social da livre-iniciativa ladeia topograficamente o valor social do trabalho no texto conferido aos arts. 1º, IV e 170, *caput*, da Carta Magna, na condição de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e como uma das diretrizes norteadoras da atividade econômica.

Conquanto não seja incomum a leitura da livre-iniciativa de forma dissociada de seu adjetivo valor social, a rigor, “a livre-iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso”, conforme bem preceitua Eros Roberto Grau (GRAU, 2008, p. 201).

Assim, tanto na qualidade de fundamento da República brasileira como na condição de diretriz da ordem econômica instituída pela Constituição Federal, a livre-iniciativa não pode ser lida de forma apartada da sua valoração social, sem aquela nota de solidariedade que integra a fórmula política inerente à Carta

de 1988. Não são, portanto, antagônicos os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa. Complementam-se na medida em que o primeiro guarda uma relação de precedência sobre o segundo.

Dessa maneira, a livre-iniciativa, enquanto valor social, como posto na Constituição Federal de 1988, não serve de justificativa para atentados contra a ordem social. Antes, deve promovê-la, de modo a contribuir para que se alcance a soberania nacional, a livre concorrência, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e a busca do pleno emprego.

Por isso mesmo, não há espaço em nossa ordem constitucional para que a empresa seja considerada como uma entidade constituída tão somente para a geração de dividendos aos seus proprietários e para a produção de determinados bens e serviços a serem oferecidos ao mercado consumidor.

Ao revés, a empresa formada e gerida em decorrência do exercício da livre-iniciativa e da fruição do direito à propriedade, encontra sua legitimidade na geração de empregos dignos e na distribuição de renda, sem os quais o crescimento econômico e as atividades desempenhadas pelo Estado restarão comprometidos, em prejuízo último à coesão social e à própria dignidade humana (LOPES, 2006, p. 183-281).

Nesse contexto em que a empresa é detentora de uma função social, afigura-se cristalina a superioridade do emprego sobre outras modalidades de inserção do indivíduo no sistema capitalista — especialmente sobre a prestação de serviços sob formas precárias —, sendo aquele vínculo o eixo central do direito do trabalho e da própria ordem econômica plasmada na Constituição Federal, a colocar o trabalhador como credor de direitos sociais, atenuando significativamente o exercício de poder pelo tomador de serviços, além de elevar as condições de contratação da força de trabalho no mercado econômico (DELGADO, 2014, p. 207).

Por isso mesmo, a fórmula política a conferir identidade à Constituição Federal de 1988 incorporou, na forma do art. 7º, *caput* e de seu inciso I, a ideia já subjacente ao art. 3º da CLT, a configurar a relação de emprego como uma situação objetiva (ato-condição) que independe da formalização de declarações unilaterais ou bilaterais de vontade e cuja materialização depende tão somente da constatação em concreto acerca da existência de um vínculo a denotar a personalidade, a não-eventualidade, a onerosidade e a subordinação entre o trabalhador e o empregador (DE LA CUEVA, 2007, p. 187).

Pode-se dizer, desse modo, que o próprio conceito de *trabalho decente* encampado pela fórmula política da Constituição Federal de 1988 é caracterizado pelo labor exercido preferencialmente com vínculo empregatício — e, conseqüentemente, com as correspondentes garantias constitucionais, legais, convencionais e contratuais a ele inerentes — em contraposição às modalidades de trabalho precário apregoadas há pelo menos duas décadas pelas correntes neoliberais e que se fazem presentes no texto da Lei n. 13.467/17 (DELGADO, 2015, p. 210).

Em plena consonância com a regulamentação do tema na Constituição Federal de 1988, as declarações e tratados internacionais formulados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização dos Estados Americanos (OEA) vêm, há muito, destacando o trabalho decente, nesses moldes, como um direito titularizado pelos cidadãos de seus Estados-membros e, conseqüentemente, condenando a mercantilização irrestrita da mão de obra com vistas à obtenção de vantagens nas relações de comércio internacional.

Já em 1944, no contexto iminente do pós-Segunda Guerra Mundial, a Declaração da Filadélfia emitida pela OIT deixou assente que “o trabalho não é uma mercadoria”, de modo que “a luta contra a carência, em qualquer nação,

deve ser conduzida com infatigável energia, [pois] a paz, para ser duradoura, deve assentar sobre a justiça social” (SUPIOT, 2011, p. 63).

Na sequência, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) firmado no âmbito da ONU em 1966 e ratificado pelo Brasil por intermédio do Decreto n. 591, de 6.7.1992 reconhece expressamente em seu art. 6º:

“O direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente (...) uma remuneração que proporcione (...) a existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto, (...) a segurança e a higiene no trabalho (...) e o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.”

Na seara da OEA, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) — igualmente ratificado pelo Brasil por intermédio do Decreto n. 3.321, de 30.12.1999 — assegura em seu art. 6º “o direito ao trabalho”, assim compreendido como aquele apto a conceder “os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita”.

Nos últimos anos — já no contexto da intensificação da globalização econômica — os organismos supranacionais vêm reiterando o direito ao trabalho digno como um dos pilares fundamentais do comércio internacional e da paz social. Nesse diapasão, a OIT editou em 2008 a Declaração sobre Justiça Social para uma Globalização Equitativa reiterando que “o trabalho não é uma mercadoria e que a pobreza, onde houver, constitui um perigo para a prosperidade de todos” e destacando que os Estados-membros deverão “promover o emprego criando um entorno institucional e econômico sustentável” de modo a assegurar aos seus cidadãos “condições de trabalho que preservem a saúde e segurança dos trabalhadores”,

bem assim “as possibilidades para todos de uma participação equitativa em matéria de salários e benefícios, de jornada e outras condições de trabalho, e um salário mínimo vital para todos aqueles que têm um emprego e precisam desse tipo de proteção”.

De igual modo, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas em setembro de 2015 estabeleceu dentre seus elementos centrais: (i) a promoção do emprego de qualidade, (ii) o respeito às normas internacionais do trabalho, em especial os princípios e direitos fundamentais, (iii) a proteção social e (iv) o diálogo social.

Vê-se, portanto, que os diplomas internacionais ratificados pelo Brasil no plano do direito internacional — e que, recorde-se, possuem hierarquia supralegal — partilham dos mesmos elementos axiológicos de cunho social a caracterizar a *fórmula política* subjacente à Constituição Federal de 1988.

Diante de tais considerações, observa-se de plano que a fórmula política a conferir identidade à Constituição Federal de 1988 é marcada por um intenso tônus solidarizante, caracterizado pelo fato de ser a atual Lei Maior uma carta dirigente a expressar em seus dispositivos as preocupações do legislador constituinte com a efetiva redemocratização do País não apenas em relação aos aspectos inerentes à participação política e à livre manifestação da consciência, mas também — e principalmente —, à superação das desigualdades econômicas e sociais que inviabilizam o exercício pleno da cidadania e o acesso às necessidades elementares.

E tal fórmula política de cariz nitidamente solidarizante concebe o trabalho humano tutelado na forma do art. 7º, *caput*, da Carta Magna, como um valor social indispensável não só à concretização da dignidade humana, como também à construção da “*sociedade livre, justa e democrática*”, à erradicação “*da pobreza e da marginalização*”, à redução das

“*desigualdades sociais e regionais*”, bem como à promoção “*do bem de todos*”, vislumbrados pelos arts. 1º e 3º, da Constituição Federal.

Para a consecução de tal desiderato, o padrão para a prestação de trabalho pressuposto pela fórmula política subjacente à Constituição Federal de 1988 consiste, justamente, na relação de emprego com as garantias a ela subjacentes, de modo que as demais formas de prestação de labor, tais como o trabalho autônomo, configuram modalidades admitidas a título de exceção, exatamente naquelas situações peculiares onde os requisitos objetivos conformadores do vínculo empregatício não se fazem presentes.

3. Das condicionantes decorrentes da fórmula política da Constituição Federal de 1988 para a interpretação da legislação ordinária

Constatada a nitidez de contornos da fórmula política solidarizante a caracterizar a Constituição Federal de 1988, especialmente no que concerne à relação entre os fins sociais por ela colimados e a tutela do trabalho humano, faz-se mister delimitar os vetores interpretativos que dela emanam no sentido de condicionar o conteúdo e o alcance dos dispositivos infraconstitucionais.

Com efeito, sendo a legislação infraconstitucional, segundo o constitucionalismo contemporâneo, um instrumento destinado à concretização dos fins políticos, dos objetivos institucionais e dos direitos fundamentais previstos nas constituições, deve o legislador ordinário elaborá-la em estrita observância ao conteúdo institucional emanado dos princípios consagrados na lei maior e ao escopo de regulamentação por eles delimitado.

Por outro lado, o conteúdo histórico-institucional subjacente aos dispositivos constitucionais (p. ex: separação de poderes, direito ao trabalho digno, direito à liberdade sindical etc.) condicionará a atuação do intérprete quando da definição, em concreto, acerca do sentido e

do alcance inerentes às leis ordinárias elaboradas no intuito de promover a concretização de tais postulados de hierarquia superior.

É exatamente nesse sentido que a fórmula política a caracterizar a Constituição Federal impõe ao intérprete do direito infraconstitucional a tarefa de buscar, em seus traços distintivos, o conteúdo a ser conferido às leis ordinárias, dentro dos limites conceituais estabelecidos pela própria fórmula política (USERA, 1998, p. 292-298).

No caso específico das normas infraconstitucionais que, tal como a Lei n. 13.467/17, buscam configurar elementos inerentes à ordem econômica e, nesse diapasão, estabelecer condições para o desempenho do trabalho humano, é evidente que o sentido e o alcance dos conceitos jurídicos nelas formulados deverão ser buscados sob o norte dos elementos a integrarem a fórmula política que confere identidade à Constituição Federal de 1988 (CANOTILHO, 2001, p. 406).

Justamente por tal razão, o significado dos dispositivos infraconstitucionais ora mencionados, a ser perquirido através do labor interpretativo, somente estará em conformidade com a fórmula política inerente à Constituição Federal de 1988 se sua acepção for capaz de conferir concretude ao primado da proteção do trabalhador, no sentido de se possibilitar aos obreiros: (i) o atendimento às suas necessidades materiais elementares, (ii) o desempenho pleno da cidadania nas esferas econômica e social, (iii) um ambiente laboral adequado e sadio, (iv) a fixação de jornadas diárias aptas a conciliar o desempenho do labor com o convívio familiar e com o lazer, bem como (v) a salvaguarda da esfera relacionada à sua personalidade, sem o que não será possível promover, na linha do que preconizam os arts. 1º e 3º, da Carta Magna, a construção da “*sociedade livre, justa e democrática*”, a erradicação “*da pobreza e da marginalização*”, a redução das “*desigualdades sociais e regionais*”, a promoção “*do bem de todos*” e os próprios princípios da

“*dignidade humana*”, da “*livre-iniciativa*” e da “*isonomia*” (DRAY, 2015, p. 551-552).

Do contrário, estar-se-ia a possibilitar ao legislador ordinário não apenas a redefinição conceitual de elementos nucleares da ordem econômica e da prestação do trabalho humano em termos dissonantes daqueles constantes dos arts. 7º, *caput*, e 170 da Constituição Federal, como também a própria descaracterização em concreto da fórmula política assumida pela Carta Magna, em nítida “*usurpação do conteúdo normativo-constitucional por um conteúdo legislativo apócrifo*”, na acepção formulada por Canotilho (CANOTILHO, 2001, p. 406).

Dito isto, resta evidente que o art. 442-B da CLT, com redação conferida pela Lei n. 13.467/17, a pretender a generalização do contrato de prestação de serviços sob o regime de autônomo, deve ter seu sentido e alcance plasmado por aquele conteúdo a configurar, como visto, a fórmula política de tonalidade precipuamente solidarizante a caracterizar a Constituição Federal de 1988.

Por isso mesmo, caberá aos intérpretes dos referidos dispositivos, por imposição emanada da própria Carta Magna, lançar mão das técnicas hermenêuticas que se apresentam como disponíveis com vistas a viabilizar a subsistência daqueles preceitos legais no ordenamento jurídico em conformidade com a Constituição Federal.

4. A interpretação do novel art. 442-B da CLT à luz da fórmula política da Constituição Federal de 1988

Ao contrário do que sucedeu em outros ordenamentos jurídicos — como o italiano e o espanhol, por exemplo — em que a definição legal do trabalhador autônomo levou em consideração a possível existência de dependência técnica e econômica deste último para com os tomadores de serviços, de modo a lhes estender certas garantias características dos contratos de trabalho típicos, como sucede com os chamados parassubordinados, o novel art. 442-B da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/17,

limitou-se a permitir, em sua literalidade, a ampla e irrestrita contratação de autônomos, sem a extensão de qualquer direito titularizado pelos empregados, desde que preenchidos os requisitos formais para tanto (RAMALHO, 2014, p. 86).

De fato, uma primeira e perfunctória leitura do art. 442-B poderia conduzir o intérprete à errônea conclusão no sentido de que a parte pretensamente tomadora de serviços teria ao seu alcance a ampla e irrestrita possibilidade de arregimentar trabalhadores formalmente definidos como autônomos, de modo a afastar, em absoluto, o enquadramento destes últimos no conceito jurídico de empregado, a constar do ainda vigente art. 3º da CLT, bastando, para tanto, o preenchimento dos requisitos formais exigidos nos arts. 593 a 609 do Código Civil nos respectivos contratos de prestação de serviços.⁽¹⁾

No entanto, a adoção de tal posicionamento não pode ser um dado a decorrer automaticamente do referido art. 442-B da CLT, com redação conferida pela Lei n. 13.467/17, uma vez que a Constituição Federal impõe para a compreensão plena dos dispositivos infraconstitucionais, como visto, uma série de condicionantes interpretativas que integram sua fórmula política e que deverá ser levada em conta para a definição do sentido e do alcance dos enunciados a integrarem o ordenamento jurídico pátrio (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 457).

Sendo assim, cumpre-nos indagar qual seria a interpretação constitucionalmente admissível do novel art. 442-B da CLT, tendo em vista as diretrizes solidarizantes a caracterizarem a fórmula política da Carta Magna. Dito em outros termos, pretende-se averiguar em que medida a Constituição Federal de 1988 orienta a conformação do trabalho autônomo em coexistência com o vínculo empregatício.

(1) CLT, art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Conforme viu-se alhures, não se pode inferir da fórmula política a conferir identidade à Constituição Federal de 1988 qualquer elemento — mínimo que seja — a denotar a possibilidade de generalização do trabalho autônomo na ordem econômica conformada em seu art. 170, com remissão aos arts. 7º, 1º e 3º do texto magno.

Pelo contrário, o conteúdo histórico-institucional inerente ao direito ao trabalho digno e ao princípio da proteção dos trabalhadores, por ela assimilados, pressupõe o vínculo empregatício como o padrão a ser observado pelo setor privado na arregimentação de mão de obra, justamente porque as garantias jurídicas a ele inerentes retiram do campo da disponibilidade das partes — isto é, da autonomia privada —, aqueles elementos sensíveis a integrarem as esferas da personalidade e da integridade psicofísica dos trabalhadores enquanto indivíduos e que são representados, justamente, pelos direitos à subsistência, à duração do trabalho, às férias, à licença-maternidade, à proteção em face das condições de trabalho insalubres, perigosas e penosas, dentre outros.

Por isso mesmo, resulta claro que a interpretação constitucionalmente adequada do novel art. 442-B da CLT não se coaduna com a leitura a permitir a irrestrita contratação de trabalhadores autônomos com ou sem exclusividade e continuidade por parte dos tomadores de serviços, conquanto preenchidos os requisitos formais inerentes aos contratos de prestação de serviços.

Em sentido diametralmente oposto, os princípios da dignidade humana, da proteção do trabalhador e da função social da empresa elencados nos arts. 1º, IV, 7º, *caput* e inciso I e 170, da Constituição Federal — a integrarem o núcleo solidarizante da fórmula política a caracterizar a Carta Magna pátria — impõem diretamente ao intérprete do art. 442-B da CLT, com redação conferida pela Lei n. 13.467/17, a adoção de postura restritiva no que concerne à aplicação da regra constante do referido dispositivo legal.

Desse modo, a única interpretação constitucionalmente adequada passível de ser conferida ao art. 442-B da CLT é aquela que possibilita a contratação de trabalhadores autônomos sem a formação de vínculo empregatício tão somente naquelas situações concretas em que o requisito concernente à subordinação jurídica não se faz presente, ou seja, nos casos em que: (i) os indivíduos contratados são eles próprios os responsáveis pela organização de seus insumos e dos métodos de produção a serem utilizados, (ii) assumem os riscos inerentes à sua atividade econômica, (iii) auferem para si, efetivamente, os dividendos resultantes desta última, e (iii) não se inserem na estrutura hierárquica e produtiva do tomador de serviços (MELGAR; JIMÉNEZ, 2007, p. 82-85).

O verdadeiro autônomo passível de ser contratado na forma do novel art. 442-B da CLT é, portanto, aquele que detém, efetivamente, os meios de produção necessários à realização de suas atividades e que organiza, de forma discricionária, os insumos e a metodologia necessários à prestação dos serviços. É ele, enfim, o indivíduo que não está vinculado à estrutura diretiva, disciplinar, econômica e técnica de uma ou mais empresas e que possui, por isso mesmo, margem preponderante de liberdade para negociar preços e condições com seus clientes (GONÇALVES, 2012, p. 186-187).

Pode-se dizer, nesse sentido, que o verdadeiro autônomo reúne, sob a condição de prestador de serviços, a essência da definição utilizada pelo art. 966 do Código Civil para a configuração do empresário, mesmo sem sê-lo formalmente. Com efeito, o conceito legal em referência pressupõe, justamente, as condições elementares para a livre-iniciativa de atuação no mercado, quais sejam: (i) a independência na organização e a sistematização dos fatores técnicos e materiais de produção e (ii) a circulação de bens e serviços por intermédio da realização de uma efetiva atividade econômica, com a correspondente geração de resultados financeiros para o indivíduo em questão e não

para os pretensos tomadores de serviços (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2014, p. 8).

Ou seja, para poder ser considerado efetivamente um trabalhador autônomo, portador pleno de livre-iniciativa no mercado, o indivíduo em questão deverá desempenhar seus misteres de modo a reunir, em certa medida, as condições fáticas descritas no art. 966 do Código Civil para a caracterização da figura do empresário. Nesse sentido, deverá ele próprio ter o domínio da organização de sua atividade econômica e buscar, com ela, a produção e a circulação de bens e serviços com vistas à aferição de lucros para si, e não de simples contraprestação por seus serviços.

Caso a hipótese em concreto não reúna tais pressupostos, mesmo sob a égide da Lei n. 13.467/17, abrir-se-á para o intérprete a possibilidade de averiguar a existência fática de um efetivo vínculo empregatício entre o pretense autônomo e seu suposto tomador de serviços, nos moldes do ainda vigente art. 3º da CLT, a depender, principalmente, do grau de subordinação a permear aquele primeiro e este último, ao lado dos demais requisitos concernentes à pessoalidade, à não-eventualidade e à onerosidade (BARROS, 2012, p. 825).

Deve-se ter em vista, nesse diapasão, que a análise acerca da presença ou não da subordinação é exatamente o fator que permitirá aferir, em concreto, a distinção entre a condição de autônomo e a de empregado, pois os demais requisitos (onerosidade, não-eventualidade e pessoalidade) podem se fazer presentes tanto para aqueles primeiros, quanto para estes últimos. Nesse sentido, se o indivíduo estiver inserido na estrutura da empresa sem poder exercer de modo efetivo a direção, o planejamento e a organização das condições concernentes ao seu trabalho (vg: carga horária, metodologia, gestão de riscos, insumos etc.), será ele efetivamente um trabalhador empregado, pois lhe faltará, exatamente, a livre-iniciativa mercadológica e organizacional a caracterizar o autônomo, independentemente da

nomenclatura e das formalidades a constarem de seu contrato (SUPIOT, 1994, p. 123-124).

Ter-se-á configurada, nessa hipótese, a figura da subordinação jurídica caracterizada pela submissão do trabalhador à organização dos fatores de produção e da formatação do trabalho estabelecidos pelo empregador e pelo dever de obediência (efetivo ou potencial), por parte do obreiro, às diretrizes técnicas, disciplinares e estruturais emanadas daquele em decorrência de seu poder diretivo (DELGADO, 2005, p. 302).

Note-se, a propósito, em caráter complementar às assertivas até então formuladas, que o próprio art. 593 do Código Civil deixa assente em sua redação que somente “a prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas” será regida pelo capítulo destinado ao trabalho autônomo. Sendo assim, mesmo após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/17, se a formulação de um contrato de “prestação de serviços” estiver a mascarar uma efetiva relação de trabalho subordinado, poderá (e deverá) o intérprete desconsiderar o invólucro formal a revestir a avença e reconhecer, em concreto, o vínculo empregatício com arrimo nos ainda vigentes arts. 3º e 9º da CLT (MELLO FILHO; DUTRA, 2013, p. 231-243).

Diante de tudo o que foi exposto até então, pode-se afirmar de maneira inequívoca que a única leitura do novel art. 442-B da CLT compatível com a fórmula política inerente à Constituição Federal de 1988 é aquela a permitir a contratação do trabalhador autônomo com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, somente nas hipóteses em que as nuances do caso concreto não estejam eivadas de indícios a apontarem ocorrência de subordinação jurídica entre os pretensos tomadores e prestadores de serviços, sob pena de enquadramento do obreiro na condição de empregado delineada objetivamente no art. 3º da CLT.

Trata-se, portanto, de acrescentar ao âmbito normativo do art. 442-B da CLT, com redação carreada pela Lei n. 13.467/17, um sentido que

muito embora não esteja expresso em seu texto legal, a ele subjaz por incidência, justamente, da fórmula política a conferir identidade ao arcabouço constitucional pátrio, em arranjo hermenêutico similar à técnica da sentença modificativa aditiva, desenvolvida no âmbito da jurisdição constitucional italiana e aplicada pelo Supremo Tribunal Federal (DE LA VEGA, 2003, p. 245).

A tempo, tal técnica tem lugar quando a leitura inicial de determinado dispositivo pode conduzir a uma interpretação que não guarda consonância com os postulados constitucionais a ele subjacentes ou não lhes confere plena eficácia. Diante disso, o intérprete procede à rejeição desse sentido incompatível com a Constituição, acrescentando outro mais consentâneo com os princípios da Carta Magna e, por isso mesmo, imposto por estes últimos (PIZZORUSSO, 1984, p. 342).

Por isso mesmo, a exegese do novel art. 442-B da CLT, ao mesmo tempo que deve excluir a leitura perfunctória a permitir toda e qualquer forma de contratação autônoma mediante a singela formatação de contrato escrito por agentes capazes e com objeto lícito, deve acrescentar-lhe a ressalva a propalar a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício entre os pretensos prestadores e tomadores de serviços quando presentes os requisitos delineados no art. 3º da CLT, com especial destaque para a subordinação jurídica.

5. Conclusão

O cotejo entre a Lei n. 13.647/2017 e a fórmula política da Constituição Federal de 1988 revela o confronto entre duas propostas completamente distintas. De um lado, a busca de ganho de competitividade do País no mercado internacional por intermédio da redução dos custos com mão de obra e, de outro, a concepção do trabalho humano não como uma singela mercadoria, mas como um valor social inerente à dignidade humana e essencial para a construção da “*sociedade livre, justa e solidária*”, para a erradicação “da pobreza

e da marginalização”, e para a redução das “desigualdades sociais e regionais” almejadas no art. 3º da Carta Magna como os objetivos precípuos da República por ela fundada.

Nesse contexto, a pauta de intenções subjacente à Lei n. 13.647/2017 pode até fazer certo sentido à luz dos mecanismos propalados pelo ideário neoliberal que justificam o *law shopping* e o *dumping social*, mas de forma alguma se mostra compatível com os vetores normativos e interpretativos de cariz solidarizante emanados da Constituição Federal e muito menos com a diretriz nuclear expressa pela Declaração da Filadélfia da OIT, a propalar que “o trabalho não é uma mercadoria”, que integra o escopo axiológico dos dispositivos internacionais ratificados pelo Brasil em matéria trabalhista.

E como os enunciados normativos a manifestarem a fórmula política da Constituição Federal consistem no parâmetro interpretativo de hierarquia superior a pautarem a compreensão de todo o ordenamento jurídico pátrio, serão eles – e não as justificativas pragmáticas de ocasião – que deverão ser observados pelos intérpretes quando da aplicação em concreto da legislação ordinária e da consequente definição do sentido e do alcance a ser-lhe conferido.

Assim, o regime do trabalho autônomo a constar do novel art. 442-B da CLT, com redação conferida pela Lei n. 13.647/2017, não pode em hipótese alguma ser compreendido como um mecanismo de generalização daquela forma de arregimentação de mão de obra, mas sim como uma possibilidade restrita às situações em que os elementos formadores do vínculo empregatício, com especial destaque para a subordinação jurídica, não se façam presentes.

Convém recordar, nesse particular, que a relação de emprego constitui, à luz dos elementos conformadores da fórmula política da Carta Magna pátria, a modalidade preferencial de contratação do trabalho humano, haja vista, justamente, a maior amplitude inerente às

garantias sociais que a ela subjazem e, consequentemente, a maior tutela por ela conferida à personalidade e à integridade psicofísica dos trabalhadores.

Por isso mesmo, pode-se afirmar, nesse diapasão, que as diretrizes solidarizantes inerentes à fórmula política da Constituição Federal de 1988 não limitam apenas o escopo interpretativo a ser conferido à contratação dos autônomos descrita no novel art. 442-B da CLT, podendo — e devendo —, para além disso, orientar a compreensão dos dispositivos da Lei n. 13.467/17 a carreamem as demais modalidades de arregimentação precária de mão de obra, tais como terceirização de atividades-fim, os contratos a tempo parcial e os contratos temporários, de modo a viabilizar, em concreto, o reconhecimento dos vínculos empregatícios quando presentes os requisitos constantes do art. 3º da CLT.

6. Referências bibliográficas

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *El particularismo del derecho del trabajo y los derechos humanos laborales*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2014.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL: PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. *Parecer apresentado nos autos do RE n. 713.211/MG*. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/11/Parecer-PGR-Terceiriza%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 54/DF. RELATOR: Min. Marco Aurélio. Plenário. DJ: 30.4.2013.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 641.320/RS. RELATOR: Min. Gilmar Mendes. Plenário. DJ: 29.7.2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

- DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo Derecho mexicano del Trabajo*. Tomo. II. 14. ed. México: Porrúa, 2006.
- DE LA VEGA, Augusto Martín. *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da proteção do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2015.
- GASPAR, Danilo Gonçalves. *Subordinação potencial: encontrando o verdadeiro sentido da subordinação jurídica*. São Paulo: LTr, 2016.
- GONÇALVES, Leandro Krebs. Autônomo. In: SCHWARTZ, Rodrigo Garcia. *Dicionário de direito do trabalho, de direito processual do trabalho e de direito previdenciário aplicado ao direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade*. Função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LYON-CAEN et alii. *Droit du Travail*. 19. ed. Paris: Dalloz, 1998.
- MARTÍN, Carlos de Cabo. *Teoría constitucional de la solidaridad*. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales*. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III / Boletín Oficial Del Estado, 1995.
- MELGAR, Alfredo Montoya; JIMÉNEZ, Rodrigo Martín. *Estatuto del trabajo autónomo*. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de julio. Madrid: Civitas, 2007.
- MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; DUTRA, Renata Queiroz. Contrato de locação de serviços, contrato de prestação de serviços e contrato de trabalho. Um retorno às origens? In: TEPEDINO, Gustavo et alii. *Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MOSCA, Gaetano. *Sulla teoria dei governi*. Milano: Istituto Editoriale Scientifico, 1925.
- PIZZORUSSO, Alessandro. Trad: LLORENTE, Francisco Rubio. *Lecciones de derecho constitucional*. Tomo II. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho*. Parte II – situações laborais individuais. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de Direito do Trabalho aplicado*. Volume 1. Parte geral. 3. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional*. Teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SUPIOT, Alain. *Critique du droit du travail*. Paris: PUF, 1994.
- _____. Trad: TERRÉ, Jordi. *El Espíritu de Fildelfia*. La justicia social frente al mercado total. Barcelona: Península, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- USERA, Raúl Canosa. *Interpretación constitucional y formula política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1981.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretación constitucional*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

A reforma trabalhista e o novo regime jurídico do teletrabalho no Brasil

Raphael Miziara^(*)

Resumo:

- A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, intitulada de Reforma Trabalhista, além de vários outros aspectos ligados às relações laborais e ao processo do trabalho, estabeleceu de forma inédita no Brasil as bases legais para o teletrabalho, espécie de trabalho a distância. Em que pese a insuficiência normativa trazida pela novel legislação, pode-se afirmar que a Lei trouxe maior segurança jurídica e previsibilidade quanto ao tema. Por certo, lacunas existem, mas, a Lei posta precisa ser interpretada pragmaticamente para que o intérprete possa desvelar seu verdadeiro sentido e alcance. Nesse desiderato, o presente trabalho procura traçar linhas interpretativas relacionadas aos temas objetos de regulação normativa, dentre os quais podem-se destacar os elementos caracterizadores do teletrabalho, suas formalidades contratuais, a questão a alteração do contrato de trabalho, a responsabilidade pelos custos da infraestrutura do trabalho remoto e, por fim, os aspectos relacionados à duração do trabalho e do meio ambiente do trabalho do teletrabalhador.

Palavras-chave:

- Teletrabalho — Regulamentação no Brasil — Reforma trabalhista.

Abstract:

- Law number 13.467, July 13, 2017, entitled Labor Reform, in addition to several other aspects related to labor relations and the labor process, established in Brazil the legal basis for teleworking, a type of work at a distance. In spite of the normative insufficiency brought by the novel legislation, it can be affirmed that the Law brought greater legal certainty and predictability on the subject. Of course, there are gaps, but the approved law needs to be interpreted pragmatically so that the interpreter can unveil its true meaning and scope. In this desideratum, the present paper seeks to draw up interpretative lines related to the subjects of normative regulation, among which we can highlight the elements that characterize teleworking, its contractual formalities, the question of the alteration of the work contract, the responsibility for the costs of the infrastructure of the remote work, and, finally, the aspects related to the duration of work and the environment of the work of the teleworker.

(*) Advogado. Mestrando em direito do trabalho e das relações sociais pela UDF. Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito, bem como em

cursos preparatórios para concursos públicos. Autor de livros e artigos na área juslaboral. Editor do site: <www.ostrabalhistas.com.br>.

Key-words:

- ▶ Teleworking — Regulation in Brazil — Labor law reform.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Conceito e elementos caracterizadores do teletrabalho
- ▶ 3. Formalidades contratuais
- ▶ 4. Alterações do contrato de trabalho
- ▶ 5. Responsabilidade pelos custos da infraestrutura do trabalho remoto
- ▶ 6. A duração do trabalho
- ▶ 7. Meio ambiente do trabalho do teletrabalhador
- ▶ 8. Considerações finais
- ▶ 9. Referências bibliográficas

1. Introdução

No dia 11 de novembro de 2017 entrou em vigor a Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista) que, dentre outros significantes aspectos, incluiu no Título II da CLT (Das Normas Gerais de Tutela do Trabalho) o Capítulo II-A, para consagrar o regime jurídico do teletrabalho no Brasil.

Com isso, com a novel legislação, a prestação de serviços em regime de teletrabalho no país observará o disposto no Capítulo II-A da CLT, conforme disposição expressa constante do art. 75-A da CLT.

Nesse cenário, este trabalho pretende fazer a análise do texto legal com o desiderato de trazer à lume o verdadeiro sentido e alcance por detrás das linhas postas pelo legislador.

Inicialmente, enfrentar-se-á o conceito de teletrabalho no país, bem como seus elementos caracterizadores. Em prosseguimento, far-se-á a análise dos requisitos formais do contrato de teletrabalho, bem como das possibilidades de alteração do pactuado no curso do contrato.

Por fim, o presente trabalho enfrentará a questão da responsabilidade pelas despesas de instalação e manutenção dos equipamentos necessários ao desenvolvimento do trabalho, bem como dos aspectos atinentes ao meio

ambiente do trabalho e da duração do trabalho do teletrabalhador.

2. Conceito e elementos caracterizadores do teletrabalho

A Lei n. 13.467 de 2017 traz o conceito de teletrabalho no *caput* do art. 75-B. Segundo o novel regramento, considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo (art. 75-B, da CLT).

Para conceituar o teletrabalho, o legislador reformista encontrou inspiração no art. 165 do Código do Trabalho português que, em disposição muito semelhante, considera “*teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação*”.⁽¹⁾

Do dispositivo legal extraem-se pelo menos dois elementos caracterizadores do teletrabalho

(1) Não só desse artigo se valeu a parca criatividade do legislador brasileiro, mas de quase todo o regime telelaboral português, conforme se extrai do cotejo entre o texto celetista e os arts. 165 a 171 do Código do Trabalho de Portugal.

sem os quais fica afastado o enquadramento legal da situação fática, quais sejam, (i) que a prestação de serviços ocorra *preponderantemente* fora das dependências do empregador; e (ii) que a utilização das tecnologias de informação e de comunicação não constitua a relação como trabalho externo.

Observa-se, com isso, que o teletrabalho corresponde a uma forma de trabalho cuja especificidade decorre da conjugação de um *fator geográfico*, qual seja, a separação espacial entre o empregado e as instalações da empresa; e de um *fator funcional*, a saber, o tipo de prestação laboral desenvolvida, que passa pelo recurso a tecnologias de informação e de comunicação entre o teletrabalhador e o credor de sua prestação.⁽²⁾ Logo, nem todo trabalho em domicílio é considerado teletrabalho, pois afigura-se indispensável a utilização de tecnologias de informação e de comunicação.

Ainda, é importante notar que a Lei faz distinção entre o trabalhador externo e o teletrabalhador. Ambos são trabalhadores à distância⁽³⁾, mas, o externo, como o próprio

nome indica, é o que trabalha externamente e geralmente não possui um local fixo para exercer suas atividades. Como exemplo pode-se mencionar o vendedor externo, o motorista, o trocador, os ajudantes de viagem, dentre outros.⁽⁴⁾

Por sua vez, o teletrabalhador geralmente possui um local fixo para exercer suas atividades. Pode ser, por exemplo, uma cafeteria, uma *lan house*, seu próprio domicílio, dentre outros locais. Assim, exercem suas atividades, na maior parte do tempo — *preponderantemente* —, fora das dependências do empregador, mas sem a necessidade de se locomover para o exercício de suas atribuições, como ocorre com os trabalhadores externos.

O que importa é que o tempo preponderante (na maior parte do tempo) de trabalho ocorra fora das dependências do empregador. Se isso não ocorrer, restará descaracterizado o regime de teletrabalho, com a inclusão do trabalhador no capítulo de duração do trabalho.

Igualmente, existem também diferenças entre o teletrabalho e o trabalho a domicílio, entendido como “o executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere” (art. 83 da CLT).

Como se vê, ambos são trabalho à distância e nisso se assemelham, mas, existe uma peculiaridade que os diferencia. Especificamente quanto ao teletrabalho, o labor é feito com a utilização de meios tecnológicos e eletrônicos.⁽⁵⁾

Vale registrar que o comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho, conforme previsto no parágrafo único do art. 75-B.

(2) RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho: situações laborais individuais*. Parte II. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 337.

(3) Na OIT, o tema teletrabalho, admitido como espécie do gênero “trabalho à distância”, é normatizado pela Convenção n. 177, de 1996 (não ratificada pelo Brasil), sobre trabalho a domicílio e pela Recomendação n. 184. Em linhas gerais, segundo Túlio de Oliveira Massoni, as diretrizes desta Convenção são as seguintes: “— a expressão ‘trabalho a domicílio’ significa o trabalho realizado no próprio domicílio do trabalhador, ou em outro local, em troca de remuneração, com o fim de elaborar produto ou serviço conforme especificações do empregador, independentemente de quem proporcione os equipamentos e materiais utilizados para a prestação (art. 1º); — deve haver igualdade de tratamento com os outros empregados com respeito à remuneração, aos direitos previdenciários, idade mínima de admissão e proteção à maternidade (art. 4º); — quando for permitida a terceirização no trabalho a domicílio as responsabilidades dos tomadores de serviços e intermediadores serão fixadas conforme a legislação e jurisprudência nacionais do país (art. 8º)” (MASSONI, Túlio de Oliveira. Aplicação das leis trabalhistas no teletrabalho. *Revista Consultor Jurídico*, 1º set. 2011).

(4) MELO, Geraldo Magela. *O teletrabalho na nova CLT*. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>>.

(5) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Teletrabalho carece de legislação para garantir o direito à desconexão. *Revista Consultor Jurídico*, 15 jun. 2016.

Fato é que a presença esporádica do empregado no estabelecimento empresarial para reuniões, *meetings* ou qualquer outra atividade específica, o que é absolutamente comum, não é fator que enseja a descaracterização do teletrabalho.

Interessante notar que a previsão da Reforma se assemelha muito com a definição de teletrabalho do Código do Trabalho Português, segundo o qual considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, *habitualmente* fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação (art. 165).

Portanto, pode-se afirmar que, no Brasil, o teletrabalho possui as seguintes características: *a*) prestação de serviços preponderantemente (mais da metade do tempo) fora das dependências do empregador; *b*) utilização de tecnologias de informação e de comunicação; *c*) exercício de suas atribuições deve se dar sem necessidade de constante locomoção, sob pena de configurar-se como trabalhador externo.

3. Formalidades contratuais

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 (art. 75-C, da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017).

Com isso, pode-se afirmar que o contrato de trabalho do teletrabalhador somente poderá ser ajustado por escrito, pois o dispositivo fala que a condição de teletrabalhador deverá “constar expressamente” e, ainda, “especificar as atividades”.

Não se nega que o contrato verbal também pode ser expresso e especificar as atividades que serão realizadas. No entanto, aqui parece que a intenção do legislador foi a de exigir contrato escrito nesse sentido. Ademais, o § 1º fala em “aditivo” contratual, o que é mais utilizado para contratos escritos.

Outrossim, o contrato individual de trabalho do teletrabalhador deve trazer em seu

bojo a especificação das atividades que serão realizadas pelo empregado. Especificar um serviço é enumerar, discriminar e pormenorizar as tarefas atinentes a função, de modo a que o trabalhador não tenha nenhuma dúvida de quais tarefas ele desempenhará em favor do empregador.

A finalidade da Lei, ao mencionar que os serviços devem ser especificados, foi evitar a utilização indiscriminada dos trabalhadores em atividades genéricas. É preciso especificar a exata dimensão das tarefas a serem desempenhadas.

Se qualquer das formalidades for descumprida restará descaracterizado o regime de teletrabalho com a consequente inclusão do trabalhador na disciplina normal de duração do trabalho.

4. Alterações do contrato de trabalho

No tocante à alteração do contrato de trabalho, o art. 75-C, § 1º, da CLT afirma que poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

De outro flanco, nos termos do § 2º do mesmo artigo, poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Como se nota, exige-se o mútuo acordo entre as partes apenas para a situação na qual a alteração disser respeito ao trabalho originalmente prestado em regime presencial. Já a situação inversa — teletrabalho para presencial — será efetivada mera determinação do empregador, independentemente da aquiescência do empregado.

No segundo caso, embora não se exija o acordo de vontade, garante-se ao empregado um prazo de transição mínimo de quinze dias, de modo que a mudança não poderá ocorrer de forma abrupta.

Em ambas as hipóteses se exige o correspondente registro da alteração em aditivo contratual.

5. Responsabilidade pelos custos da infraestrutura do trabalho remoto

Especificamente sobre as despesas com aquisição ou manutenção dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária ao trabalho, assim dispõe o *caput* do art. 75-D da CLT, com a redação dada pela reforma:

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

As primeiras vozes que se propuseram a comentar o art. 75-D da CLT afirmaram que, com a reforma, empregador poderá transferir ao empregado o custo da manutenção do seu local de trabalho (energia elétrica, mobiliário, equipamentos eletrônicos da residência do trabalhador)⁽⁶⁾. No entanto, essa não parece ser a correta ou melhor interpretação. Não é essa a norma por detrás do texto legal, como adiante se demonstrará.

Com efeito, o *caput* do dispositivo diz que ***“as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito”***.

O que se extrai do texto é que, obrigatoriamente, as disposições relativas ao reembolso deverão estar previstas em contrato escrito. Para chegar a essa conclusão, basta que se faça um corte textual com as palavras em destaque: ***“as disposições relativas ao reembolso de despesas***

arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito”.

Ora, está expresso no texto que o contrato deverá prever a forma como o reembolso das despesas será efetivado. Por consectário lógico, obviamente, essas mesmas despesas deverão sempre ser reembolsadas, por imperativo legal.

Em verdade, o que o contrato deverá prever são quais serão as regras no tocante a responsabilidade pela aquisição (quem vai ser o responsável por comprar, se o empregador ou o empregado), manutenção (o empregado ou o empregador dará a devida manutenção nos equipamentos) ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos (do mesmo modo, quem irá fornecer, empregado ou empregador) e, por fim, da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto.

Fato é que, se a compra for efetivada pelo empregado, obrigatoriamente o reembolso deverá ocorrer na forma prevista no contrato (prazo para reembolso, forma de reembolso etc.). No entanto, há pelo menos uma hipótese na qual o empregado, ao fim e ao cabo, custeará parte dos equipamentos e infraestrutura, qual seja, quando aquelas despesas já forem despesas ordinárias do cotidiano do empregado.

Por exemplo, se ele já for o dono do computador e já arcar com os custos de internet. Trata-se de despesa ordinária do empregado. Do mesmo modo, se o empregado ordinariamente já possui a infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto ele não deverá ser reembolsado por nada, pois se trata de despesa ordinária. Essa mesma lógica já vinha sendo seguida por alguns ministros do TST no tocante às despesas com lavagem de uniforme.⁽⁷⁾

(6) VALÉRIO, Juliana Herek. *Reforma trabalhista: retrocesso em 20 pontos*. Jota: 26 abr. 2017, 09h34. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/reforma-trabalhista-retrocesso-em-20-pontos-26042017>>.

(7) “Ordinariamente, a higienização do próprio uniforme não implica cuidados especiais e isso não obriga o obreiro a realizar despesas além daquelas que usualmente realizaria para o asseio de suas próprias peças de vestuário, o que afasta a alegação de transferência dos riscos do empreendimento ao trabalhador. Nessa diretriz, a indenização pelas despesas na lavagem do uniforme somente será devida

Pode-se, inclusive, falar-se em aplicação analógica do art. 456-A, parágrafo único, da CLT, pelo qual a higienização do uniforme é de responsabilidade do trabalhador, *salvo nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum*.

Logo, se o empregador exigir uma máquina especial ou uma conexão mais potente ou, até mesmo, outros custos com a infraestrutura como condição necessária ao trabalho, deverá arcar com os custos correspondentes. Por exemplo, se o empregado possui um computador que, depois de contratado, se revelar insuficiente para as funções (lentidão excessiva, baixa memória etc.), caso o empregador exija nova máquina, deverá custeá-la, exatamente por se tratar de despesa extraordinária.

Da mesma forma, exigências empresariais quanto a determinadas especificações de infraestrutura (como velocidade de internet) deverão ser por ela custeadas, caso ultrapasse o ordinário para aquela determinada região.

Portanto, a existência de qualquer gasto extraordinário com equipamentos tecnológicos, infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto e com despesas

quando o trabalho executado pelo empregado exigir o uso de roupas impecavelmente higienizadas, que demandam uma lavagem especial, situação na qual são ultrapassados os gastos que teriam com a lavagem de roupas normais. Por fim, a tarefa de lavagem de uniformes, aí incluído o tempo de dedicação e os gastos inerentes, não é de responsabilidade do empregador, mas do próprio empregado, como um verdadeiro dever de colaboração decorrente da sua boa-fé no contrato de trabalho (art. 422, CC)". Esses foram os argumentos colacionados nos votos vencidos dos Ministros Guilherme Caputo Bastos, relatores, Ives Gandra Martins Filho, Márcio Eurico Vitral Amaro e Cláudio Mascarenhas Brandão, que davam provimento aos embargos para julgar improcedente o pedido de ressarcimento das despesas com a lavagem do fardamento, ao fundamento de que a higienização ordinária de uniformes não causa prejuízo indenizável, nem transfere os riscos do empreendimento ao empregado. (E-RR-12-47.2012.5.04.0522, redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 12.3.2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 3.11.2015).

arcadas pelo empregado que ultrapasse o limite da despesa ordinária, deverá ser reembolsada. Mas, uma vez inexistentes prejuízos com gastos extraordinários, não há que se falar em indenização, tampouco em transferência dos riscos do empreendimento ao empregado.

Outros infundáveis questionamentos podem surgir quanto ao tema. Imagine-se a hipótese na qual ocorra o "desgaste" na vida útil dos equipamentos tecnológicos e dos objetos que compõe a infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto. Nesse caso, indaga-se: faz jus o empregado ao ressarcimento material correspondente? A melhor interpretação parece ser aquela que admite a indenização somente em hipóteses excepcionais, no qual o desgaste se deu muito além do razoavelmente esperado. Fora disso, não há que se falar em prejuízo indenizável.

Igualmente, não se pode descartar a possibilidade, bastante comum, de a região onde o empregado reside não ser atendida por provedor nas especificações exigidas pelo empregador (por exemplo, se o provedor local somente oferece internet com velocidade reduzida). Nesses casos, não pode ser o futuro empregado instado a custear qualquer equipamento ou despesa a maior para atender aos anseios do empresariado.

Ademais, é bom que se advirta, se eventualmente houver interrupção do trabalho remoto por motivos totalmente alheios a conduta do empregado e, por consequência, alguma tarefa deixar de ser cumprida, não pode ele ser penalizado por isso. Trata-se, pois de risco do empreendimento.

Pensar de forma diferente é subverter a lógica de todo o direito do trabalho e solapar o princípio da alteridade, mediante o qual o trabalho se dá por conta alheia e os riscos do empreendimento ficam por conta do detentor do capital.

Por fim, ante à ausência do caráter retributivo, as utilidades mencionadas no *caput* do art. 75-D não integram a remuneração do

empregado, pois são fornecidas *para* o trabalho e não *pelo* o trabalho.

A propósito, o C. Tribunal Superior do Trabalho já decidia que havendo pagamento pelo empregador ao obreiro de valores realmente dirigidos a subsidiar despesas com telefones, gastos com informática e similares, no contexto efetivo do *home office*, não têm tais pagamentos natureza salarial, mas meramente instrumental e indenizatória. Na mesma linha, o fornecimento pelo empregador, plenamente ou de modo parcial, de equipamentos para a consecução do *home office* obreiro (telefones, microcomputadores e seus implementos, etc.) não caracteriza, regra geral, em princípio, salário *in natura*, em face de seus preponderantes objetivos e sentido instrumentais. (AIRR-62141-19.2003.5.10.0011, Data de Julgamento: 7.4.2010, rel. Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16.4.2010).

6. A duração do trabalho

O Tribunal Superior do Trabalho costumava enquadrar a figura do teletrabalhador no inciso I do art. 62 da CLT, ou seja, hipótese na qual os empregados exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho.

Com efeito, o TST já decidiu que não se pode negar que, de maneira geral, em princípio, tais trabalhadores enquadram-se no tipo jurídico excetivo do art. 62 da CLT, realizando o parâmetro das jornadas não controladas de que fala a ordem jurídica trabalhista (art. 62, I, CLT) (TST-AIRR-62141-19.2003.5.10.0011, rel. Ministro. Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 7.4.2010, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 16.4.2010).

Agora, por expressa disposição legal (art. 62, III, da CLT) os empregados em teletrabalho estão excluídos do regime de duração do trabalho. Estabelece a CLT que os empregados em regime de teletrabalho não são abrangidos pelo regime previsto no capítulo “da duração do trabalho”, razão pela qual não farão jus, por exemplo, ao recebimento de horas extras.

Mas, se os teletrabalhadores sofrerem vigilância dos períodos de conexão, controle de *login* e *logout*, localização física, pausas ou ligações ininterruptas para saber o andamento dos trabalhos, especialmente se de forma periódica, estarão, inevitavelmente, enquadrados na disposição do art. 7º da CR/88 e no art. 6º, parágrafo único da CLT e terão direito à proteção da jornada, inclusive eventuais horas extras.⁽⁸⁾

Logo, em que pese a disposição legal, se houver efetivo controle de horário do teletrabalhador, por exemplo, por meio de controle de ponto *on-line*, exsurgirá a possibilidade de enquadramento no capítulo da duração do trabalho. Isso porque o labor no sistema de *home office* não é totalmente incompatível com o controle da jornada de trabalho. A propósito, o próprio art. 62 é de duvidosa constitucionalidade.

7. Meio ambiente do trabalho do teletrabalhador

A CLT impõe o dever patronal de instruir os empregados acerca de prevenção de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Esses comandos já estavam insertos, com as mesmas ideias e objetivos, nos arts. 157 e 158 da CLT.⁽⁹⁾

(8) MELO, Geraldo Magela. *O teletrabalho na nova CLT*. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>>.

(9) **Art. 157.** Cabe às empresas: I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II – instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; III – adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; IV – facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

Art. 158. Cabe aos empregados: I – observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior; II – colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo. *Parágrafo único* – Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada: a) à observância

Ainda, pela Reforma, o empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Não obstante, diante da alegação de acidente de trabalho ou doença ocupacional, o simples fato de o empregado ter assinado termo de responsabilidade não eximirá a empresa de indenizar eventuais danos causados, caso seja evidenciada sua conduta culposa ou dolosa.

Apesar do termo de responsabilidade, o empregador tem o dever de fiscalizar, respeitada a inviolabilidade de domicílio, a ergonomia do trabalho e o meio ambiente laboral como um todo.

Questão que suscitará controvérsia diz respeito à fiscalização do local de trabalho do teletrabalhador, mormente em se tratando de seu domicílio. Sobre o tema, o intérprete poderá se socorrer das disposições do Direito do Trabalho português (art. 8º, da CLT), que se encontra em estágio bem avançado na normatização da matéria.

Em relação a essa fiscalização, dispõe que sempre que o teletrabalho seja realizado no domicílio do trabalhador, as visitas ao local de trabalho só devem ter por objeto o controle da atividade laboral daquele, bem como dos respectivos equipamentos. Tais visitas apenas podem ser efetuadas entre 9 e 19 horas, com assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada (art. 237 do Código de Trabalho português).

Ainda, poderão as partes se valer, por analogia, do disposto no art. 11-A, *caput*, e § 3º, da Lei n. 10.593, de 6 de dezembro de 2002, *verbis*:

“Art. 11-A. A verificação, pelo Auditor-Fiscal do Trabalho, do cumprimento das normas que regem o trabalho do empregado doméstico, no âmbito do domicílio do empregador, dependerá de agendamento e de

das instruções expedidas pelo empregador na forma do item II do artigo anterior; b) ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa.

entendimento prévios entre a fiscalização e o empregador.

[...]

§ 3º Durante a inspeção do trabalho referida no *caput*, o Auditor-Fiscal do Trabalho far-se-á acompanhar pelo empregador ou por alguém de sua família por este designado.”

Fato é que o poder de direção do empregador está contingenciado à intimidade e à privacidade do trabalhador.

8. Considerações finais

A prestação de serviços à distância, na modalidade teletrabalho, encontrou acomodação normativa com a Reforma Trabalhista, de modo que se pode falar, pelo menos, em um mínimo de segurança jurídica em torno do tema. Não obstante, o nobre intuito do legislador perdeu-se em meio a uma miríade de omissões que, por certo, poderiam ter sido tratadas com mais vagar, caso o Projeto de Lei que deu origem à Lei n. 13.467/2017 tivesse sido fruto de um melhor amadurecimento e debate.

Demonstrou-se, após a análise do texto legal, os elementos que caracterizam o regime de teletrabalho, quais sejam, *a)* prestação de serviços preponderantemente (mais da metade do tempo) fora das dependências do empregador; *b)* utilização de tecnologias de informação e de comunicação; *c)* exercício de suas atribuições deve se dar sem necessidade de constante locomoção, sob pena de configurar-se como trabalhador externo.

Ainda, evidenciou-se as formalidades contratuais necessárias à higidez da avença e cujo desrespeito acarreta, *ipso facto*, a descaracterização do teletrabalho e o enquadramento do trabalhador no regime geral de duração do trabalho.

Em seguida, demonstrou-se as principais hipóteses de alteração contratual no regime em referência, bem como seus requisitos de validade e a necessidade ou não de anuência do empregado, a depender da modalidade de alteração.

No tocante à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, concluiu-se que tudo isso deverá estar previsto em contrato, bem como, indispensavelmente, o modo como todas essas despesas serão reembolsadas ao empregado, caso se trate de despesas extraordinárias por este custeadas.

Sobre a duração do trabalho e o enquadramento do teletrabalhador no inciso III do art. 62, concluiu-se que em que pese a disposição legal, se houver efetivo controle de horário do teletrabalhador exsurgirá a possibilidade de enquadramento no capítulo da duração do trabalho, como as consequências daí advindas.

Por fim, quanto ao meio ambiente do trabalho do teletrabalhador, o empregador deverá entrar em entendimento com o empregado, pois a fiscalização do meio ambiente laboral é obrigatória. Logo, apesar do termo de responsabilidade, o empregador tem o dever de fiscalizar, respeitada a inviolabilidade de domicílio, a ergonomia do trabalho e o meio ambiente laboral como um todo, sob pena de incorrer em dolo ou culpa.

Conclui-se, assim, como Américo Plá Rodrigues, em seu *Princípios de Direito do Trabalho*, e deseja-se que o estudo realizado seja não como um fruto, mas como uma semente, cujo mérito principal é sua fecundidade, para o despertar de novos debates.

9. Referências bibliográficas

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Teletrabalho carece de legislação para garantir o direito à desconexão. *Revista Consultor Jurídico*, 15 jun. 2016.

MASSONI, Túlio de Oliveira. Aplicação das leis trabalhistas no teletrabalho. *Revista Consultor Jurídico*, 1º set. 2011.

MELO, Geraldo Magela. *O teletrabalho na nova CLT*. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-o-teletrabalho-na-nova-clt>>.

MIZIARA, Raphael. *Reforma não permite que empresa transfira custos de home office ao trabalhador*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-25/raphael-miziara-reforma-nao-livra-empregador-custos-teletrabalho>>. Publicado em: 25 jul. 2017, 6h32. Acesso em: 25 ago. 2017.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho: situações laborais individuais*. Parte II. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

VALÉRIO, Juliana Herek. *Reforma trabalhista: retrocesso em 20 pontos*. Jota: 26 abr. 2017, 09h34. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/reforma-trabalhista-retrocesso-em-20-pontos-26042017>>.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho após a reforma

Roberto Dala Barba Filho^(*)

Resumo:

- ▶ O texto aborda a aplicação da desconsideração da personalidade de jurídica através do incidente processual correspondente no processo do trabalho em razão da posituação expressa do instituto por força da introdução do art. 855-A, na CLT, através da Lei n. 13.467/17.

Palavras-chave:

- ▶ desconsideração da personalidade jurídica; *disregard*; reforma trabalhista; processo do trabalho.

Abstract:

- ▶ The paper approaches the subject of the application of the disregard doctrine through its procedural issue in labour procedure due to the express legal affirmation of this judicial institute following the sanction of the law 13467/17, which added article 855-A to the CLT.

Key-words:

- ▶ disregard doctrine; labour reform; labour procedure law.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Instauração do incidente e efeitos processuais
- ▶ 3. Procedimento e defesa no incidente
- ▶ 4. A condição do sócio incluído no processo por força do incidente
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Bacharel em direito pela UFPR. Mestre em direito pela PUC-PR. Juiz do trabalho do TRT da 9ª Região.

1. Introdução

Embora o instituto da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) não seja novidade no direito brasileiro, e já tenha sido introduzido e debatido doutrinariamente desde obras pioneiras de Rubens Requião e seu desenvolvimento posterior por José Lamartine Correa de Oliveira, a verdade é que houve uma significativa demora para sua positivação no direito brasileiro.

Com efeito, é rigorosamente apenas por ocasião do advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que o instituto passa a ser albergado legalmente no direito brasileiro, no art. 28 do Código. Depois disso outras normas se seguiram, como o art. 34 da Lei n. 12.529/2011, e, naturalmente, sua consagração no art. 50 do Código Civil de 2002.

Ainda que materialmente o instituto já tivesse criado raízes, e fosse largamente utilizado na prática forense e reconhecido e aplicado pela jurisprudência, não há dúvida de que se ressentia da falta de uma normatização processual, conforme destaca Humberto Theodoro Júnior:

A despeito da previsão na lei material, o instituto carecia de regulação processual. Assim, coube à jurisprudência dar forma à desconsideração. Entendiam os tribunais que ela poderia ocorrer incidentalmente nos próprios autos da execução, sem necessidade de ajuizamento de ação própria. Demonstrando o credor estarem presentes os requisitos legais, o juiz deveria levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atingisse os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. Somente após a desconsideração, os sócios eram chamados a integrar a lide e interpor recursos cabíveis. O contraditório e a ampla defesa, destarte, eram realizados *a posteriori*, mas de maneira insatisfatória, já que, em grau de recurso, obviamente

não há como exercer plenamente a defesa assegurada pelo devido processo legal⁽¹⁾.

Essa lacuna inegavelmente foi preenchida com o advento do novo Código de Processo Civil em 2015, através de seus arts. 133 a 137, e agora também no processo do trabalho por força da inserção do art. 855-A, na CLT, em razão da reforma trabalhista, disciplinando processualmente o tema, que vem a atender não apenas à necessidade de segurança jurídica nas relações jurídicas materiais e processuais, como também o respeito ao contraditório e à ampla defesa no manejo processual do instituto.

Conforme assinalado, o grande problema que havia antes não estava no reconhecimento da existência da figura da desconsideração da personalidade jurídica, tampouco no conteúdo do instituto, mas preponderantemente na forma de sua observância processual, ante a ausência de qualquer regramento procedimental a respeito. Conforme ressalta Guilherme Rizzo Amaral,

Não raro, a desconsideração da personalidade jurídica e a penhora de bens dos sócios davam-se em decisão interlocutória não precedida de contraditório, obrigando o terceiro atingido em sua esfera jurídica pela decisão a voltar-se contra ela por meio de agravo de instrumento, que não substitui, em hipótese alguma, a defesa que poderia e deveria ser apresentada em primeiro grau de jurisdição⁽²⁾.

O novo CPC, ao disciplinar o incidente, deixa manifesta a intenção de evitar o denominado “contraditório diferido”, permitindo o respeito ao contraditório e à ampla defesa antes da decisão que acolherá, ou não, o pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

(1) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 401-402.

(2) AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 205

Claro que tal circunstância não impede de forma peremptória a adoção do contraditório diferido de forma absoluta. Como destaca Daniel A. A. Neves

É preciso registrar que a previsão legal que exige o contraditório tradicional não afastar peremptoriamente o contraditório diferido na desconsideração da personalidade jurídica, apenas tornando-o excepcional. Dessa forma, sendo preenchidos os requisitos típicos da tutela de urgência e do pedido de antecipação dos efeitos da desconsideração da personalidade jurídica, entendo admissível a prolação de decisão antes da intimação do sócios e da sociedade⁽³⁾.

2. Instauração do incidente e efeitos processuais

A inserção do art. 855-A na CLT após a reforma não modifica significativamente o incidente, fazendo inclusive expressa alusão aos arts. 133 a 137, do CPC (técnica legislativa sempre criticável porque qualquer alteração nos dispositivos referidos pode prejudicar o cruzamento das referências), modificando, como se verá na sequência, apenas alguns procedimentos para adaptá-lo em especial às normas e princípios dos recursos no processo do trabalho.

É evidente que além da necessidade de alguma adaptação do instituto ao processo do trabalho, a inclusão através da reforma visa tornar obrigatória a observância do incidente também no processo do trabalho. Mesmo antes da reforma já era defensável a ideia de que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica era aplicável no processo do trabalho. Humberto Theodoro Júnior já ressaltava sua aplicabilidade tanto em razão de omissão ontológica no processo do trabalho como também pelo fato de que o incidente está calcado na observância de preceitos constitucionais de

devido processo legal e contraditório⁽⁴⁾. Porém, nada impediria que houvesse alguma resistência quanto à aplicação subsidiária do CPC neste particular, o que a reforma visa espantar.

Dessa forma, assim como no processo civil, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, na forma do art. 133, do CPC.

A previsão de iniciativa da parte ou do Ministério Público é compatível com a restrição à execução *ex officio* em decorrência da reforma, e também sepulta questão anterior em face de entendimento no sentido de que a desconsideração poderia ser declarada de ofício, mesmo fora do processo do trabalho. Carlos Alberto Menezes Direito, por exemplo, entendia ser desnecessária a iniciativa da parte para a declaração da desconsideração da personalidade jurídica⁽⁵⁾. Já no processo do trabalho Carlos Henrique Bezerra Leite entendia necessário o prévio requerimento da parte ou do Ministério Público do Trabalho⁽⁶⁾, embora a seu turno Mauro Schiavi defendesse a sua determinação *ex officio* pelo magistrado⁽⁷⁾.

Pelo disposto no art. 134, do CPC, é possível a utilização do incidente tanto na fase de conhecimento, quando no cumprimento de sentença ou de execução de título executivo extrajudicial⁽⁸⁾, destacando o § 2º do mesmo dispositivo ser a instauração desnecessária se a desconsideração da personalidade jurídica já fora requerida desde a petição inicial, o que

(3) NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Método. 2015. p. 145.

(4) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 402.

(5) DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Estudos de direito público e privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 114.

(6) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 912.

(7) SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 1.003.

(8) Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

evidencia a possibilidade de que os sócios possam ser incluídos na demanda desde a petição inicial, desde que, naturalmente seja requerida a desconconsideração da personalidade jurídica para justificar sua inclusão, e, naturalmente, indicados os fundamentos da causa de pedir.

Do ponto de vista processual, a opção pelo pedido de desconconsideração da personalidade jurídica da empresa desde a petição inicial, contudo, deve ser adotada com cautela, por dois motivos em especial. O primeiro deles porque a instrução processual trabalhista, como regra, já abrange uma quantidade significativa de fatos a serem instruídos, não sendo raros que se resolvam as demandas pela improcedência das pretensões em especial em razão de carência de provas. O risco que a parte corre nesse caso é que a inclusão seja precipitada e se perca no meio de outros fatos e institutos a serem apreciados e produzidas prova a respeito, redundando numa sentença de improcedência ao final que fará coisa julgada e inviabilizará o manejo do incidente em fase posterior.

Vólia Bomfim entende que “quando o autor ajuíza a ação contra a sociedade empregadora e seus sócios e todos são condenados, a execução poderá ser feita contra qualquer deles, sem preferência de ordem, pois o sócio já estará no título executivo, dispensado a despersonalização da pessoa jurídica”⁽⁹⁾. Discordo desse posicionamento por dois motivos. Primeiro porque rigorosamente é a sentença que definirá a condição em que o sócio responderá na demanda, podendo ser solidariamente ou como responsável secundário observando o benefício de ordem. Segundo porque ao se postular a desconconsideração da personalidade jurídica desde a petição inicial o que se visa é essencialmente acelerar o procedimento, além de prevenir a parte Autora contra eventuais fraudes patrimoniais praticadas pelo sócio sobre seu próprio patrimônio, mas isso não

deixa de se tratar de uma hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica, que deve observar o benefício de ordem previsto legalmente. O que pode ocorrer é se tratar de uma hipótese de responsabilização direta do sócio, e não desconconsideração da personalidade jurídica, caso em que efetivamente o sócio responde solidariamente pelo ato ilícito praticado.

Quer na fase de conhecimento, quer mesmo na de execução, a pretensão naturalmente implicará efeitos para fins de honorários advocatícios. Como ressalta Rodrigues Filho

na fase de conhecimento, se procedente a ação em face da pessoa jurídica e improcedente o incidente de desconconsideração da personalidade, deverá o autor, apesar de ter direito a honorários diante da pessoa jurídica, ser condenado às verbas de sucumbência em relação aos réus da desconconsideração, inclusive aos honorários advocatícios. Da mesma forma, no processo ou fase de execução, pois, apesar de ser devido o valor exigido do responsável primário, pode não haver responsabilidade secundária dos sócios ou administradores⁽¹⁰⁾.

Levando em consideração tais dificuldades, e ainda o risco de uma condenação em honorários e uma decisão de improcedência quanto aos sócios incluídos na petição inicial, como regra a opção por esta estratégia parece bastante temerária, a não ser que haja preocupação real da parte autora no sentido de que não apenas a sociedade ré seria insolvente, como de que os sócios estariam se desfazendo de patrimônio em potencial fraude à eventual execução.

Isso porque no que diz respeito ao fato de que o momento da citação do sócio ou da pessoa jurídica ser a pedra de toque divisória para fins de caracterização de eventual fraude à execução pairam poucas dúvidas. Divirjo, contudo, do entendimento de Guilherme Amaral

(9) CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 429.

(10) RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconconsideração da personalidade jurídica e processo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 335.

quando afirma que a desconconsideração não implica presunção de fraude quanto às alienações havidas desde a citação⁽¹¹⁾. Acompanho Cássio Scarpinella Bueno quando aponta que

o art. 137, neste contexto, aponta uma das consequências do acolhimento do pedido, a de reconhecer a ineficácia da alienação ou da oneração de bens em relação àquele que formulou o pedido. Trata-se, pois, de um caso de fraude à execução (art. 792, V). Coerentemente — e de maneira enérgica, não nego — a fraude verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade foi desconconsiderada (art. 792, § 3º)⁽¹²⁾.

É evidente que mesmo quando a inclusão dos sócios seja feita em momento posterior ao dos negócios entabulados é possível a anulação dos mesmos mediante ação pauliana, mas é claro que o esforço nesse caso é muito maior do que o decorrente da presunção relativa de fraude sobre os negócios realizados pelo sócio após a citação.

3. Procedimento e defesa no incidente

O art. 134, § 4º prevê que o requerimento de desconconsideração, seja na petição inicial, seja através dos incidentes, deverá demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais para a desconconsideração, indicando a existência de um juízo de admissibilidade nesse caso. Mas como ressalta Guilherme Rizzo Amaral

O juízo de admissibilidade do incidente não será um juízo de certeza, nem mesmo de preponderância de provas, mas, sim, de verossimilhança das alegações do requerente. É o que basta para a instauração do incidente sendo que a efetiva comprovação dos pressupostos legais da desconconsideração é exigida apenas para a desconconsideração

propriamente dita da personalidade jurídica, a ser determinada em decisão final do incidente após sua devida instrução⁽¹³⁾.

Obviamente que a decisão poderá ocorrer em dois momentos diferentes, caso a desconconsideração seja requerida na petição inicial, ou como incidente no curso do processo. No primeiro caso, será decidida, ao final da fase de conhecimento, com a sentença. Nos demais, exigirá uma decisão interlocutória para resolver o incidente.

Caso a desconconsideração seja requerida desde a petição inicial, o(s) sócio(s) serão citados assim como a sociedade correspondente e integrarão o polo passivo da demanda desde o começo. Quando, entretanto, a desconconsideração for postulada através do incidente, nova citação será necessária para os sócios se manifestarem e requererem a produção de provas no prazo de 15 dias⁽¹⁴⁾.

A citação no incidente é necessária porque como regra até a interposição do incidente as pessoas nele inseridas, sejam pessoas físicas ou jurídicas, ainda ostentam a condição de terceiros no processo, passando a integrar como parte a relação processual após a citação. Entendo que essa determinação sepulta em definitivo a discussão a respeito da condição de parte dos sócios cuja desconconsideração se requer, afastando, assim, a tese de que a desconconsideração não implicaria sua inclusão no polo passivo.

O incidente presume que a questão incidental será resolvida e discutida entre requerente e os componentes do quadro societário cuja inclusão pela via de desconconsideração da personalidade jurídica se requer. Daniel Assumpção Neves, calcado em entendimentos já adotados pelo STJ, entende que o demandado

(11) AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 213.

(12) BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 186.

(13) AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 210.

(14) Art. 135, do CPC. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

cujas desconsiderações se requer teriam interesse e legitimidade no pedido para se manifestar no incidente⁽¹⁵⁾.

Não acompanho tal entendimento. Do ponto de vista teórico ele não guarda legitimidade porquanto a asserção do requerimento é formulada e dirigida aos sócios para sua inclusão como partes, em decorrência de atos praticados por estes (e não pela pessoa jurídica abstratamente considerada) que se enquadram nos pressupostos legais de caracterização da desconsideração da personalidade jurídica. A pessoa jurídica, neste particular, não figura como titular de qualquer direito no incidente, e quem precisa comprovar a regular administração e autonomia dos sujeitos de direito envolvidos são precisamente aqueles a quem se atribuem os negócios jurídicos capazes de justificar sua inclusão no processo. Sob o prisma do interesse, a eventual inclusão dos sócios no polo passivo da demanda apenas o reforça e permite a satisfação de créditos da pessoa jurídica, sobre os quais naturalmente incidiam juros, correção monetária e comprometiam as atividades da empresa com certidões de dívidas positivas. É dizer, ainda que se admita que a pessoa jurídica possuiria interesses objetivos próprios em contraposição ao de seus sócios, a satisfação dessas dívidas, ainda que por membros de seu quadro societário, atende a estes interesses.

Ademais, se a pessoa jurídica não tiver interesse na inclusão de seus sócios no polo passivo, notadamente em execução, bastaria satisfazer a dívida.

Tanto o CPC, quanto o art. 855-A inserido pela reforma, preveem que a decisão que julga o incidente de desconsideração é interlocutória. Contudo, aqui surge distinção entre os procedimentos, já que no processo civil a previsão legal é de que a decisão interlocutória em tela poderia ser desafiada por agravo de instrumento, enquanto no processo do trabalho

manteve-se o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias na fase de conhecimento, não cabendo recurso de imediato, consoante o inciso I do § 1º do art. 855-A. Da mesma forma, disciplinou-se de forma diversa durante a fase de execução, de forma a se observar o recurso mediante agravo de petição, independentemente de garantia do juízo.

Tanto no CPC quanto no processo do trabalho na forma prevista pela reforma a instauração do incidente implica a suspensão do processo.

Essa opção legislativa é criticável em ambas as situações.

Como a responsabilidade dos sócios é secundária nesse caso, não existe motivo razoável para que o curso da demanda seja suspenso até que se decida o incidente em tela. Ora, suponha-se que o incidente de desconsideração seja postulado em fase de execução definitiva já em trâmite perante a sociedade que é devedora principal. Se a norma legal não determinasse a suspensão do processo, nada impediria que se prosseguissem as buscas patrimoniais quanto ao devedor principal e eventualmente elas fossem encontradas e satisfizessem a dívida, tornando inócua, nesse cenário, a inclusão de responsáveis secundários.

Isso não implica, como defende Otávio Joaquim Rodrigues Filho, que não haveria interesse jurídico em buscar a responsabilização de sócios ou administradores se o responsável primário é solvente e pode cumprir a obrigação⁽¹⁶⁾.

Primeiro porque uma condição da ação tem que ser passível de aferição e exame em abstrato e não dependente do resultado do mérito de uma decisão, e menos ainda da condição econômica ou financeira de algum litisconsorte. Além disso, tornaria desprovida de sentido a possibilidade de se pretender a desconsideração da personalidade jurídica

(15) NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Método. 2015. p. 145.

(16) RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 214-215.

desde a petição inicial, já que, naturalmente, a capacidade da pessoa jurídica de solver uma dívida dependeria, em primeiro lugar, do reconhecimento da dívida; em segundo lugar, da dimensão desta dívida quando confrontada com seu patrimônio e; em terceiro lugar, da situação econômica e financeira da empresa por ocasião da tentativa de cumprimento voluntário ou forçado da sentença. O que é admissível, ao invés, é que se considere prejudicada a discussão relativa à desconsideração da personalidade jurídica quando não houver condenação da pessoa jurídica ou a mesma já tiver, pelo menos, garantido a execução.

Do ponto de vista da estrita razoabilidade, mas não do cumprimento literal do que diz a norma, é compreensível o entendimento de alguns autores, como Cassio Scarpinella Bueno, de que seria possível o julgamento em sentença também quando apresentado em caráter incidental no curso do processo de conhecimento⁽¹⁷⁾. Tal entendimento, porém, colide com o fato de que o art. 134, § 3º, do CPC, estabelece literalmente que o incidente implica a suspensão do processo, razão pela qual terá que ser decidido antes da prática de quaisquer outros atos, entre eles as razões finais que antecedem a sentença.

Não se pode deixar de notar que mesmo que não soe razoável ou lógico juridicamente a suspensão do feito para o processamento do incidente, a verdade é que a suspensão do processo é um direito da parte que integra a demanda, e nesse sentido tanto o devedor principal, quanto os responsáveis secundários poderiam naturalmente se opor a qualquer ato de prosseguimento do processo enquanto não resolvida a questão incidental suspensiva.

Uma vez acolhido o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, os sócios ou administradores passam a integrar a relação processual, “sofrendo efeitos em sua esfera de direitos e contrapondo-se dialeticamente ao

autor, de forma que se constituirá em uma das partes da relação processual”⁽¹⁸⁾.

Trata-se, nesse caso, de manifesta responsabilidade patrimonial secundária. Na responsabilidade primária, o executado é o próprio devedor identificado do débito, enquanto na responsabilidade secundária a responsabilidade se separa da pertinência subjetiva direta da obrigação e atinge um terceiro que não é o devedor original da obrigação reconhecida.

4. A condição do sócio incluído no processo por força do incidente

A definição da condição de parte do sócio que passa a integrar o feito após o acolhimento do pedido de desconsideração é relevante porque, como destaca Daniel A. A. Neves

A importância prática de definir a qualidade processual do sócio após a desconsideração da personalidade jurídica é a defesa adequada a apresentar na execução: sendo terceiro, a defesa para ser mais adequadamente representada por meio de embargos de terceiro; sendo parte, a defesa será elaborada por meio de embargos à execução (ou mesmo impugnação, no caso de cumprimento de sentença)⁽¹⁹⁾.

No processo civil a questão é especialmente tormentosa porque como o CPC estabelece que a decisão que aprecia o incidente é uma decisão interlocutória, que desafia agravo de instrumento, poder-se-ia discutir se ocorre ou não preclusão a respeito da defesa a ser exercida em sede de execução caso os sócios indicados não manejem o agravo de instrumento no momento oportuno.

No processo do trabalho, contudo, a solução para a questão se torna muito facilitada em razão da disciplina recursal inserida pelo texto da reforma.

(18) RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconsideração da personalidade jurídica e processo*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 245.

(19) NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Método. 2015. p. 147.

(17) Vide BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 185.

Quanto ao processo na fase de conhecimento, não haveria qualquer preclusão porque a decisão do incidente não seria recorrível de imediato, cabendo às partes interessadas questionarem sua inclusão no polo passivo da demanda por ocasião de eventual interposição de recurso ordinário, inexistindo no processo do trabalho a figura do agravo retido, e não se prestando o agravo de instrumento trabalhista para a finalidade de recurso de decisões interlocutórias.

Mais importante, contudo, é a disciplina quanto ao incidente na fase de cumprimento de sentença, em que, como regra, surge de forma mais frequente e intensa.

Isso porque, como foi destacado anteriormente, a decisão é interlocutória, porém desafia agravo de petição, o que evidencia tratar-se de uma decisão terminativa quanto ao tema. Trata-se de uma modificação significativa quanto à forma de processamento tradicional da desconconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, em que se verifica jurisprudência admitindo uma plêiade de mecanismos de defesa para discutir a mesma questão, tais como a adoção de exceção de pré-executividade, seguida potencialmente por Embargos de Terceiros para discutir a condição de terceiro na lide (entendimento que, a partir da sistemática de adoção do incidente, não mais se sustenta), sem descuidar da possibilidade de interposição de embargos à execução após todos esses incidentes para, novamente, discutir a inclusão do sócio no polo passivo. E isso tudo para não entrar nas hipóteses em que a parte ainda maneja ação anulatória para a mesma finalidade.

Nesse aspecto a reforma racionaliza extremamente o procedimento e estabelece um único mecanismo adequado e cabível de defesa, que é a manifestação dos sócios no prazo de 15 dias contra o pedido formulado pela parte Autora, assim como define um único recurso adequado e cabível contra a decisão que julgar o incidente, que é o agravo de petição. É dizer: pela

sistemática ora adotada, não há mais espaço para a adoção de embargos de terceiros, quer para a discussão posterior via embargos à execução, já que com a citação dos sócios no incidente eles já passam a integrar a relação processual, e como a decisão, embora interlocutória, é terminativa, desafiando agravo de petição, é insuscetível de rediscussão em sede de embargos à execução. Naturalmente a exceção de pré-executividade se torna totalmente esvaziada com o prazo para manifestação garantido aos sócios ou administradores em face do pedido de desconconsideração.

Por fim, uma última questão procedimental pode surgir no que diz respeito à eventual adoção do “incidente” por via de ação autônoma. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica trata-se de um incidente processual, e não de um processo incidente, de forma a que a manifesta intenção do legislador é de que ele seja promovido nos próprios autos que lhe deram origem. A legislação extravagante, contudo, admite algumas hipóteses de utilização de via autônoma para desconconsideração da personalidade jurídica, tais como no art. 82 da Lei n. 11.101/2005 e responsabilização de gestores sociais em intervenção e liquidação extrajudicial (art. 39 da Lei n. 6.024/1974), e por essa razão o processo eletrônico prevê a existência dessa classe processual, o que pode induzir as partes em erro.

Pelo princípio da instrumentalidade processual, parece claro que a adoção da via autônoma para formular o requerimento não traduz qualquer prejuízo ao seu processamento, nada impedindo até que para fins de racionalização de atos processuais o incidente seja processado autonomamente e depois juntados seus atos pertinentes e decisórios aos autos principais, em rigorosa analogia ao procedimento observado quanto aos embargos de terceiros. Alternativamente a ação autônoma pode ser extinta sem julgamento do mérito mas ainda assim aproveitada sua petição inicial como requerimento de instauração do incidente

na ação originária, sendo que em todas essas hipóteses a finalidade do incidente parece claramente respeitada e atingida.

5. Consideração finais

Embora já fosse defensável a tese de aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica ao processo do trabalho por ocasião do advento do novo CPC, em razão da manifesta omissão ontológica da legislação trabalhista e ausência de qualquer incompatibilidade, a positividade expressa do instituto na CLT por força da Lei n. 13.467/17 espanca quaisquer dúvidas remanescentes sobre sua aplicabilidade ao processo do trabalho.

A reforma trabalhista além de introduzir expressamente o instituto ao processo do trabalho adaptar seu procedimento de forma a melhor adequar as regras do processo do trabalho. Se na fase de conhecimento sua introdução não traz maiores dificuldade, a disciplina em especial da citação do sócio e do procedimento recursal a ser observado em fase de cumprimento de sentença evidencia o caráter terminativo desta decisão, e rompe com a prática forense que ainda admitia tal decisão com caráter puramente interlocutório e irrecurável de imediato, gerando uma plêiade de mecanismos processuais protelatórios que eram destinados à discussão do mesmo tema em um mesmo processo.

Assim, a positividade do instituto no processo do trabalho é positiva não apenas por cessar

a insegurança jurídica oriunda de eventuais dúvidas sobre a aplicação do incidente ao processo, como também por racionalizar o processo neste particular, conferindo coerência, lógica, celeridade e economia processual ao procedimento de desconconsideração da personalidade jurídica.

6. Referências bibliográficas

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Estudos de direito público e privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

RODRIGUES FILHO, Otávio Joaquim. *Desconconsideração da personalidade jurídica e processo*. São Paulo: Malheiros, 2016.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. vol. I. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

A representação dos empregados na empresa: um novo instituto do direito coletivo brasileiro

Rodolfo Pamplona Filho^(*) e Guilherme Levien Grillo^(**)

Resumo:

- O artigo examina o regime jurídico da representação dos trabalhadores na empresa, recentemente aprovado no âmbito da reforma trabalhista de 2017. Com apoio na experiência comparada e na Constituição Federal de 1988, evidencia o seu conceito e os aspectos que compõem o seu conteúdo jurídico, especialmente os direitos de participação e informação dos trabalhadores. Em seguida, examina o regime jurídico recentemente aprovado, especialmente as atribuições da comissão dos trabalhadores, processo eleitoral e garantias aos trabalhadores, analisando a sua correspondência constitucional.

Palavras-chave:

- Representação dos trabalhadores — Direito de informação e participação — Negociação coletiva.

Abstract:

- The article examines the legal regime of employee representation in the company, recently approved under the 2017 labor reform. With support in comparative experience and in the Federal Constitution of 1988, it shows its concept and the aspects that make up its legal content, especially the rights of participation and information of workers. It then examines

(*) Juiz do Trabalho na Bahia. Professor Titular do Curso de Direito e do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da UNIFACS. Professor Associado I da Graduação e Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito desde 2013. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação *On-Line* em Direito e Processo do Trabalho e em Direito Contratual da Estácio, em parceria tecnológica com o CERS, desde 2016. Possui Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1994), Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997), Mestrado em Direito Social pela UCLM – Universidad de Castilla-La Mancha (2012) e Doutorado em Direito pela

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, do Instituto Baiano de Direito do Trabalho (atualmente, exercendo a sua Presidência), Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam).

(**) Advogado. Professor dos cursos de especialização da UNIFACS e UCSAL. Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor de Direito do Trabalho. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Membro da Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional — CIELO.

the recently approved legal regime, especially the duties of the workers' commission, the electoral process and guarantees to workers, analyzing their constitutional correspondence.

Key-words:

- ▶ Worker representation — Rights of participation and information — Collective bargaining.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Breves notas sobre o núcleo do direito de representação dos trabalhadores no ordenamento português, espanhol, francês e alemão
- ▶ 3. O conteúdo jurídico da representação dos trabalhadores na Constituição Federal de 1988
- ▶ 4. Exame da representação dos trabalhadores na reforma da CLT
 - ▶ 4.1. Atribuições da comissão dos representantes dos empregados
 - ▶ 4.2. O processo eleitoral
 - ▶ 4.3. Garantias dos representantes dos trabalhadores
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elencou, no art. 11 do catálogo dos direitos e garantias fundamentais, o direito à representação dos trabalhadores na empresa. Embora o constituinte não tenha atribuído qualquer limite eficaz à norma, a sua regulamentação adveio tão somente com a reforma trabalhista de 2017, que alterou substancialmente a Consolidação das Leis do Trabalho e trouxe ao ordenamento pátrio a disciplina desse instituto tradicional do direito coletivo do trabalho estrangeiro.

Decorrente do natural espírito associativo inerente às relações laborais, a concepção de um núcleo organizado dos interesses dos empregados na empresa surge no início do século XX⁽¹⁾, inicialmente como organismo sindical. Ganha nova roupagem no estado corporativo italiano, alemão e português, sendo concebida não mais como parte da luta proletária, mas

núcleo idealizado da aliança entre o capital e o trabalho. Ao fim do estado corporativo, as comissões de trabalhadores assumem maior feição interventiva na vida da empresa, especialmente na França e Alemanha.

Atualmente, a Comunidade Europeia tem empreendido esforços para o aprimoramento jurídico da figura, especialmente no que diz respeito aos grupos transnacionais, no qual a representação sindical não consegue ainda conferir proteção jurídica adequada, sem embargo da necessidade de contornar as perdas sociais sofridas pelos trabalhadores nas últimas décadas. Desse modo, Diretivas têm sido aprovadas pelo Conselho e implementadas pelos países membros, no espírito de responsabilidade social das empresas, com destaque para a Diretiva n. 94/45/CE, sobre a constituição de um comitê de empresa europeu ou de um procedimento de informação e consulta dos trabalhadores nas empresas e grupos de empresas de dimensão comunitária, e para a Diretiva n. 2002/14/CE, que será lida à frente examinada.

(1) Comissões internas italianas (1906); conselhos obreiros alemães (1920) e delegados de pessoal franceses (1936).

Por sua vez, a Organização Internacional do Trabalho promulgou em 1971 a Convenção n. 135 acerca da representação dos trabalhadores na empresa, cuja ambiência política brasileira apenas propiciou a sua ratificação em 1991 (Decreto n. 122/91), cuja disciplina será examinada a seguir.

O Brasil, embora tardiamente, trouxe a previsão do instituto na Carta Constitucional, igualmente imbuído no espírito de participação democrática nas relações trabalhistas, a fim de promover o “*entendimento direto com os empregadores*”, como alternativa/complementariedade à representação sindical. Tal entendimento tem se mostrado, na prática, complexo e desafiador, tendo em vista a resistência sindical, embora no continente europeu os sindicatos já estejam, desde a década de 1970, empenhados no desenvolvimento efetivo da participação dos trabalhadores na gestão da empresa⁽²⁾.

Além disso, persiste a dificuldade de associação coletiva permanente e organizada dos trabalhadores no seio das médias e pequenas empresas, atualmente descentralizadas e fragmentadas pelo fenômeno da exteriorização, bem como pela resistência natural dos acionistas das empresas no sentido de acomodação da representação e da participação nos órgãos de gestão, muitas vezes justificada na confidencialidade gerencial.

Nada obstante as dificuldades práticas, trata-se de um instituto em desenvolvimento e ascensão, cujas bases jurídicas de regulamentação constitucional na ordem brasileira são agora disciplinadas na CLT. O presente artigo, nesse sentido, objetiva traçar em linhas gerais o núcleo essencial do direito fundamental de representação, a partir de exemplos muito breves do direito comparado, para, no último tópico, analisar a adequação da nova legislação ao texto constitucional.

(2) PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 18. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010. p. 368.

2. Breves notas sobre o núcleo do direito de representação dos trabalhadores no ordenamento português, espanhol, francês e alemão

O legislador português disciplinou, no art. 54 da Carta de 1976, o direito **fundamental** de criação das comissões dos trabalhadores como instância de representação, defesa dos seus interesses e intervenção democrática na vida da empresa, divididos em **direitos de informação**: (a) *receber todas as informações necessárias ao exercício da sua actividade*; **de gestão**: (b) *exercer o controlo de gestão nas empresas*; e **participação**: (c) *participar nos processos de reestruturação da empresa, especialmente no tocante a acções de formação ou quando ocorra alteração das condições de trabalho*; (d) *participar na elaboração da legislação do trabalho e dos planos económico-sociais que contemplem o respectivo sector*; (e) *gerir ou participar na gestão das obras sociais da empresa, a partir de um rol meramente exemplificativo*⁽³⁾.

São direitos, portanto, elementares e “*constitucionalmente configuradas como instrumentos de intervenção democrática (dos trabalhadores) na vida da empresa*”⁽⁴⁾, a partir de um trinômio que garante o seu **conteúdo essencial**, a começar pelo direito instrumental de informação, objeto da Diretiva n. 2002/14/CE, de 11 de março de 2002, que estabelece um quadro geral relativo à informação e à consulta dos trabalhadores na Comunidade Europeia e compreende: a) a informação sobre a evolução recente e a evolução provável das atividades da empresa ou do estabelecimento e a sua situação econômica; b) a informação e a consulta sobre a situação, a estrutura e a evolução provável do emprego na empresa ou no estabelecimento

(3) RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho*. Parte III – Situações laborais colectivas. Coimbra: Almedina, 2015. p. 104.

(4) MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 527.

e sobre as eventuais medidas de antecipação previstas, nomeadamente em caso de ameaça para o emprego; e c) a informação e a consulta sobre as decisões susceptíveis de desencadear mudanças substanciais no nível da organização do trabalho ou dos contratos de trabalho.

Em seguida, o legislador confere às comissões o direito de gestão e participação, sendo esses, indubitavelmente, os mais importantes no âmbito da intervenção dos trabalhadores⁽⁵⁾. Não se confundem os direitos de gestão e participação com autogestão da empresa, perspectiva existente em outros momentos históricos⁽⁶⁾, mas a um processo de índole democrático-conciliatória dos sujeitos envolvidos, que no caso português é acolhido inclusive pelo Código das Sociedades Comerciais (art. 64^a⁽⁷⁾), segundo o qual incumbirá à administração atender “aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus **trabalhadores**, clientes e credores”.

O *Estatuto de Los Trabajadores* da Espanha não confere expressamente o poder de gestão ao representante dos trabalhadores, embora a procedimentalização do poder de consulta permita a participação efetiva dos trabalhadores na tomada da decisão empresarial que afete os seus interesses, devendo ser inclusive informado previamente do conteúdo da decisão⁽⁸⁾.

Os comitês de empresa (*comités d'entreprise*) franceses possuem poderes mais alargados quanto à informação e participação por meio da consulta e assento nos órgãos de administração da empresa (art. L-2323-2 ss.)⁽⁹⁾, assegurando aos membros a tomada permanente de contas dos seus interesses nas decisões relativas à gestão e ao desenvolvimento econômico e financeiro da empresa, organização do trabalho, formação profissional e técnicas de produção (L-2323-1).

É, contudo, o caso alemão que melhor atinge a finalidade da representação dos trabalhadores, uma vez que, por uma luta do sindicalismo da década de 1970⁽¹⁰⁾, assegurara o poder de cogestão entre sócios e empregados nas sociedades anônimas, por meio do órgão denominado Conselho de Vigilância, o qual tem a tarefa de controlar a atividade da S.A. com mais de quinhentos empregados, cujo quadro pode ser composto por até cinquenta por cento de trabalhadores.

Além do Conselho de Vigilância, o comitê de empresa (leia-se, de empregados) possui os típicos direitos de informação e consulta. Ressalte-se, nesse particular, que a lei orgânica do estabelecimento alemão (*Betriebsverfassungsgesetz*) biparte o comitê de empresa por empresa e estabelecimentos, sendo a primeira

(5) RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho*. Parte III – Situações laborais colectivas. Coimbra: Almedina, 2015. p. 126.

(6) CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 722.

(7) Art. 64^a 1 – Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar: b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

(8) Art. 64^a, 6 – La consulta deberá realizarse, salvo que expresamente esté establecida otra cosa, en un momento y con un contenido apropiados, en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa, y de tal manera que permita a los representantes de los

trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 4, y ello sin perjuicio de las facultades que se reconocen al empresario al respecto en relación con cada una de dichas cuestiones. En todo caso, la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones.

(9) PÉLISSIER, Jean; SUPLOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. *Droit du travail*. Paris: Dalloz, 2006. p. 817.

(10) KOCHER, Eva. La repercusión de las formas de participación financiera en el gobierno de las empresas: el caso alemán. In: LANDA ZAPIRAN, Juan Pablo (Org.). *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2002. p. 96.

relacionada aos assuntos econômicos (conselho econômico de empresa), e nos *Betriebsrat* (conselho de estabelecimento), os assuntos de cunho social⁽¹¹⁾. Em linhas gerais, nos conselhos de estabelecimento são garantidos os direitos à informação, consulta, participação e codificação, podendo inclusive celebrar acordos por estabelecimento.

Nos comitês de natureza econômica, que se dão no âmbito da empresa, convém destacar o direito à informação, previsto no art. 69, n. 3 da *Betriebsverfassungsgesetz*, segundo o qual o empresário deverá, pelo menos uma vez em cada trimestre, dar conhecimento ao pessoal da situação e evolução da empresa. Esse direito, um dos mais relevantes do conjunto normativo alemão, tem nitidamente o propósito de conferir efetividade ao direito geral de informação, a fim de se evitar uma fórmula vazia de conteúdo⁽¹²⁾.

Em suma, sem a pretensão de aprofundar os direitos de consulta, participação e gestão no presente estudo, mas cumprindo a tarefa de introduzir e noticiar o conteúdo típico do poder de representação a partir dos exemplos de Portugal, Espanha, França e Alemanha, verifica-se a presença de um núcleo essencial do direito fundamental à representação associado ao trinômio, repita-se, informação, consulta e participação na gestão empresarial, todos eles radicados na ideia de intervenção democrática na empresa, cuja finalidade está longe de simples envolvimento dos trabalhadores nos objetivos empresariais ou mesmo de mero canal de interlocução dos fins da empresa junto aos empregados. Pelo contrário, evidencia um mecanismo relevante de ação coletiva dos trabalhadores, complementar ao sindicato externo, para a *“promoción y defensa de los intereses propios de esa coletividad frente*

a los intereses de la parte empresarial, que son en buena medida divergentes”⁽¹³⁾.

3. O conteúdo jurídico da representação dos trabalhadores na Constituição Federal de 1988

O legislador constituinte brasileiro inseriu, como acima já transcrito, o direito à eleição de um representante nas empresas que possuam mais de duzentos empregados, com a finalidade *exclusiva* de promover o entendimento direto com os empregadores. Tal direito deve ser complementado pelas previsões contidas na Convenção n. 135 da OIT, ratificada pelo Brasil pelo Decreto n. 122/91, com eficácia jurídica supralegal no Direito pátrio, de modo a conferir aos representantes eficazmente a proteção jurídica contra todas as medidas que lhes possam causar prejuízo, incluindo o despedimento (art. 1º⁽¹⁴⁾) bem como as condições que permitam o desempenho das suas atividades (art. 2º, 1º⁽¹⁵⁾).

Tal bloco de normatividade inaugura, no direito positivo brasileiro, a representação dos trabalhadores no seio da empresa, cujo conteúdo jurídico constitucional não permite ir além da participação democrática na empresa, assegurado o direito de associação, reunião, informação, deliberação dos interesses dos trabalhadores e negociação com o empregador.

É esse o núcleo jusfundamental essencial, que não permite redução, sob pena de contrariar

(11) Arts. 56º e ss. da BVG (*Betriebsverfassungsgesetz*).

(12) PINTO, Mário; AZEVEDO, Amândio. A participação dos trabalhadores na empresa: a legislação alemã de codificação. *Revista Diálogo Social*, vol. VIII, n. 30-31, p. 477, 1970.

(13) GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Sañudo; MURCIA, Joaquín García; VALVERDE, Antonio Martín. *Derecho del Trabajo*. 20. ed. Madrid: Tecnos, p. 297.

(14) Os representantes dos trabalhadores na empresa devem beneficiar de uma proteção eficaz contra todas as medidas que lhes possam causar prejuízo, incluindo o despedimento, e que sejam motivadas pela sua condição de representantes dos trabalhadores ou pelas actividades dela decorrentes, pela sua filiação sindical ou pela sua participação em actividades sindicais, na medida em que actuem em conformidade com as leis, convenções colectivas ou outras disposições convencionais em vigor.

(15) Na empresa devem ser estabelecidas facilidades aos representantes dos trabalhadores, de forma a permitir-lhes desempenharem rápida e eficazmente as suas funções.

a dignidade e razão de ser da norma constitucional. A relação entre empregado e empregador tende a ser naturalmente conflituosa e não pode ser reduzida, por qualquer mecanismo fictício, a uma relação de colaboração harmônica de interesses. É por essa razão, prevendo a natural conflituosidade, que a representação dos trabalhadores foi inserida no capítulo dos direitos e garantias fundamentais e a Organização Internacional do Trabalho impõe à empresa o dever de garantir as condições do seu exercício, no que se inclui a proteção do empregado representante.

É com vistas à prevenção/resolução dos conflitos naturalmente existentes na relação *capital-trabalho* que a norma existe e deve ser perseguida pelo legislador infraconstitucional, o que não elimina o veio associativo e a sua inerente combatividade deliberativa e negocial, desde que em harmonia com a lealdade, a boa-fé e o compromisso do entendimento recíproco. Não é outra a opinião doutrinária a esse respeito: “a finalidade da norma em comento reside na promoção do entendimento direito entre empregados e empregadores, no âmbito de trabalho (...). A concórdia e a prevenção de conflitos encontram-se na mira do normativo inovador da Constituição de 1988”⁽¹⁶⁾.

Outro aspecto que deve ser enfrentado ao se examinar o conteúdo jurídico da representação dos trabalhadores do art. 11 da Constituição Federal diz respeito à existência de limite do número de representantes imposto pelo legislador constituinte e, sucessivamente, à possibilidade de instituição de comissão de trabalhadores no âmbito da empresa.

Quanto ao primeiro aspecto, tem-se que a redação da norma tem como objetivo a criação de uma instância de representação para empresas de um determinado porte econômico, não se

extraíndo uma vedação à eleição de mais de um representante, atendendo ao princípio da proporcionalidade, o que pode ser perseguido tanto pelo legislador ordinário quanto pelas normas coletivas da categoria, sem prejuízo de uma pactuação entre as partes no âmbito do regulamento empresarial. Nesse sentido, igualmente, tem apontado a doutrina⁽¹⁷⁾.

No que diz respeito à criação de comissão de trabalhadores, verifica-se que perante tal assunto o legislador constituinte não se ocupou, não havendo qualquer vedação à constituição de uma comissão de trabalhadores, até mesmo por força do princípio da liberdade de associação, desde que o representante com assento na deliberação direta com o empregador seja o representante eleito, não a comissão.

Pode-se argumentar, inclusive, que a comissão está implícita no instituto da representação, uma vez que o representante não age solitariamente e nem é esse o objetivo da norma, que busca por meio de um sujeito autorizado a representação do coletivo, que por uma procedimentalização que assegure a democracia interna, se organize por meio de uma comissão, a qual se encontra ainda mais justificada em caso de eleição de mais de um representante na empresa.

Por fim, saliente-se que o bloco de normatividade da representação dos trabalhadores contempla ainda os vetores essenciais da Constituição do Trabalho, quais sejam, a valorização do trabalho humano (arts. 1º, IV; 170), fundamento da República e da ordem econômica, assim como a promoção da melhoria da condição dos trabalhadores (art. 7º, *caput*), bem como da dignidade da pessoa humana.

4. Exame da representação dos trabalhadores na reforma da CLT

A redação do art. 510 dispõe sobre a finalidade e a composição das comissões de trabalhadores, nos seguintes termos: “Nas empresas com mais de duzentos empregados,

(16) MALLET, Estêvão; FAVA, Marcos. Comentário ao art. 11 da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 647

(17) *Ibidem*. p. 647

é assegurada a eleição de uma comissão para representá-los, com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”.

Um ponto digno de nota inicial diz respeito à criação de um título próprio às comissões de representantes na empresa, independentemente da atividade sindical, com a nítida finalidade de demarcar a posição política de autonomia em relação aos sindicatos. Nada obsta, contudo, inclusive por força da sua liberdade de atuação, que a comissão dialogue com o sindicato representativo da categoria, o que é natural em função das atribuições conferidas pelos itens VII e VIII do art. 510-B, da CLT.

O *caput* do art. 510-A evolui em relação à proposta original, após os substitutivos apresentados, ao dispor sobre a criação da comissão dos trabalhadores, não apenas de um representante dos trabalhadores conforme o projeto original, nas empresas com mais de duzentos empregados, reafirmando o texto constitucional no sentido de promover o “entendimento direto com os empregadores”.

O texto normativo, no que diz respeito à composição das comissões, obedeceu a uma proporcionalidade estrita, não prevendo representante para empresas com menos de duzentos empregados ou mesmo de uma maior composição nas empresas de grande porte ou com mais de um estabelecimento. Aliás, o texto não cuidou dos estabelecimentos, que são as unidades de produção de uma empresa, do que se depreende que o quantitativo não é suficiente se a empresa possuir múltiplos estabelecimentos. É suficiente se considerada uma comissão unitária, mas se houver necessidade de manter representação ao nível dos estabelecimentos, o número pode se revelar insatisfatório. Diante da lacuna, e baseado no princípio da autonomia organizacional, nada impede que a comissão crie meios de diálogo com os estabelecimentos, seja por meio de assembleias periódicas ou mesmo de subcomissões.

Além disso, ao não observar critérios menos estritos de proporcionalidade, a redação atrairá a mesma discussão existente em relação ao art. 522 da CLT, que fixa em sete o número máximo de dirigentes sindicais, sob o argumento de uma interferência estatal na sua autonomia organizativa. Vale lembrar que o TST já flexibilizou tal limite, ao permitir uma maior composição, embora dispondo que não gozarão das garantias previstas no art. 543, § 3º (Súmula n. 369, II, TST).

4.1. Atribuições da comissão dos representantes dos empregados

O dispositivo nuclear do título relativo à representação dos trabalhadores é o art. 510 – B, que fixa as atribuições da comissão dos trabalhadores. A primeira atribuição, prevista no inciso I, é a de “*representar os empregados perante a administração da empresa*”. Por representação, entende-se atuação por conta de outrem, o que significa dizer que incumbe à comissão a atuação no interesse dos representados na empresa. Por “empresa” deve-se entender os seus “órgãos de gestão empresarial”, cuja instância máxima é a assembleia geral, onde por imperativo lógico a representação dos trabalhadores se dará.

O dispositivo, portanto, ao assegurar a representação dos trabalhadores perante a empresa ou seus órgãos, resguarda o direito à informação e consulta, bem como a instrumentalização desses direitos, como emissão de pareceres a respeito dos interesses dos trabalhadores a serem tutelados e/ou negociados. Com efeito, o texto normativo se aproxima ao direito francês, que não assegura o modelo da cogestão, como o faz o direito alemão, mas possibilita os mecanismos democráticos de participação na vida empresarial.

Vale ressaltar que estão naturalmente abrangidos como “empregados” todos aqueles que trabalham em favor do empregador complexo, ou seja, não apenas os empregados diretos, mas também os terceirizados, da mesma forma que

estão naturalmente abrangidos os trabalhadores intermitentes, horistas, teletrabalhadores, a domicílio ou qualquer outra forma atípica de regime de prestação de trabalho, devendo-se assegurar a sua participação nas instâncias de deliberação e decisão, a serem facilitadas, *v. g.*, por meio eletrônico. Não estarão abrangidos os exercentes de órgãos de direção que, em função da sua autonomia, não são qualificados como empregados ou se encontram com o contrato suspenso.

Nos incisos seguintes, traz o bloco da conciliação no âmbito da empresa, em conformidade à matriz negocial da reforma trabalhista, quais sejam, “aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base na boa-fé e do respeito mútuo” (inciso II), “promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos” (inciso III) e “buscar soluções para os conflitos decorrentes das relações de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais” (inciso IV).

O bloco de conciliação elege a comissão como um órgão privilegiado no âmbito do entendimento recíproco, o que supõe a sua instrumentalização, com direito de informação e consulta relativa às matérias de interesse dos empregados, direito de petição aos órgãos de gestão, reunião periódica e deliberação das pautas internas, instância privilegiada de representação dos empregados face aos poderes do empregador e da atividade normativa da empresa. Há, portanto, um amplo aspecto de ordenações que se davam de forma unilateral ao conjunto dos trabalhadores, que passam a ser, depois de instaurada a comissão, por ela mediada.

O inciso V confere uma atribuição que, a princípio, não deveria ser das comissões, uma vez que “assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical” é dever do empregador já garantido na constituição e na legislação infraconstitucional,

daí porque desnecessária a regra. Por outro lado, deve a comissão fiscalizar o direito à não discriminação, por se tratar de um direito que se desenvolve no plano da realidade de uma forma peculiarmente específica, muito dos quais de forma indireta, ou seja, a partir de regulamentos genéricos e em tese lícitos, mas que atingem especialmente os sujeitos diferentes. Por ser a inclusão um tema sensível e particularizado, é conveniente às comissões o dever de cooperar para a não discriminação nas relações de emprego.

Encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação (inciso VI) visa a assegurar às comissões um papel procedimental, de instaurar no seio empresarial mecanismos processuais internos que garantam ao empregado o direito de reclamação, especialmente no que diz respeito ao *jus resistentiae* face aos poderes do empregador, notadamente o *jus puniendi*.

O inciso VII atribui às comissões o dever de “acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho”, ou seja, uma atividade fiscalizatória típica das comissões internas de empresa, que deve dialogar com outras comissões, especialmente a CIPA.

Por fim, demarcando a autonomia e apartamento do sindicato, o legislador impõe às comissões no inciso VIII a tarefa de “acompanhar as negociações para a celebração de convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho, sem prejuízo da atribuição constitucional dos sindicatos”. Ou seja, sua atividade nem prejudica a atuação dos sindicatos nas empresas e ao mesmo tempo em que a sua participação não vincula o ente sindical, típico agente da negociação coletiva.

O § 1º assegura às comissões que as decisões serão sempre colegiadas, observada a maioria simples. Já no parágrafo segundo assegura o direito de organização e atuação independente, o que inclusive corrobora com a ideia de serem

os dispositivos acima enumerados exemplificativos, na medida em que a comissão poderá, de forma independente, atuar para além das atribuições mínimas a ela conferidas, sem sofrer a intervenção da empresa em suas atividades.

Por certo que a atuação independente é não apenas um direito da comissão como um dever que recai sobre o empregador, de forma negativa, no sentido de não obstar tal atuação, e positivo, no sentido de conferir meios para a atuação independente, tal como local apropriado para a sua instalação, direito de reunião, sem prejuízo do salário dos trabalhadores, direito a utilizar os espaços físicos da empresa para a sua atuação e informação, até mesmo porque o meio ambiente da empresa é difuso, pertence a uma coletividade (art. 200, VIII, CF).

4.2. O processo eleitoral

Quanto ao processo eleitoral, a disciplina fica a cargo do art. 510-C, segundo o qual prevê convocação com antecedência mínima de trinta dias do término do mandato anterior, “por meio de edital que deverá ser fixado na empresa, com ampla publicidade, para inscrição de candidatura”. Embora não fique claro, em uma primeira leitura do parágrafo primeiro, quem deverá convocar é a Comissão Eleitoral, já formada por cinco empregados não candidatos. Isto, porque o dispositivo em tela veda qualquer interferência da empresa e do sindicato da categoria no processo, do que se infere que convocação não deve ser feita pela empresa, mas pela Comissão.

Poderão se candidatar, na forma do § 2º, qualquer candidato, salvo aqueles com contrato de trabalho por prazo determinado, contrato suspenso ou que estejam em período de aviso prévio, ainda que indenizado, sendo eleitos os candidatos mais votados, em escrutínio secreto, vedado o voto por representação, que tomarão posse no primeiro dia útil seguinte à eleição ou ao término do mandato anterior.

A eleição será realizada e a comissão empossada, ainda que com o número de candidatos

insuficientes ao quantitativo mínimo previsto no parágrafo primeiro do art. 510-A. Tal previsão normativa torna, a nosso entender, fragilizada a comissão de representantes empossada. No caso, a melhor alternativa normativa seria uma segunda convocação, complementar à primeira, por mais trinta dias, abrindo-se mais inscrições de candidatos. Em caso de manutenção do quadro insuficiente realiza-se a eleição.

Por fim, no que diz respeito ao processo eleitoral, outro dispositivo que não condiz com a dignidade constitucional das comissões de serviços. Dispõe o parágrafo sexto que não havendo nenhum registro de candidatura será lavrada ata e convocada nova eleição no prazo de um ano. O prazo é demasiado elástico e não promove a sensibilização dos trabalhadores para a candidatura. A melhor alternativa, nesse caso, seria uma nova convocação, de trinta dias. Não foi, contudo, a opção do legislador, o que não legitima, por outro lado, a regulamentação infraconstitucional.

4.3. Garantias dos representantes dos trabalhadores

Previstas no art. 510-D, asseguram o mandato de um ano, sendo vedada a recondução, que constava do projeto aprovado na Câmara dos Deputados. A duração de um ano de mandato mostra-se insatisfatória, até porque, não raro, os processos negociais perduram por mais de um ano na prática empresarial, o que acaba por tornar bastante insuficiente o prazo do mandato conferido ao representante da comissão dos trabalhadores. Ao que parece, o legislador buscou equiparar o mandato ao representante da CIPA, que é também de um ano. Ocorre que as atividades do cipeiro, embora de importância fundamental, revelam-se menos abrangentes às da comissão de trabalhadores, que deve cuidar de assuntos muito diversificados, inclusive aqueles correlacionados à gestão da empresa.

Acrescenta o parágrafo primeiro a não elegibilidade do membro que houver exercido a função de representante dos empregados por

dois períodos subsequentes. A redação melhora o projeto original que tornava inelegível o candidato que houvesse cumprido o mandato com recondução. Tal limitação apenas se justificava no caso de mandatos consecutivos, o que é saudável à oxigenação do quadro da comissão dos trabalhadores. O impedimento, por outro lado, da candidatura não consecutiva do empregado que tenha sido eleito em dois mandatos fragilizava ainda mais a comissão, especialmente pela curta duração do mandato.

Mantendo-se a possibilidade de candidatura de representantes que já tenham gozado de mandato, embora com uma “quarentena” de dois mandatos, ao tempo em que oxigena o quadro impossibilita que a comissão seja composta eternamente por “cristãos novos”, sem a experiência que o difícil mister o exige.

O mandato de membro de comissão de representante dos empregados não implica suspensão ou interrupção do contrato de trabalho, devendo o empregado permanecer no exercício de suas funções (§ 2º, art. 510). A redação é novamente lacunosa quanto à interrupção, uma vez que haverá períodos temporais em que o empregado estará na plenitude das suas atividades de representação, que podem durar dias, inclusive. Nesse caso, depõe a razoabilidade em favor da interrupção do contrato. O que o legislador pretende vedar é uma interrupção prévia pelo exercício do mandato, o que é diferente da interrupção para a atividade.

Naturalmente que o representante tem assegurada a garantia contra a dispensa, nos moldes da proteção sindical, isto é, da candidatura até um ano após o mandato. Silencia, contudo, a respeito da proteção contra a transferência do local do serviço e demais atos discriminatórios pelo exercício da função. Quanto à discriminação, o silêncio não importa prejuízo, uma vez que o princípio geral da proteção contra a discriminação abrange, evidentemente, o representante da empresa, inclusive por força da norma internacional. Por outro lado, é grave

a não extensão da proteção contra a transferência dos empregados eleitos representantes, por se tratar de atividade que colide com os interesses empresariais e, na prática, a forma mais imediata de obstaculizar o exercício da função é a transferência do local da prestação do serviço.

Nesse caso, deve prevalecer o entendimento vazado no princípio da não interferência da empresa na atividade sindical, o que representaria um ato de anti-representação por parte da empresa, um atentado contra a democracia interna e a finalidade constitucional da comissão de representação dos trabalhadores.

5. Conclusão

Feitas as considerações a respeito das linhas gerais do quadro normativo da representação no direito comparado, aliado às considerações de ordem constitucional, o cotejo à regulamentação brasileira aponta para restrições do núcleo essencial do direito de representação, que é a participação dos trabalhadores na empresa, notadamente pelo teor instrumental aos interesses do empregador reservado à representação dos trabalhadores.

Por outro lado, convém assinalar que se trata da primeira regulamentação da representação dos empregados no ordenamento jurídico brasileiro, a qual, pela ausência de tradição da figura, serve de pavimento aos desenvolvimentos vindouros, inclusive porque a representação alcança um *status* diferenciado na contemporaneidade, com um conteúdo alargado de atribuições, especialmente no âmbito de negociações atípicas, o que é assunto para outro diálogo.

6. Referências bibliográficas

- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. Coimbra: Almedina, 2007.
- GUTIÉRREZ, Fermín Rodríguez-Saúdo; MURCIA, Joaquín García; VALVERDE, Antonio Martín. *Derecho del trabajo*. 20. ed. Madrid: Tecnos, 2011.

KOCHER, Eva. La repercusión de las formas de participación financeira en el gobierno de las empresas: el caso alemán. In: LANDA ZAPIRAN, Juan Pablo (Org.). *Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa*. (Albacete: Editorial Bomarzo, 2002).

MALLET, Estêvão; FAVA, Marcos. Comentário ao art. 11 da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos; ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 18. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2010.

PÉLISSIER, Jean; SUPLOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. *Droit du travail*. Paris: Dalloz, 2006.

PINTO, Mário; AZEVEDO, Amândio. A participação dos trabalhadores na empresa: a legislação alemã de codificação. *Revista Diálogo Social*, vol. VIII, ns. 30-31, p. 466-512, 1970.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho*. Parte III – Situações laborais colectivas. Coimbra: Almedina, 2015.

A prevalência do negociado sobre o legislado e direitos humanos: a supralegalidade das normas internacionais do trabalho

Roseniura Santos^(*)

Resumo:

- ▶ A reforma trabalhista consolidada no Governo Temer baseou-se no primado da sujeição do trabalho humano ao comando da lógica de mercado. Este cenário conflita com o ideal fixados nas normas internacionais de direitos humanos. As inseguranças do mundo do trabalho (desemprego crescente, heterogeneidade e precarização do mercado de trabalho, desigualdade e exclusão social) são mecanismos do capitalismo contemporâneo que aviltam a dignidade do trabalho humano. Os recursos tecnológicos têm promovido crescente eficiência ao controle, à padronização e à externalização de custos, solidificando um processo de precarização estrutural ainda mais agudo. O contrato de trabalho está situado neste epicentro do sistema produtivo de acumulação flexível, tendo o programa neoliberal como fundamental a busca de mecanismos de ajuste dos riscos relativos à lucratividade. A reforma trabalhista brasileira fixou a supremacia da negociação sobre a lei, contudo, tendo em consideração a supralegalidade das normas internacionais do trabalho, deve-se conferir ao parágrafo único do art. 444 e do art. 611-A da CLT interpretação no sentido de que negociação não pode se sobrepor ou conflitar com as Convenções Internacionais do Trabalho e outros tratados de direitos humanos.

Palavras-chave:

- ▶ Autorregulação — Negociação coletiva — Prevalência — Neoliberalismo — Reforma trabalhista.

Abstract:

- ▶ The labor reform consolidated in the Temer's Administration was based on the primacy of subjecting human labor to the command of the market logic. This scenario conflicts with the ideal set by international human rights standards. Insecurities in the labor market

(*) Mestre em Políticas Sociais e Cidadania. Doutoranda do Programa de Pós-graduação em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica de Salvador, UCSAL,

Salvador-BA, Brasil. Professora Adjunta de Direito do Trabalho da Faculdade Pio Décimo – FPD. Auditora-fiscal do Trabalho.

(rising unemployment, heterogeneity and precariousness of the labor market, inequality and social exclusion) are mechanisms of contemporary capitalism that degrade the dignity of human labor. Technological resources have promoted increasing efficiency in the control, standardization and externalization of costs, solidifying an even more acute process of structural precarization. The labor contract is in this epicenter of the productive system of flexible accumulation, and the neoliberal agenda considers as fundamental mechanisms to adjust the risks related to profitability. The Brazilian labor reform established the supremacy of negotiation on the law, however, taking into account the supralegality of international labor standards, it should be given, to the rules of articles 444 and 611-A of the Brazilian Labor Code, an interpretation in the sense that bargaining can not overlap or conflict with International Labor Conventions and other human rights treaties.

Key-words:

► Self-regulation — Collective bargaining — Primacy — Neoliberalism — Labor reform.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. Autorregulação: o eterno retorno ao cânone da liberdade individual
 - 2.1. Regulação no capitalismo digital: *GIG Economy* e o mercado de trabalho
- 3. O contrato de trabalho no século XXI: neoliberalismo e mercado de trabalho na era digital
- 4. As Convenções Internacionais do Trabalho e sua natureza jurídica de tratado de direitos humanos
- 5. A aplicação do parágrafo único do art. 444 e do art. 611-A da CLT e a supralegalidade das normas internacionais do trabalho
- 6. Considerações finais
- 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

O modelo neoliberal se consolidou através do controle social absoluto pelo mercado e por discursos voltados a justificar reformas políticas, econômicas, sociais e trabalhistas (KREIN, 2011). Ressalta-se que, no Brasil, o processo neoliberal de reestruturação capitalista tem imposto diversas reformas e, recentemente, implementou, através do Governo Temer, mudanças no ordenamento juslaboral.

O presente artigo objetiva analisar a nova regra que fixa a prevalência da negociação coletiva sobre a lei, tendo como parâmetro as normas do sistema internacional de proteção

dos direitos humanos e o sistema constitucional brasileiro. O estudo está contextualizado nos crescentes desafios propulsionados pela hegemonia neoliberal e suas investidas sobre os direitos humanos, principalmente o direito inerente ao trabalho digno.

2. Autorregulação: o eterno retorno ao cânone da liberdade individual

É fundamental delinear o conceito de regulação a partir da compreensão do pensamento e do discurso econômicos apropriados pelo neoliberalismo cuja fonte é o pensamento smithiano e sua ambiguidade consistente no dogma da força autorreguladora do mercado, e a

necessidade de intervenção estatal para proteger a propriedade e liberdade individuais.

Harvey (2011) destaca como o neoliberalismo busca individualizar os custos da reprodução social sob a égide de um discurso falacioso, antiestatista e de defesa da liberdade individual. No âmbito do mercado de trabalho, a hegemonia neoliberal recriou o cenário da primeira Revolução Industrial, delineado por Polanyi:

[...] o mercado de trabalho foi o último dos mercados a ser organizado sob o novo sistema industrial, e esse passo final só foi tomado quando a economia de mercado foi posta em marcha e a ausência de um mercado de trabalho provou ser um mal ainda maior para o próprio povo comum do que as calamidades que acompanhariam a sua introdução. No final, o mercado livre de trabalho, a despeito dos métodos desumanos empregados em sua criação, provou ser financeiramente benéfico para todas as partes envolvidas.

Entretanto, agora surgira o problema crucial. As vantagens econômicas de um mercado livre de trabalho não poderiam compensar a destruição social que ele acarretaria. Tiveram que ser introduzidas regulamentações de um novo tipo para mais uma vez proteger o trabalho, só que agora, contra o funcionamento do próprio mecanismo de mercado. Embora as novas instituições protetoras — sindicatos e leis fabris — fossem adaptadas, tanto quanto possível, às exigências do mecanismo econômico, elas interferiam com sua autorregulação e finalmente destruíram o sistema⁽¹⁾.

Esta ambiguidade, como já acentuado, está presente no pensamento e discurso neoliberais e em diretrizes programáticas para o sistema global. Todavia a referida dualidade contagia o discurso neoliberal, apresentando a seguinte isotomia:

a) Uma dimensão discursiva expressa que sustenta a necessidade de intervenção regulatória para proteger a liberdade do mercado e assegurar a infraestrutura fundamental ao desenvolvimento capitalista; e,

b) Uma outra, que afirma desnecessária e lesiva ao equilíbrio natural do ecossistema econômico a regulação do mercado por ações interventivas do Estado para limitar a liberdade dos agentes econômicos.

A doutrina da liberdade individual autorregulável é dirigida contra as interferências da legislação quando limitadoras das relações econômicas. Mas o Estado deve intervir para assegurar estrutura de incentivos necessários para expansão do capital. Defende-se assim um papel regulatório ativo do Estado em que este deve apenas assegurar a providência econômica. Deste modo, o mercado e seus mecanismos *autônomos* sem interferências externas *naturalmente* conduziria a sociedade à Terra prometida do bem-estar social.

A missão do Estado moderno não é conter as compulsões do capital, mas sim remover obstáculos e promover a sua expansão, o que leva à intervenção e no uso da força institucional para alcançar maiores resultados econômicos possíveis.

Na sociedade neoliberal contemporânea, a concorrência, a rivalidade, a competição são condições para ascensão pessoal estimuladas pelo individualismo tendente à destruição das relações coletivas, dos laços afetivos e da solidariedade. E assim, como observam Dardot e Laval, “todas as formas de crise social sejam percebidas como crises individuais, todas as desigualdades sejam atribuídas a uma responsabilidade individual”⁽²⁾.

Como observa Falcão, o denominado modelo neoliberal resgata o caráter absolutista da propriedade capitalista ao impor os ditames

(1) POLANYI, Karl. *A grande transformação*. Rio de Janeiro: Ed. 1980, p. 99.

(2) DARDOT, P.; LAVAL, C. *A nova razão do mundo — Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 348.

dos interesses do mercado agora em escala global, [...] “o pensamento jurídico liberalista foi, no entanto, o principal responsável pela elaboração da doutrina da propriedade absoluta — ou quase absoluta? — numa clara mesclagem com as formulações políticas e a doutrina econômica da época”⁽³⁾.

Neste quadro, há um certo *determinismo regulatório do capital* que aniquilaria o papel histórico do indivíduo porque se forja imposição dos objetivos do mercado contra os desejos subjetivos. Contudo, este processo de controle objetivo (ou regulação) não é natural e inevitável, mas sim um processo determinado histórica e hegemonicamente e, ao mesmo tempo, é também determinante de conjunturas históricas.

A digitalização da força de trabalho pela utilização de *softwares* para gerenciar a demanda de serviço, ganhando tempo e eliminando, impactando nas políticas regulatórias tradicionalmente baseadas na lógica de contratados de trabalho em relação subjetivada com subordinação do trabalhador ao tomador do serviço de modo direto. À gestão digital da mão de obra por meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se conferem características objetivas à subordinação do trabalhador.

Perpetra-se uma erosão do trabalho contratado e juridicamente protegido substituído pelas diversas formas de exploração do trabalho programadas para externalizar riscos, custos e responsabilidades empresariais tais como o empreendedorismo, trabalho voluntário, cooperativismo, terceirização e por novas modalidades de trabalho atípico, bem como a contratação marcada pela informalidade da relação de emprego. Tais aspectos não são puros efeitos, mas elementos congênitos ao sistema de acumulação capitalista flexível na medida em que organicamente asseguram a formação do novo trabalhador individual

e coletivo como garantia da reprodução do capital mediante controle eficaz das subjetividades “dentro de um contexto de mercado de trabalho flexível, em que a ameaça do desemprego está no horizonte de todo assalariado”⁽⁴⁾ e, deste modo, a massa de trabalhadores, inclusive nos níveis de maior qualificação profissional, é posta à mercê de sua própria sorte, tornando-se os trabalhadores, premidos pelas necessidades, mais domesticáveis e suscetíveis a aceitar o trabalho zero hora porque não têm outra alternativa.

Este cenário conflita com o ideal fixado nas normas internacionais de direitos humanos que buscam criar condições que permitam a cada pessoa humana gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos, isenta de temor da miséria. As inseguranças do mundo do trabalho (desemprego crescente, heterogeneidade e precarização do mercado de trabalho, desigualdade e exclusão social) transmutam-se em elementos exponenciais e estruturantes do capitalismo contemporâneo que aviltam a dignidade do trabalho humano, dramaticamente agravados pelos avanços tecnológicos.

2.1. Regulação no capitalismo digital: GIG Economy e o mercado de trabalho

Retomando a expressão de Negroponte, Zellmeister e Petit (1995), define-se a economia digital como designação de uma infraestrutura de comunicação digital que constrói interações entre as pessoas e organizações num ecossistema econômico caracterizado pela virtualidade, instantaneidade e por um alcance sem fronteiras.

A economia digital ou *GIG Economy* pode ser definida, numa apertada síntese, como a parcela da produção econômica derivada de uma série de insumos que inclui habilidades digitais, equipamentos (*hardware*, *software* de comunicação) e a intermediação digital aplica-

(3) FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 236.

(4) DARDOT; LAVAL, *op. cit.*, 2014, p. 229.

das na produção de bens e serviços. O modo de gestão produtiva da *Gig Economy* permite que as empresas possam flexibilizar com mais amplitude o processo de produção, porém, *sem perder o controle*, como ressalta Appay (1997):

A autonomia controlada é um conceito paradoxal que permite conceber: que os processos de concentração e de atomização do aparelho produtivo não são mais necessariamente contraditórias; que as novas formas de organização do trabalho que privilegiam a autonomia, a cooperação e a inovação não são dissociáveis de um questionamento sobre o poder e a dominação. *Permite pensar a emergência de um poder estratégico que se utiliza de novos princípios de controle centralizado e de autocontrole das unidades autônomas.* Com a autonomia controlada, a concentração de poder produtivo não passa mais necessariamente pela concentração econômica, mas por novas formas organizacionais particularmente flexíveis, até mesmo transitória. Por mais paradoxal que isto possa parecer, a concentração econômica passa de hoje em diante pela fragmentação estrutural, por lógicas de exteriorização dos riscos, dos custos e das responsabilidades⁽⁵⁾ (tradução nossa). Grifamos.

Os recursos tecnológicos, ao maximizar o processo de gestão da mão de obra, promovem contínua mudança no sistema de gestão da força de trabalho para ajustá-la à lógica da produção cada vez mais tendente a buscar maior flexibilidade. As inovações são, precipuamente, destinadas a dar máxima eficiência ao controle, à padronização e à externalização de custos com foco na flexibilização de todos os componentes do fator trabalho, solidificando um agudo processo de precarização estrutural.

O novo modelo de produção denominado economia digital ou de plataforma constitui

uma dimensão da atual evolução do capitalismo que afeta drasticamente todo o mercado de trabalho, inclusive aqueles que estão completamente (*off-line*) (alheio ao mundo digital). A *Gig Economy* tem afetado todo o mercado de trabalho por potencializar a extração de lucro pela automação da economia. Este processo atinge não só segmentos de alta tecnologia, pois afeta, em ricochete, todos os demais campos do mercado de trabalho próximos a seu centro gravitacional. Alcança inclusive os espaços tradicionalmente regulados que também sofrem irradiações do mundo virtual⁽⁶⁾.

[...] o modo UBER de organizar e remunerar a força de trabalho se distancia crescentemente da regularidade do assalariamento formal, acompanhado geralmente pela garantia dos direitos sociais e trabalhistas. Os experimentos de UBERização do trabalho avançam em forma diversificada no espaço supranacional. Começaram com iniciativas no transporte individual, por meio da desregulamentação generalizada na oferta de sistema de táxis por aplicativos das tecnologias de informação e comunicação, alcançando atualmente os contratos de zero hora, cujo trabalhador permanece em casa aguardando a demanda de sua força de trabalho advinda de qualquer parte do mundo.⁽⁷⁾

A economia de plataforma fornece uma nova luva para a mão invisível do capital no século XXI.

Plataformas criam valor através do contato intermediado entre compradores e vendedores de um produto ou serviço. Pela sua natureza, constituem um sistema que pode

(5) APPAY, Béatrice. Précarisation sociale et restructurations productives In: APPAY, B.; THÉBAUD-MONY, A. (Orgs.). *Précarisation sociale, travail et santé*. Paris, p. 509-533, 1997, p. 529.

(6) Especialmente, impactam nos níveis de remuneração, como ilustra os conflitos entre os motoristas Uber e taxistas do modelo tradicional que se estabeleceram em diversos países em que a empresa atua.

(7) POCHMANN, Márcio. Terceirização, competitividade e uberização do trabalho no Brasil. In: TEIXEIRA, Marilane Oliveira; RODRIGUS, Helio; COELHO, Elaine d'Ávila (Orgs.). *Precarização e terceirização: faces da mesma realidade*. São Paulo: Sindicato dos Químicos-SP, 2016. p. 61-62

ser muito mais eficiente do que as empresas tradicionais, combinando elementos de negócios com elementos de mercado. Mas também, sua superioridade é baseada em seu potencial de velocidade e escalabilidade, sem incorrer em crescentes custos e investimentos necessários para as empresas tradicionais.⁽⁸⁾ (Tradução nossa)

No capitalismo digital ampliam-se mecanismos de controle que buscam superar a relação de produção hierarquizada e suas regulações (normativas, pragmáticas). As plataformas digitais estabelecem um controle sem um sujeito visível porque ocultado por diversos aparatos tecnológicos articulados para desempenhar um papel regulatório sob égide do capital digital com uma potencialidade destrutiva sem precedentes, especialmente quando apropriadas por reformas legislativas como a denominada Reforma Trabalhista brasileira, recentemente, implementada pelo Governo Temer, estabeleceu a prevalência do negociado sobre o legislado cujas implicações podem ter impactos sem precedentes em nosso sistema jurídico.

3. O contrato de trabalho no século XXI: neoliberalismo e mercado de trabalho na era digital

Neste cenário, os contratos, incluído o do trabalho, são instrumentos jurídicos da circulação de riquezas, todavia tem um sentido mais largo como símbolo de uma determinada ordem social e como modelo de certa organicidade da sociedade com toda sua complexidade. Vives (2015) destaca que o “contrato torna-se, assim, a bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em definitivo, o elemento da sua legitimação”⁽⁹⁾, ganhando o contrato um valor acentuadamente ideológico e político. No mesmo sentido, Roppo (2008):

(8) VIVES, Luis. La revolución de la economía de plataformas. *Harvard Deusto Business Review*, n. 243, p. 52-63, 2015, p. 52.

(9) ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 28.

A teoria política do contratualismo mostra, assim, à evidência como o conceito de contrato (melhor: um certo conceito de contrato) pode ser utilizado, e foi historicamente utilizado, com a função ideológica, quer dizer — como a função de parcial ocultamento ou disfarce da realidade, operado com fim de melhor prosseguir ou tutelar determinados interesses. Mas isto resulta ainda mais claramente vírgula e para nós mais significativa e relevantemente, se analisarmos as doutrinas e os princípios em matéria⁽¹⁰⁾ de contrato elaborados pela ciência jurídica e codificados pelos legisladores a partir do século passado, no apogeu da hegemonia política e cultural da classe burguesa, e que — embora de várias formas contestados e abalados — ainda hoje continua a exercer a sua influência⁽¹¹⁾.

A economia digital, no âmbito do mercado de trabalho, acentua o retorno aos dogmas da liberdade individual e da igualdade entre capital e trabalho, espelhado no discurso econômico da defesa da liberdade e igualdade individuais que tenta impor uma reconfiguração do contrato de trabalho para retroceder aos moldes de contratos meramente civis ou comerciais.

[...] capitalista e trabalhador subordinado devem ser formalmente iguais porque ambos devem aparecer igualmente (apenas na veste de) possuidores de mercadorias a negociar através de uma “troca de equivalentes”; a igualdade das pessoas é um reflexo da igualdade das mercadorias trocadas: ainda que tal igualdade seja, na realidade, puramente formal ilusória, porque a mercadoria oferecida pelo segundo é um atributo em uma expressão de sua própria pessoa (pelo que a sua formal liberdade de contratar se resolve na sua substancial sujeição) e porque a troca é substancialmente desigual, deve ser desigual para garantir ao detentor dos meios de produção apropriação da

(10) *Ibidem*, p. 46.

(11) *Ibidem*, p. 29-30.

mais-valia, pela qual se rege, como seu fundamento primeiro, todo sistema capitalista. Além disso, liberdade de contratar significa o pressuposto jurídico da mais intensa e multiforme circulação das mercadorias, uma vez produzidas: condição essencial, também esta, para o funcionamento do sistema capitalista e, portanto, para realização, de forma privilegiada, dos interesses da classe capitalista (ROPPO, 2008, p. 40).

Ressalta-se que o descumprimento da legislação com a condescendência das instituições de controle aliado e o uso estratégico de novas fórmulas jurídico-contratuais são uma forma efetiva de flexibilização precarizadora do mercado de trabalho (KREIN, 2007) como a regra de prevalência de cláusulas contratuais ajustadas individual ou coletivamente sobre as disposições legais, retomando um caráter formalista dos contratos de trabalho a despeito das peculiaridades da relação capital-trabalho que não tem como objeto simples mercadoria.

Neste quadro, caracteriza-se um processo de precarização estrutural do trabalho e de desmonte da legislação social protetora do trabalho aumentando ainda mais os mecanismos de extração do sobretrabalho, mediante destruição dos direitos sociais arduamente conquistados.

Longe de ser apenas um modo de gestão do trabalho pelo capital, gostaríamos de propor aqui que, sob a perspectiva biopolítica do capital, a precariedade tornou-se primeiro intelectualmente e deve se tornar praticamente uma forma de existência, um “estilo de vida”. Em outras palavras, gostaríamos de levar a sério a frase bem conhecida de Laurence Parisot, a atual presidente do MEDEF, quando ela disse: “A vida é precária, o amor é precário, por que o trabalho escaparia desta lei? (*Le Figaro*, 2005)”. Sempre é bom levar a sério essas pequenas frases que parecem insignificantes, mas que, sem sequer precisar de longa exegese, falam da dominação do capital sobre o trabalho e a vida, como esta outra sentença inesquecível também

de Laurence Parisot, que afirma: “a liberdade de pensamento termina onde começa o código de trabalho”. Temos aqui um discurso claro de uma estratégia oculta.⁽¹²⁾

A precarização do trabalho emerge assim com uma racionalidade econômica regulatória na medida em que:

Quanto mais aumentam a competitividade e a concorrência intercapitalistas, mais nefastas são suas consequências das quais duas são particularmente graves: *destruição e/ou precarização, sem paralelos em toda a era moderna, da força humana que trabalha* e a degradação crescente do meio ambiente, *na relação metabólica entre homem, tecnologia e a natureza, conduzida pela lógica societal voltada prioritariamente para a produção de mercadorias e para o processo de valorização do capital*⁽¹³⁾ (grifos não originais).

O contrato de trabalho está situado neste epicentro do sistema produtivo de acumulação flexível que tem uma contradição congênita em que a flexibilização do uso do capital e do trabalho é fundamental para a busca de mecanismos de ajuste dos riscos relativos à taxa lucratividade (*estabilidade ou segurança econômica*), mas tem como elemento central a precarização dos direitos sociais (*instabilidade ou insegurança social*).

O capital se reinventa na era digital, pretendendo conferir aos contratos de trabalho uma informalidade à margem do arcabouço regulatório formal, externalizando o ônus dos riscos econômicos integralmente para os trabalhadores e, ao seu modo sem freios e reformatando um exército de reserva de mão de obra desvinculado do sistema regulatório jurídico-formal, mas agora gerenciado via plataformas digitais.

(12) LAVAL, Christian. Precariedade como “estilo de vida” na era neoliberal. *Parágrafo: Revista Científica de Comunicação Social da FIAM-FAAM*, v. 5, n. 1, 2017, p. 100.

(13) MÉSZÁROS, István. *Para além do capital*. Tradução de Paulo César Castanheira e Sérgio Lessa. 1. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 30.

Este aspecto se reflete nas ideologias da regulação e do contrato que, na visão puramente econômica, visa garantir uma estrutura de incentivos para o *bom funcionamento* da economia que reclamam, de um lado, proteção à propriedade e investimentos (regulação de incentivos contratuais) e, de outro, desproteção do trabalho (desregulação do contrato laboral).

Neste contexto geral, a plataforma do Governo Temer assimila as diretrizes do documento peemedebista *Ponte para o Futuro*, que foi renomeado, passando a *Para reconstruir o Brasil*, que constitui uma retomada da agenda neoliberal dos anos 1990. O programa mencionado apresenta, como eixo central, o plano econômico que tem como objetivo fundamental a melhoria do ambiente de negócios principalmente a partir da denominada reforma trabalhista a partir, em especial, pela regra da prevalência do negociado sobre o legislado inserido pela Lei n. 13.467/17 que está impregnada dessa lógica regulatória que ignora a indissociabilidade entre trabalho e a dignidade da pessoa humana. Como advertiu Reale:

O problema da globalização, ainda em processo de desenvolvimento, não comporta tratamento minucioso e global, mas não pode deixar de ser objeto de profundos estudos para se verificar a possibilidade de cautelosa interferência em sua vertiginosa expansão⁽¹⁴⁾.

No Brasil, sob o discurso de modernização do mercado de trabalho, o Governo Temer aprovou reforma trabalhista que tem como diretriz fundamental a livre negociação com prevalência do negociado sobre o legislado. A reforma referida atinge o eixo vital do Direito e do Contrato de Trabalho enquanto mecanismos de regulação e de proteção social mínima para o trabalhador.

(14) REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. *Revista da EMERJ* – online, edição especial, parte 1, p. 40, 2000.

4. As Convenções Internacionais do Trabalho e sua natureza jurídica de Tratado de Direitos Humanos

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos é formado por um conjunto de tratados, declarações ou convenções que buscam garantir os direitos humanos enquanto atributos da pessoa humana. A proteção efetiva destes direitos se consolidou historicamente em decorrência das violações praticadas pelos nazistas contra os judeus durante o holocausto. A partir de então, a sociedade internacional passou a fixar princípios e normas para assegurar a dignidade humana, bem como responsabilização dos Estados no plano internacional (PIOVESAN, 2008; 2015). A aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948 é o marco fundamental.

A ordem constitucional brasileira trouxe originariamente um claro programa de proteção ao trabalho humano que se harmoniza com as normas internacionais e se compromete com sua proteção, efetivação e incorporação. A Constituição brasileira fixa cláusula aberta em seu art. 5º, § 2º, para incorporar outros direitos e garantias não expressos, mas que decorrem do regime e dos princípios humanistas por ela adotados bem como dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

O apreço constitucional também está expresso no reconhecimento da hierarquia normativa dúplice e especial imanente aos tratados de direitos humanos uma vez que são, em regra, supralegais, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna, podendo alcançar *status* constitucional, conforme dicção do § 3º do art. 5º, não podendo assim ser equiparado às leis internas.

O direito ao trabalho digno é direito humano reconhecido pela DUDH em seu art. 23 que preceitua:

I) Todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a *condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego*.

II) Todo o homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

III) Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, *uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.*

IV) Todo o homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses. (Grifos não originais)⁽¹⁵⁾

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José) elenca diversos direitos civis e políticos que podem auxiliar na defesa dos direitos sociais. Destaca-se o art. 26 que determina o compromisso dos Estados em promover o desenvolvimento progressivo mediante providências que provejam plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas e sociais na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Ressalte-se que o Protocolo Facultativo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) firma o compromisso dos Estados com a proteção e promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais dada a interdependência e indivisibilidade destes direitos com os direitos civis e políticos. O citado protocolo foi promulgado pelo Brasil através do Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999, em seu preâmbulo, estabelece:

Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto *as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana*, pelo qual exigem

uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros;

Os direitos sociais, a teor do art. 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, são indispensáveis à plena garantia da dignidade e ao livre desenvolvimento de personalidade do indivíduo. Também o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais assegura direito ao trabalho com condições justas, equitativas e satisfatórias a serem implementadas pelas legislações nacionais.

Numa sociedade cada vez mais globalizada é essencial proteger o direito humano ao trabalho digno tanto sob a ótica da justiça social quanto sob o ponto de vista econômico, uma vez que o nível de efetividade dos direitos laborais interfere decisivamente sobre o equilíbrio concorrencial entre os agentes econômicos pelas práticas caracterizáveis como *dumping social* (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014). Este perfil regulatório das normas de proteção ao trabalho está explicitado no item IV da Declaração referente aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho (Anexo da Constituição da OIT):

A Conferência — convencida de que uma utilização mais ampla e completa dos recursos da terra é necessária para a realização dos objetivos enumerados na presente Declaração, e pode ser assegurada por uma *ação eficaz nos domínios internacional e nacional, em particular mediante medidas tendentes a promover a expansão da produção e do consumo, a evitar flutuações econômicas graves, a realizar o progresso econômico e social das regiões menos desenvolvidas, a obter maior estabilidade nos preços mundiais de matérias-primas e de produtos, e a favorecer um comércio internacional de volume elevado e constante* — promete a inteira colaboração da Organização Internacional do Trabalho a todos os organismos internacionais aos quais possa ser atribuída uma parcela de responsabilidade nesta grande missão, como na melhoria da saúde, no aperfeiçoamento

(15) ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Normas Internacionais de Proteção a Direitos Humanos*, 2017, versão on line.

da educação e do bem-estar de todos os povos.⁽¹⁶⁾

Cabe observar que este aspecto regulador dos direitos sociais, no plano das relações econômicas internas e internacionais, foi um dos principais fatos propulsores da criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919 logo após o fim da I Guerra Mundial, precedendo em muito a criação da Organização das Nações Unidas que se deu somente em 1945 após a II Guerra Mundial. A precedência da criação da OIT é indicativa da urgência de uma regulação adequada do trabalho humano como considerado no preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (Declaração de Filadélfia) que afirma “que a paz para ser universal e duradoura deve assentar sobre a justiça social”.

Com a criação da OIT, instituiu-se um sistema internacional especial de proteção do direito humano ao trabalho digno que, progressivamente, com o avanço da globalização da economia, tem se tornado fundamental composto por três dimensões:

- a) Celebração de um consenso internacional para fixar parâmetros mínimos de proteção do direito humano ao trabalho através do tripartismo mediante participação de representações dos Governos, dos trabalhadores e dos empregadores para estabelecer normas de trabalho, bem como formular políticas públicas e programas para promover o trabalho decente;
- b) Imposição de deveres jurídicos aos Estados-membros consignatários que são obrigados a informar regularmente sobre as medidas tomadas para tornar efetivas as Convenções ratificadas;
- c) implementação de um sistema de controle, avaliação e monitoramento dos cumprimentos das Convenções e Recomendações

(16) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenções Internacionais do Trabalho*. Versão on line, 2017.

da OIT pelos Estados-membros através do Comitê de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações (órgão independente, constituído por juristas).

As Convenções Internacionais do Trabalho possuem, pois, natureza jurídica de tratados de direitos humanos em razão de seu objeto que está definido na referida Declaração anexa à Constituição da OIT que estabelece em seu item II:

A Conferência, convencida de ter a experiência plenamente demonstrado a verdade da declaração contida na Constituição da Organização Internacional do Trabalho, que a paz, para ser duradoura, deve assentar sobre a justiça social, afirma que:

a) *todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades;*

b) a realização de condições que permitam o exercício de tal direito deve constituir o principal objetivo de qualquer política nacional ou internacional;⁽¹⁷⁾

O trabalho não é uma mercadoria, é expressão da dignidade da pessoa humana. Este princípio está presente no arcabouço constitucional brasileiro ao preceituar como princípios fundamentais da República a dignidade humana e a valorização social do trabalho (CF, art. 1º, incisos III e IV), bem como determina como objetivos fundamentais “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (CF, art. 3º, incisos I e III). Também declara proteção aos direitos sociais (CF, art. 6º).

Este panorama constitucional e o arcabouço jurídico internacional evidenciam o caráter de direito humano dos direitos sociais, destacadamente o direito ao trabalho digno que é objeto de proteção especialmente pelas Convenções

(17) *Ibidem*, 2017.

Internacionais do Trabalho produzidas no âmbito da OIT que, no ordenamento jurídico brasileiro, possui hierarquia supralegal ou constitucional (§ 3º do art. 5º da Constituição Federal).

5. A aplicação do parágrafo único do art. 444 e do art. 611-A da CLT e a supralegalidade das normas internacionais do trabalho

A Lei n. 13.467/17 prevê a prevalência do negociado sobre as disposições fixadas em lei ao dispor no art. 611-A que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho *têm prevalência sobre a lei*. Também foi dada nova redação ao art. 444, incluindo a hipótese de a negociação individual poder ter também prevalência sobre a lei:

Art. 444. [...]

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

A Reforma Trabalhista do Governo Temer retoma os dogmas da liberdade e igualdade entre as partes com grande potencial implosivo das proteções consolidadas nas regulações da legislação laboral. Recorre-se à ideia da autorregulação pela qual o capital busca um alinhamento global sem diplomacias alternativas (SOUZA SANTOS, 2013), avançando na arena jurídica laboral.

As novas disposições normativas referentes ao negociado sobre o legislado suscitam indagação quanto ao alcance da prevalência do negociado individual ou coletivamente, pois medidas civilizatórias assentadas no ideário humanista corporificadas em tratados de direitos humanos, normas constitucionais e convenções internacionais do trabalho editadas no âmbito

da OIT são obstáculos juridicamente intransponíveis à corrida neoliberal para a desregulação jurídico-laboral.

A eficácia das negociações mencionadas com supremacia sobre a lei deve ter interpretação conforme a Constituição Federal, tendo em consideração a natureza jurídica e a supralegalidade das Convenções Internacionais do Trabalho e demais tratados internacionais que disponham sobre o trabalho humano. Cabe, assim, conferir ao parágrafo único do art. 444 e do art. 611-A da CLT interpretação no sentido de que negociação em tais hipóteses não podem sobrepor-se ou conflitar com as Convenções Internacionais do Trabalho e outros tratados internacionais de direitos humanos por possuírem hierarquia supralegal ou constitucional, uma vez que o trabalho digno, protegido e socialmente valorizado é direito humano fundamental.

Ressalta-se, no arcabouço internacional, as disposições dos arts. 6 e 7 do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador):

Art. 6 – Direito ao Trabalho

1. *Toda pessoa tem direito ao trabalho, o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa através do desempenho de atividade lícita, livremente escolhida ou aceita.*

2. Os Estados-Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados-Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem o adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho.

Art. 7 – Condições Justas, Equitativas e Satisfatórias de Trabalho.

Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze desse direito em condições justas, equitativas e satisfatórias, para que *esses Estados garantirão em suas legislações internas, de maneira particular:*

a) remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores *condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção;*

[...]

e) segurança e higiene no trabalho;

[...]

g) limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;⁽¹⁸⁾

Estas regras evidenciam o caráter de direito humano inalienável ao trabalho digno pelo que a aplicação do art. 611-A, e, destacadamente, do parágrafo único do art. 444 da CLT, deve ponderar que estão fora do alcance negociação coletiva ou individual as regras fixadas por tratados internacionais de direitos humanos, especialmente, temas como jornada de trabalho, salário e saúde e segurança do trabalho.

6. Considerações finais

A economia digital ou *GIG Economy* baseia-se no uso das tecnologias da informação e comunicação para produzir bens e serviços, tendo a intermediação digital como principal ferramenta do modo de gestão produtiva na atual evolução do capitalismo. A economia digital tem afetado o mercado de trabalho, irradiando efeitos contudo nas demais esferas do mundo do trabalho, até mesmos os espaços que não têm tido avanços na automação da força de trabalho. O contrato de trabalho está situado neste epicentro do sistema capitalista.

(18) ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2017, versão *on line*.

No âmbito do mercado de trabalho, a reestruturação produtiva com base na doutrina neoliberal tem acentuado o retorno aos dogmas da liberdade individual e da igualdade formal entre os sujeitos contratuais, buscando impor uma reconfiguração do contrato de trabalho para retomar o modelo de contratos civis ou comerciais. Busca-se deste modo garantir uma estrutura de incentivos e proteção à propriedade e investimentos a custo de desproteção do trabalho num processo de mercantilização ou coisificação do trabalho humano que afronta a dignidade da pessoa humana.

A Reforma Trabalhista do Governo Temer adotou o recurso estratégico de retratar discursivamente o sistema de proteção ao trabalho como obstáculo ao crescimento econômico e à geração de empregos. As alterações celetistas foram marcadas pela busca da remoção de obstáculos ao processo de acumulação capitalista. Todavia, as regras estabelecidas no *caput* do art. 611-A e parágrafo único do art. 444 da CLT devem ser interpretadas nos limites da ordem constitucional brasileira que evidencia a proteção plena ao direito humano inalienável ao trabalho digno.

A regra da prevalência do negociado sobre o legislado tem como limite constitucional, dentre outros, a exclusão do objeto de negociação nas matérias reguladas por tratados internacionais de direitos humanos pertinentes à proteção ao trabalho humano em quaisquer de suas modalidades, dada a sua hierarquia supralegal ou constitucional.

7. Referências bibliográficas

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho*: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Boitempo, 2009.

APPAY, Béatrice. *Précarisation sociale et restructurations productives*. In: APPAY, B.; THÉBAUD-MONNY, A. (Orgs.). *Précarisation sociale, travail et santé*. Paris, p. 509-533, 1997.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2017.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 set. 2017.

DARDOT, P.; LAVAL, C. *A nova razão do mundo — Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2014.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LAVAL, Christian. Precariedade como “estilo de vida” na era neoliberal. *Parágrafo: Revista Científica de Comunicação Social da FIAM-FAAM*, v. 5, n. 1, p. 100-108, 2017.

MÉSZÁROS, István. *Para além do capital*. Tradução de Paulo César Castanheira e Sérgio Lessa. 1. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2011.

NEGROPONTE, Nicholas; ZELLMEISTER, Gabriel; PETIT, Cuca. *A vida digital*. São Paulo: Cia. das Letras, 1995.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Normas Internacionais de Proteção a Direitos Humanos*. Versão On line. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

_____. *Convenções Internacionais do Trabalho*. Versão On line. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 27 set. 2017.

PIOVESAN, Flavia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. *Revista Jurídica da Faculdade de Direito/Faculdade Dom Bosco*, v. 2, n. 1, p. 20-33, 2008.

POCHMANN, Márcio. Terceirização, competitividade e uberização do trabalho no Brasil. In: TEIXEIRA, Marilane Oliveira; RODRIGUES, Helio; COELHO, Elaine d'Ávila (Orgs.). *Precarização e terceirização: faces da mesma realidade*. São Paulo: Sindicato dos Químicos-SP, 2016.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista da EMERJ – online*, edição especial, parte 1, 2000, p. 38-44. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/>. Acesso em: 3 jan 2015.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências*. São Paulo: Leya, 2013.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. São Paulo: LTr, 2007.

VIVES, Luis. La revolución de la economía de plataformas. *Harvard Deusto Business Review*, n. 243, p. 52-63, 2015.

Reflexões sobre a reforma trabalhista: a (im)possibilidade de mitigação de princípios pela perspectiva da integridade do Direito

Vanessa Cristina Gavião Bastos^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo objetiva analisar a Reforma Trabalhista sob um prisma principiológico, verificando uma possível mitigação ou relativização dos princípios trabalhistas frente às alterações promovidas pela Lei n. 13.467/17. Para tanto, utilizar-se-á da hermenêutica política, a partir da teoria substancialista de Ronald Dworkin, a fim de que se considere a integridade do Direito, bem como a aplicação da teoria do *chain novel*, na interpretação da nova legislação, garantindo, assim, a manutenção dos preceitos e fundamentos trabalhistas. A metodologia consistirá na análise bibliográfica acerca da referida teoria.

Palavras-chave:

- ▶ Reforma trabalhista — Alterações — Princípios — Relativização — Integridade.

Abstract:

- ▶ The present article aims to analyze the Labor Reform under a prism of principle, verifying a possible mitigation or relativization of labor principles towards the changes promoted by Law n. 13.467/17. Therefore, it will use political hermeneutics, based on Ronald Dworkin's substantialist theory, in order to consider the integrity of the law, as well as the application of the chain novel theory, in the interpretation of the new legislation, maintaining the labor principles. The methodology will consist of the bibliographical analysis about this theory.

Key-words:

- ▶ Labor reform — Changes — Principles — Relativization — Integrity.

(*) Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM, na área de concentração Constitucionalismo e Democracia. cursando disciplina isolada do Doutorado em Direito da PUC Minas. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de

Minas Gerais (2008). Analista Jurídico da Autarquia – Departamento Municipal de Água e Esgoto de Poços de Caldas. Professora do curso de graduação (Direito) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG, campus de Poços de Caldas e da pós-graduação desta mesma Universidade.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Dos princípios trabalhistas
- ▶ 3. Das alterações pela Lei n. 13.467/17
- ▶ 4. Da integridade do Direito em Ronald Dworkin
- ▶ 5. Da aplicação de regras e princípios frente à reforma trabalhista
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

A Reforma Trabalhista, fruto de esforço do poder Legislativo para dar uma resposta imediata a uma parcela da sociedade, modifica substancialmente inúmeros preceitos há muito tempo já estabelecidos pela Justiça obreira.

Não se olvida que fosse necessário revisar a legislação trabalhista, a fim de adequá-la à realidade atual, no entanto, o que se viu foi um atropelo às normas protetivas da CLT, culminado em reformas que nem sequer foram objeto de discussão junto à sociedade. A Lei n. 13.467/17 apresenta profundas alterações nos direitos trabalhistas e se caracteriza como um instrumento que, aparentemente, coloca em questão a aplicação de princípios trabalhistas.

Os direitos trabalhistas, até então objeto de proteção pelas normas estatais, bem como pelos princípios trabalhistas, especialmente o princípio da proteção, da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, da inalterabilidade contratual lesiva e da interpretação mais favorável, sofrem neste momento uma censurável sensação de incerteza.

Isso porque, em diversos momentos do novo texto legislativo, há a menção à possibilidade de maiores negociações de direitos trabalhistas, criando, inclusive, a figura de um empregado “hiperssuficiente” (art. 444, parágrafo único, da CLT) que poderá negociar individualmente seus direitos trabalhistas, até então irrenunciáveis, podendo, inclusive, ter seu litígio submetido à arbitragem.

Assim, em uma leitura rasa e superficial da legislação novel, parece existir uma mitigação dos princípios trabalhistas, de forma que a proteção até então existente passa a ser relativizada. Diante deste cenário, faz-se imprescindível averiguar o real posicionamento dos princípios no ordenamento jurídico, bem como a força normativa destes face às alterações na lei ordinária, a fim de verificar um caminho interpretativo adequado aos conceitos, preceitos e fundamentos trabalhistas, em que pese a reforma realizada.

Para tanto, utilizar-se-á da hermenêutica política, considerando-a como referencial teórico para a construção de uma interpretação que possa diferenciar regras de princípios e que seja utilizada como supedâneo para sustentar a plena aplicabilidade dos princípios trabalhistas em face da Lei n. 13.467/17.

Indubitavelmente, o presente não pretende esgotar o assunto, haja vista a multiplicidade de facetas a ele correspondentes, no entanto, busca fornecer argumentos sólidos na defesa da força normativa principiológica quando em conflito com a lei ordinária.

2. Dos princípios trabalhistas

Neste íterim, para que seja possível tratar acerca dos princípios do Direito do Trabalho, faz-se imprescindível determinar a função que ocupam no ordenamento jurídico, eis que considerados como normas jurídicas ao lado das regras. Neste cenário, ensina Alice Monteiro de Barros:

Os princípios gerais do direito, assim como os princípios peculiares, atuam no processo de heterointegração diante da lacuna da lei, assim sendo, os princípios peculiares à disciplina do Direito do Trabalho são conceituados como linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas e regulamentam as relações de trabalho, de acordo com os critérios distintos dos que encontram-se em outros ramos do direito.⁽¹⁾

Lado outro, Carlos Henrique Bezerra Leite⁽²⁾ afirma que os princípios exercem tríplice função no ordenamento jurídico, são elas, informativa, interpretativa e normativa. E continua:

Os princípios possuem funções, dentre elas, possui a função interpretativa que é destinada ao legislador, que lhe confere a atividade legislativa em consonância com os princípios e valores políticos, sociais, éticos e econômicos do ordenamento. A função interpretativa é vinculada ao aplicador do direito, já que prestam a compreensão dos significados contidos na norma que compõe o ordenamento jurídico. No que tange à função normativa, a mesma também é destinada ao aplicado do direito, decorre na possibilidade da aplicação do princípio tanto na forma direta, ou quanto à forma indireta por meio de uma lacuna.⁽³⁾

Em sendo assim, partindo-se da premissa do pós-positivismo, no qual princípios são considerados normas jurídicas, tem-se que o seu papel no ordenamento jurídico é essencial, especialmente em se tratando de uma ciência como a trabalhista, na qual o comportamento da sociedade tanto influencia.

Assim, o princípio da proteção, norteador de todos os demais princípios trabalhistas, sempre determinou tratar-se o empregado de sujeito hipossuficiente e, consequentemente,

que demandava proteção especial, o que baliava todas as normas referentes a esta área em específico. O trabalhador, detentor de menor poder e condição que o empregador, não poderia, então, ser submetido a determinadas situações, tais como a negociação individual de seus direitos, bem como a perda dos mesmos.

Efetivamente, há uma predominância nesse ramo jurídico especializado nos quais as regras são essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses dos obreiros, onde seus princípios são claramente mais favoráveis ao trabalhador.⁽⁴⁾

Lado outro, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas preza pela impossibilidade de o trabalhador empregado abrir mão de seus direitos em prol de eventuais concessões ou solicitações de seu empregador, já que se considera como questão absoluta o gozo do direito aos intervalos de jornada, às férias, à estabilidade salarial, entre outros.

Preconiza Carlos Henrique Bezerra Leite em relação ao princípio da irrenunciabilidade ou indisponibilidade:

Em virtude de termos uma vasta quantidade de normas de ordem pública no ramo do direito do trabalho, não se admite que o trabalhador renuncie a direitos trabalhistas. A corrente doutrinária dominante não admite a renúncia antes enquanto vigorar o contrato de trabalho, sendo mais aceita a renúncia posterior a sua existência⁽⁵⁾.

Desta forma, faz observar que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis pelo trabalhador, o que é corroborado pelo art. 9º da CLT, o qual traz em sua literalidade que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos trabalhistas”.⁽⁶⁾

(1) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 141.

(2) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 68.

(3) *Idem*.

(4) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2014. p. 196.

(5) BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 68.

(6) MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 70.

Muitos são os princípios trabalhistas, no entanto, o presente estudo se abstém de apresentá-los na totalidade neste momento, haja vista que o objetivo precípuo é discutir, fatidicamente, a força principiológica, bem como a sua manutenção face a uma legislação nova, independente do conteúdo material de cada um dos princípios.

3. Das alterações pela Lei n. 13.467/17

As alterações na legislação trabalhista foram múltiplas e, em grande parte destas, parece surgir o questionamento acerca da aplicação do novo mandamento legal frente aos princípios trabalhistas já indicados. No entanto, algumas mudanças se sobressaem neste sentido, as quais serão adiante apresentadas, a fim de ilustrar a dicotomia ora trabalhada.

Primeiramente, indica-se o art. 59-A inserido pela Lei n. 13.467/17 que dispõe ser facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação. Verifica-se, pois, que ao revés do disposto anteriormente, a implementação do turno de revezamento da escala 12X36 passa a ser possível mediante acordo individual, o que insere o trabalhador em uma esfera de potencial prejuízo.

Isso porque, o empregado se vê a todo momento pressionado pela realidade de um mercado fechado e escasso, possuindo como primeiro instinto a preservação de sua relação empregatícia, motivo pelo qual costuma acatar as propostas do empregador, sem resistências. Assim, diante de uma proposta de acordo para estabelecimento de escala de revezamento, ainda que não seja esta a condição mais vantajosa ao empregado, a tendência é sua aceitação, de forma a evitar o rompimento do contrato de trabalho.

Neste mesmo cenário, foi introduzida no art. 59 da CLT a possibilidade de estabelecimento de

banco de horas individual, quebrando, consequentemente, o requisito obrigatório de ser ele instituído tão somente por meio de negociação coletiva. O banco de horas consiste em prática prejudicial, eis que ao contrário do que ocorre quando do pagamento de horas extras, não há nenhum acréscimo em relação à sobrejornada trabalhada, havendo tão somente uma compensação equitativa. Não se fala, pois, em adicional de hora extra e, via de consequência, o cenário parece não ser benéfico ao empregado.

Outra modificação substancial encontra-se na inclusão do art. 611-A da CLT, que prevê ser a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho preponderantes sobre a lei quando dispuserem sobre assuntos exemplificados em seus incisos, incluindo jornada de trabalho, intervalos, integração salarial e atividades insalubres.

Merecedora de algumas críticas, tais como a existência de rol exemplificativo ao invés de um rol taxativo, bem como a abordagem de assuntos já discutidos no âmbito do TST, o problema de maior foco em relação à presente pesquisa é a flexibilização de direitos, até então considerados irrenunciáveis, ainda que em sede de negociação coletiva.

A questão que se impõe é se estaria o novo dispositivo da CLT ferindo o princípio da imperatividade de leis trabalhistas quando, *v. g.*, possibilita a negociação em relação até mesmo à natureza salarial de verbas e redução de intervalo, sendo este último considerado norma de segurança, higiene e medicina do trabalho pelo TST?

O panorama parece piorar quando verificada a inclusão do parágrafo único do art. 444, que permite que no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, os assuntos referenciados no art. 611-A sejam estipulados livremente entre as partes, sem a interferência sindical.

Cria-se, então, a figura de um suposto trabalhador “hiperssuficiente” que em razão de seu nível de instrução e padrão de remuneração, poderia dispensar a proteção trabalhista devida a toda a classe obreira, estando sujeito a negociações diretas com o empregador, inclusive em relação a assuntos considerados imperativos, não tendo, portanto, sequer a assistência do Sindicato da categoria.

Não se considerou, todavia, que o empregado que se enquadra na qualificação definida em lei, possui um mercado de trabalho ainda mais enxuto e limitado que aquele que tem condições de remuneração mais acessíveis ao empregador e, via de consequência, tende a buscar uma proteção ainda maior de sua condição, independente de seus conhecimentos e de sua instrução.

Significa, então, que o grau de escolaridade e a remuneração percebida pelo empregado não necessariamente deveriam afastar dele a condição de hipossuficiente, eis que ele continua sendo dependente do seu empregador e se mantém sujeito ao Poder Disciplinar deste último, atraindo a proteção trabalhista da mesma forma que qualquer trabalhador com vínculo empregatício.

Assim, nesta análise, há de se considerar que o princípio da irrenunciabilidade é preceito fundamental, que não diferencia ou qualifica seu destinatário, sendo aplicável a toda e qualquer relação de emprego. Não se pode admitir que a nova legislação o desconsidere a ponto de afastar de uma classe de trabalhadores a proteção conquistada a duras penas.

Nestes mesmos moldes e digno das mesmas críticas, o novo art. 507-A passa a possibilitar a arbitragem em conflitos individuais de trabalho, definindo que nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua

concordância expressa, nos termos previstos na Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Ainda com o escopo de flexibilizar as normas trabalhistas, o art. 484-A foi incluído para possibilitar que o contrato de trabalho seja extinto por acordo entre empregado e empregador, culminando no pagamento pela metade das verbas indenizatórias (aviso-prévio e multa fundiária).

Muito embora o acordo para término do contrato fosse prática no mercado, esta sempre foi repugnada, seja por fraudar as garantias empregatícias estatais (seguro-desemprego), seja pelo risco de o empregado ser levado a devolver verbas rescisórias ao empregador.

Utilizando tão somente tais modificações a título de amostragem, especialmente por serem aquelas que promoveram mudanças significativas em relação à irrenunciabilidade de direitos, averigua-se que a interpretação exegética e literal do texto permite um entendimento superficial sobre a livre possibilidade de transação e, quiçá, renúncia dos direitos trabalhistas, ao menos para determinada parcela dos empregados.

Tal conclusão, todavia, colide com os princípios trabalhistas abordados em tópico anterior, os quais se revestem de função normativa e são como a pedra fundamental desta ciência jurídica. Em sendo assim, configurada a colisão (ou aparente colisão) entre tais normas, necessária uma análise de cunho hermenêutico a fim de indicar o caminho mais seguro a ser seguido, situando a legislação novel no ordenamento jurídico já existente.

Para tanto, partindo de uma premissa substancialista, passa-se a analisar a integridade do Direito, teoria de Ronald Dworkin que, *a priori*, parece se amoldar de forma primorosa à Reforma Trabalhista.

4. Da integridade do Direito em Ronald Dworkin

A concepção de Ronald Dworkin busca combinar compromisso com a lei e/ou convenções políticas e a realidade social, possibilitando

um movimento circular entre o passado e futuro⁽⁷⁾. Trata-se de um círculo hermenêutico que significa a ideia da integridade.

A integridade, em verdade, é uma terceira virtude criada por Dworkin, a qual se coloca ao lado da justiça e do devido processo legal e que possui como supedâneo a coerência entre as normas existentes e o julgamento ou aplicação do direito, fazendo-se novamente crucial a figura dos princípios morais⁽⁸⁾.

Quando se concebe o direito como integridade, deve-se entender os princípios morais de forma cautelosa, uma vez que estes não são instituídos por qualquer moral. Existe, então, a moral privada (particular, pessoal) e a moral política. A moral privada é aquela que se cria na vida própria e particular; que se acredita. Mas além desta, os indivíduos estão também inseridos em uma moralidade política. A maior dificuldade é separar a moralidade privada da moralidade política. A resposta correta é do Direito e não do juiz.

Para Dworkin⁽⁹⁾, a integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal qual o conhecemos. É ela um ideal político, no sentido de se exigir do Estado e da comunidade a mesma atitude e no sentido de se exigir que o Estado aja de acordo com um conjunto único e coerente de princípios.

A comunidade como um todo é vista, via de consequência, como um agente moral, sendo exigido que esta se comporte de forma a também respeitar a integridade e coerência, se esforçando para buscar critérios sobre o que seja justiça, devido processo legal e equidade.

A busca pela melhor virtude do direito está também intimamente ligada à ideia de integridade de Dworkin, sendo que o fundamento do direito está na comunidade, nas tradições

e projetos mais autênticos da comunidade política. Afirmando as virtudes mais originárias do direito com base na liberdade, igualdade, equidade processual e integridade, Dworkin firma as bases do direito em uma convicção jurídica autônoma para resolver os problemas sociais concretos.⁽¹⁰⁾

Pode-se afirmar então que esta perspectiva corrobora o que foi outrora alegado, no sentido de se conceber maior força aos princípios morais, posto que apenas com base nestes a prática jurídica mantém o equilíbrio entre constitucionalismo e democracia e entre uma leitura moral do direito e uma leitura pragmatista de eficiência econômica.⁽¹¹⁾

Sobre a integridade do direito, Menelick assim aduz:

A integridade do Direito significa, a um só tempo, a densificação vivencial do ideal da comunidade de princípio, ou seja, uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como coautores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida cotidiana em comum, bem como, em uma dimensão diacrônica, a leitura à melhor luz da sua história institucional como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal.⁽¹²⁾

Visando exercer a prática interpretativa e entendendo que esta ocorre por meio da reconstrução de práticas sociais, Dworkin apresenta três fases de um processo interpretativo, quais

(7) DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

(8) *Ibidem*, p. 215.

(9) *Ibidem*, p. 202-203.

(10) SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão jurídica e autonomia do direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 152.

(11) *Idem*.

(12) CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, n. 88, p. 81-146, dez. 2003, p. 67.

sejam: a pré-interpretativa (identificação de regras e padrões); etapa interpretativa (justificação geral para as regras e padrões identificados); e etapa pós-interpretativa (ajusta a prática identificada na etapa pré-interpretativa em face da justificação da etapa interpretativa)⁽¹³⁾.

Segundo Dworkin, uma interpretação correta deve abordar tanto a ideia de convencionalismo, pensando na história do Direito, quanto a ideia do pragmatismo que visa dar importância também à prática. Dworkin começa, então, a criar a ideia da hermenêutica política.

Surge, nesta oportunidade, a ideia do romance em cadeia (*chain novel*) que confirma o direito enquanto uma prática interpretativa. Para Dworkin, esta tarefa exigiria que os aplicadores do direito conhecessem toda a história deste, já que cada sentença ou ato jurisdicional/legal é um pequeno capítulo do direito. Deve-se observar aquilo que foi decidido no passado e aquilo que se espera para o futuro — as visões do convencionalismo e pragmatismo, portanto, combinadas.⁽¹⁴⁾

Sob outra perspectiva, todavia, é cediço que a atual prática jurídica faz com que se esqueçam os fundamentos, os motivos, a história, os argumentos que representam o maior patamar e o fundamento do que é o Direito hoje. O juiz, muitas vezes, se transforma em um despachador, apenas conferindo o direito de forma supérflua, sem se preocupar em entender os seus fundamentos e buscar, consequentemente, a resposta correta do Direito, almejada por Dworkin.

O dinamismo do atual direito é bem representado por Dworkin quando este menciona:

De repente, o que parecia incontestável é condenado; uma nova interpretação — ou mesmo uma interpretação radical — de uma

parte importante da aplicação do direito é desenvolvida por alguém em seu gabinete de trabalho, vendo-se logo aceita por uma minoria “progressista”. Os paradigmas são rompidos e surgem novos paradigmas.⁽¹⁵⁾

No entanto, tal dinamismo não pode induzir ao esquecimento daquilo que se passou, já que todo capítulo da história é crucial para se entender a coerência do direito e, consequentemente, a sua integridade, independentemente de opiniões pessoais e íntimas do legislador, aplicador ou qualquer operador do direito.

Neste diapasão, a moralidade pessoal pode apresentar inúmeras divergências entre os indivíduos de uma comunidade, haja vista a perspectiva de vida de cada um, bem como as suas convicções subjetivas. Tais divergências não podem prevalecer, todavia, sobre os princípios da moralidade política, os quais formam um ponto de vista comum, independentemente de consenso, sob o manto da integridade.

Assim, ainda que existam opiniões divergentes e particularidades no modo de pensar e agir de cada indivíduo, a elaboração de uma legislação e a aplicação do direito exigem que se observe a chamada integridade, no sentido de existir respeito e coerência aos princípios morais e políticos da comunidade, sem interferência dos anseios privados do legislador e/ou julgador.

Para Dworkin, a integridade contribui da mesma forma para a eficiência do Direito. Isso porque, quando as pessoas aceitam que não são governadas apenas por regras explícitas (decisões políticas passadas), mas também por regras que decorrem de princípios, o conjunto de normas públicas se expandirá, sem ser necessário detalhar a legislação ou a jurisprudência em cada possível ponto de conflito⁽¹⁶⁾.

Sob esta ótica:

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres

(13) DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 202-203. p. 81-82

(14) *Ibidem*, p. 275

(15) *Ibidem*, p. 212

(16) *Ibidem*, p. 229

legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor — a comunidade personificada —, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.⁽¹⁷⁾

Vale ainda lembrar que, com o intuito de demonstrar a prática da observância desta integridade, Dworkin cria a figura do juiz Hércules, paladino do direito, que seguindo alguns elementos, percorre um caminho na busca pela resposta correta do direito.

Erika Juliana Dimitruk traçou, em linhas gerais, o caminho proposto por Dworkin a ser seguido pelo juiz Hércules.

1) Encontrar uma teoria coerente sobre os direitos em conflito, tal que um membro do legislativo ou do executivo, com a mesma teoria, pudesse chegar à maioria dos resultados que as decisões anteriores dos tribunais relatam; 2) Selecionar diversas hipóteses que possam corresponder à melhor interpretação do histórico das decisões anteriores; caso elas se contradigam é necessário encontrar uma correta; 3) Encontrar a hipótese correta, a partir do pensamento de que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça e equidade e o devido processo legal adjetivo, e que esses princípios devem ser aplicados de forma a garantir a aplicação justa e equitativa do direito. A partir de uma teoria coerente sobre política e direito é possível encontrar uma resposta satisfatória quando princípios conflitam (DWORKIN, 2003, p. 253); 4) Eliminar toda hipótese que seja incompatível com a prática jurídica de um ponto de vista geral; 5) Colocar a interpretação à prova. Perguntar-se-á se essa interpretação é coerente o bastante para justificar as estruturas e decisões políticas anteriores de sua comunidade (DWORKIN, 2003, p. 288-294). Neste momento, Dworkin

justifica o nome de Hércules, uma vez que nenhum juiz real poderia aproximar-se da tarefa que a ele foi confiada.⁽¹⁸⁾

Nota-se, então, que o juiz Hércules, ainda que utilize argumentos de política para a interpretação da lei, fundamenta o direito e reforça a sua argumentação por meio de argumentos de princípios.

Esta perspectiva, não obstante a característica ideal do juiz Hércules, retoma a ideia outrora estabelecida de que, ainda que se revista determinada conduta da formalidade de uma política pública ou de uma lei posta, sua interpretação para a correta aplicação do direito, far-se-á, invariavelmente, diante de princípios morais comuns, sob pena de ferir de morte a coerência e integridade propostas por Ronald Dworkin.

5. Da aplicação de regras e princípios frente à reforma trabalhista

A partir da teoria de Ronald Dworkin, a qual possui em sua essência uma perspectiva jurídica hermenêutica, entende-se que o Direito é caracterizado como uma prática interpretativa, isto é, como uma questão da justificação adequada, a qual está, invariavelmente, comprometida com princípios e convicções morais da comunidade.

Na perspectiva substancialista, o Direito é muito mais do que uma mera interpretação da semântica da linguagem, a qual Dworkin denomina “armadilha do positivismo”⁽¹⁹⁾, isto é, vai muito além da redução dos textos à função empírica de verdade ou falsidade.

Em inúmeras passagens de sua obra, Dworkin debate a teoria de Herbert Hart, sendo que no livro “O conceito do Direito” há um pós-escrito elaborado por Hart para responder

(17) DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 271-272.

(18) DMITRUK, Erika Juliana Dimitruk. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do Direito em Ronald Dworkin. *Revista Jurídica da UniFil*, ano IV, n. 4, p. 144-155, 2007. p. 153.

(19) DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

às críticas de Dworkin, o qual, no entanto, foi publicado apenas após o seu falecimento.

A teoria de Hart⁽²⁰⁾ defende a necessidade do elemento regra em qualquer explicação sobre o sistema jurídico, aduzindo uma centralidade do conceito regra. Nesta teoria, as regras não compõem um modelo homogêneo, subdividindo-se em regras primárias (estipulam um dever) e regras secundárias (estabelecem poderes e identificação).

Hart argumenta a existência de uma norma de reconhecimento, a qual se faz como um instrumento que identifica a regra como regra dentro de um sistema. Para Hart, a norma de reconhecimento é a situação social em que os membros do grupo e autoridades possuem um critério comum para identificar as regras primárias de obediência.⁽²¹⁾

Combatendo a tese acima exposta, bem como a de filósofos como Kelsen⁽²²⁾, que possuem em suas teorias um alto grau de discricionariedade, Dworkin critica veementemente a concepção meramente semântica do positivismo jurídico, isto é, a análise isolada da linguagem, aduzindo que esta interpretação gera o problema de diversas possibilidades de combinação lógica linguística, mantendo o Direito em um campo duvidoso.

Para Dworkin, não basta apenas uma argumentação racional, pois esta não seria suficiente para atingir o Direito enquanto prática interpretativa, divergindo, portanto, da teoria de Habermas⁽²³⁾. Por isso, na construção de uma teoria política do direito, Dworkin trabalha com dois pilares principais, quais sejam, a integridade e coerência, as quais serão

brevemente tratadas, abordando em sua teoria um ponto de vista prático do Direito.

Corroborando o que ora se expõe, oportuno consignar as lições de Menelick Carvalho Neto:

O ponto de partida de Dworkin aqui, portanto, é o da crítica ao excesso de racionalidade inconsciente que marcava a visão anterior não só do conceito de ciência mas do próprio conceito de direito, de norma e de ordenamento jurídico, é saber que uma norma geral e abstrata nunca regulará por si só as situações de aplicação individuais e concretas, até mesmo pela incorporação de maior complexidade ao ordenamento de princípios que a sua adoção necessariamente significa, ao dar uma maior densidade aos princípios constitucionais básicos e ao, simultaneamente, abrir novas possibilidades de pretensões abusivas.⁽²⁴⁾

Em verdade, se analisadas todas as etapas e peculiaridades da teoria de Ronald Dworkin, é plenamente visível que o autor, durante toda a sua construção, busca a melhor virtude do Direito, de acordo com um projeto político da sociedade.⁽²⁵⁾

Ademais, Dworkin critica o procedimentalismo discursivo afirmando a existência de métodos diversos utilizados por cada intérprete nesta prática. Sobre tais fundamentos, apresenta ainda a convicção da possibilidade empírica e do direito a respostas corretas para os casos práticos.

Parece claro, então, que Dworkin busca o ideal da decisão jurídica. Não estabelece que encontrar a única resposta correta seja uma

(20) HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

(21) *Ibidem*, p. 129-130.

(22) KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

(23) HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia. In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

(24) CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, n. 88, p. 81-146, dez. 2003, p. 66

(25) SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão jurídica e autonomia do direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

tarefa fácil ou lógica, mas busca uma teoria política convincente.⁽²⁶⁾

Neste sentido, Dworkin funda uma teoria política do Direito, abalizada pela interpretação, afirmando que a decisão jurídica única é correta e exigida por questão de coerência e integridade, sendo esta uma escolha política, ou seja, de acordo com o projeto político da comunidade.

Não é aceitável, nestes termos, a ideia de uma interpretação absolutamente neutra, fazendo-se crucial que esta seja direcionada de acordo com as convicções morais políticas comuns. A dificuldade parece residir, todavia, na forma de se encontrar a moralidade política do projeto comunitário comum.

Não obstante, ultrapassada a breve análise sobre os possíveis ideais da convicção substancialista do direito, destaca-se que a distinção entre regras, princípios e políticas públicas se caracteriza como um dos principais elementos da teoria de Ronald Dworkin e que, via de consequência, merece especial atenção.⁽²⁷⁾

Sob este aspecto, regras são normas jurídicas escritas que obrigam, proíbem ou facultam algo e são inflexíveis na sua aplicação. Se aplicam a fatos na forma do “tudo ou nada”, isto é, são ou não aplicadas, sendo impossível a sua graduação. Trata-se de uma hipótese predeterminada que, quando concretizada, gera a consequência prevista. Em um conflito de normas, uma exclui a outra por critérios de validade.⁽²⁸⁾

Doutro lado, Dworkin considera princípios como fundamentos, isto é, princípio, na teoria substancialista, parece significar algo incondicional. Vale aqui mencionar que o teórico não afirma isso expressamente, mas é algo que está

implícito em sua teoria. Neste sentido, trata-se de um fundamento que não está submetido a nenhuma condição, ou seja, não admite um “se”. Não é passível de ponderação ou condicionamentos a serem feitos. Considera, neste íterim, que princípios são os fundamentos das regras.

Sob esta ótica, os princípios não podem ser violados e em um eventual conflito, prevalece aquele que se revestir de maior fundamento normativo diante daquele caso concreto específico, considerando-se, para tanto, a integridade do ordenamento jurídico. Assim, outro diferencial dos princípios é exatamente a sua dimensão de peso e importância, tendo estes força relativa diante de casos concretos.⁽²⁹⁾

Em verdade, para Dworkin não há colisão entre princípios, uma vez que diante de um caso concreto, não existe choque entre aqueles, mas sim um princípio adequado e um princípio não adequado e, portanto, um princípio que se aplica e um que não se aplica. A dificuldade do jurista consiste, então, em descobrir qual é o princípio correto.

Os princípios assim considerados podem estar positivados ou não, já que o princípio existe independentemente do texto jurídico. Para Dworkin, fundamento é o que está antes da posituação e dos princípios, ao contrário de Robert Alexy⁽³⁰⁾, v. g., que entende que fundamento é aquilo que está sendo buscado.

Entende-se, pois, que princípios são padrões de moralidade transcendentais ao direito positivo. São padrões políticos e morais que as decisões jurídicas recorrem, mormente, para solucionar casos difíceis que não encontram solução ou amparo no direito positivo. Seu cumprimento é questão de adequação e coerência, abordando questões de peso na justificação de uma decisão.

(26) DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 175.

(27) DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 35-37.

(28) *Ibidem*, p. 43.

(29) *Ibidem*, p. 42.

(30) ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005.

Explicando e clareando a diferença entre regras e princípios para Ronald Dworkin, ensina Simioni:

Princípios são muito diferentes das regras em vários aspectos. Princípios não estabelecem as condições prévias de sua aplicação, tal como fazem as regras. E por isso os princípios não são questões de tudo ou nada. O seu cumprimento não é uma questão de correção, mas de adequação, de coerência. Os princípios não são válidos ou inválidos, mas, sim, questões de peso, de importância, questões de fundamento, de justificação adequada. Princípios prevalecem ou não prevalecem.⁽³¹⁾

Inexiste, neste cenário, hierarquia entre princípios e regras, pois os primeiros, na concepção de Dworkin, estão em outra dimensão, a saber, a dimensão da prática interpretativa. Curial consignar a nítida preocupação de Dworkin em conciliar a teoria interpretativa do Direito e uma teoria de justificação política, remetendo à ideia da permanente tensão existente entre o Constitucionalismo e a Democracia.⁽³²⁾

Observada a diferença estabelecida entre regras e princípios, Dworkin subdivide estes últimos ainda em princípios morais e *policies*, conhecida no Brasil como políticas públicas⁽³³⁾. Esta distinção é dimensionada, especialmente, quando se trata da divergência mencionada por Dworkin entre casos fáceis e casos difíceis (*hard cases*).

Casos fáceis seriam aqueles que, para o positivismo jurídico, *v. g.*, não haveria dificuldade

em sua resolução, pois existe, para estes, uma resposta pronta no direito. Nos casos fáceis, ainda que sejam eles permeados por questões complexas e importantes, a resposta certa para a sua solução não é algo que gera divergências entre os juristas.

Lado outro, casos difíceis ou *hard cases* são aqueles cuja interpretação apresenta divergências, isto é, não há um acordo sobre a solução jurídica correta para o caso. Ronald Dworkin⁽³⁴⁾ define que os *hard cases* existirão quando uma ação judicial não puder ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição.

Teresa Arruda Alvim Wambier⁽³⁵⁾ ao tratar sobre os *hard cases* aduz que são estes casos que devem ser resolvidos à luz de regras e/ou princípios típicos de ambientes decisoriais que nomeia de “frouxos” e cuja solução não está claramente na lei, devendo ser criada pelo Judiciário, a partir de elementos do sistema jurídico.

Diante deste cenário e, após realizar uma pesquisa empírica na jurisprudência americana, Dworkin constata que, para a solução de casos difíceis na prática, buscam-se fundamentos externos, ou seja, fundamentos que não estão positivados, quais sejam: argumentos de política (políticas públicas) e argumentos de princípio (princípios morais).

Sob este enfoque, sustenta que enquanto os princípios dizem respeito às convicções morais da comunidade, dependendo da integridade e coerência para prevalecer, as políticas públicas se revestem do caráter de objetivos e/ou preferências do governo, as quais buscam uma melhoria para a comunidade.

Dworkin afirma que de um lado os argumentos de política justificam uma decisão

(31) SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Regras, Princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin: A questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. *Revista Direito Mackenzie*, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011, p. 207.

(32) DWORKIN, Ronald. *Constitucionalismo e democracia*. Tradução: Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, n. 3:1, p. 2-11, em 1995.

(33) DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 129.

(34) *Ibidem*, p. 127.

(35) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. Direito Jurisprudencial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 27.

política e mostram que ela fomenta algum objetivo coletivo da comunidade e, de outro, os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou grupo⁽³⁶⁾.

Superando esta distinção, questiona-se qual a força dos argumentos de política e a força dos argumentos de princípio, bem como a viabilidade e cabimento de cada um destes diante de casos concretos a serem analisados, mormente se considerados casos difíceis.⁽³⁷⁾

A questão que se impõe, muitas vezes, é se determinada decisão ou conduta se reveste das características de uma política pública ou de princípios. Parece existir, *a priori*, uma linha demasiadamente tênue entre ambos os elementos, cuja análise se faz crucial.

É cediço, diante da teoria substancialista, que a ideia de se considerar princípios morais e políticas públicas de Ronald Dworkin está intimamente ligada com a concepção de integridade defendida em sua tese, posto que de um lado se atende aos objetivos políticos direcionados a uma comunidade e de outro à moralidade política comum, baseada nos direitos já existentes, ainda que não positivados.

Para Dworkin, quando se recorre a argumentos de políticas públicas para solucionar casos difíceis, o poder judiciário acaba por infringir o princípio da democracia, uma vez que o juiz passa a ser um segundo legislador ao decidir sobre objetivos políticos. Acrescenta, inclusive, que uma política pública pode ferir princípios jurídicos, ainda que se revista deste caráter, pode ser equivocada diante dos princípios do Direito. Qual deve prevalecer, então?

Consigna-se que políticas públicas devem ser utilizadas como argumentos e possuem peso significativo neste momento, no entanto,

este peso não é suficiente para fundamentar uma decisão do direito. Já os princípios morais parecem ser o argumento de racionalidade mais adequado para justificar uma decisão, por mais que não estejam de acordo com políticas públicas.

Isso porque, quando se utiliza argumentos de princípio, se encontram direitos que são reconhecidos pela decisão jurídica e não criados por ela. Isto é, os direitos já existiam e foram apenas levantados e fundamentados pelo aplicador do direito.

Neste diapasão, Dworkin defende que deve existir um direito a respostas corretas, não sendo esta discussão apenas uma questão científica. Existe um Direito a esta resposta e isto se configura como um princípio moral. Os princípios morais são, então, o elemento mais importante para justificar uma decisão jurídica e a resposta correta, para Dworkin, é, portanto, um direito dos jurisdicionados e não uma mera questão de objetivos políticos.

Percebe-se, pois, que após sopesar as questões referentes aos argumentos de princípio e argumentos de política, Dworkin sustenta a ideia de que as decisões judiciais nos casos civis são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípios, e não políticas.⁽³⁸⁾

Ainda observando a distinção entre argumentos de política e de princípios e sua adequada utilização, Simioni explica:

Essa distinção entre princípios morais e políticas públicas então se torna importante, porque podemos interpretar uma lei e vê-la tanto como expressão de um princípio moral quanto de uma política pública (DWORKIN, 1978, p. 23). Essa decisão depende de uma atitude fundamental do intérprete: considerar o direito de modo instrumental-estratégico, como um instrumento da política do governo para o bem-estar geral, e ajustar a interpretação a essas políticas públicas, ou considerar o direito em sua integridade e

(36) DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 129.

(37) *Ibidem*, p. 131.

(38) *Ibidem*, p. 132.

coerência com princípios de moralidade política, para ajustar a interpretação do direito àquilo que revela o seu melhor valor, a sua maior virtude.⁽³⁹⁾

Ainda com base nas lições de Simioni, os princípios em Dworkin são aquelas convicções de moralidade política mais profundas, mais intuitivas, mais originais e autênticas, que justificam uma determinada interpretação do direito como a melhor interpretação possível.

Apesar de reconhecer, então, a importância dos argumentos de política, segundo Dworkin, somente os princípios morais podem fundamentar uma correta resposta do direito, pois em se tratando de uma decisão jurídica (baseada em princípios) estas devem levar a sério os direitos, quer dizer, devem tratar os direitos como uma questão de princípio, como uma questão de moralidade política da comunidade.⁽⁴⁰⁾

Se não bastasse tal diferença, Dworkin ainda afirma que os argumentos de princípios podem ser opostos à maioria, ao revés dos argumentos de política que estão suscetíveis e sujeitos à escolha da maioria.

Assim, vislumbra-se que, independentemente da sua origem (como princípio ou como política), o direito pode ser qualificado pelo outro elemento, tendo sempre a presença, todavia, dos princípios morais, razão de sua fundamentação válida.

Oportuno destacar as considerações de Dworkin, a respeito da imprescindibilidade da fundamentação em princípios:

As questões políticas que o modelo centrado nos direitos recomenda, porém exigem que as respostas políticas dadas a elas sejam explícitas e fundadas em princípios, para que seu apelo e compatibilidade com princípios

mais geralmente endossados possam ser testados.⁽⁴¹⁾

Parece estar presente e ilustrada a necessidade de observância dos princípios quando da aplicação das regras, eis que uma decisão judicial que não considera os princípios morais pode ferir de morte a integridade do Direito.

Analisando a Reforma Trabalhista a partir de uma perspectiva substancialista, chega-se à conclusão de que, muito embora a legislação novel tenda a buscar uma relativização ou mitigação de princípios em uma leitura inicial e rasa, esta não deve prevalecer, haja vista que a interpretação a ser realizada da norma deve levar em consideração todo o histórico de decisões passadas e perspectivas futuras (Romance em cadeia), além dos princípios morais da coletividade.

Assim, a inovação do ordenamento jurídico por meio de uma legislação não faz com que todos os fundamentos e preceitos historicamente conquistados sejam simplesmente abandonados ou superados de imediato, sendo crível a interpretação que busca a melhor virtude do Direito, considerando os princípios como normas preponderantes no sentido de balizarem qualquer aplicação de lei pelo operador do Direito.

6. Considerações finais

A teoria substancialista de Ronald Dworkin, ao buscar a melhor virtude do Direito, traz consigo um adequado e razoável entendimento sobre a essência desta prática interpretativa, de acordo com os princípios morais da comunidade, deixando de se considerar tão somente a mera racionalidade e a simples análise semântica do direito.

A distinção realizada entre princípios morais e políticas públicas é imperiosa no sentido de se vislumbrar e entender quais fundamentos jurídicos estão baseados em objetivos políticos

(39) SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Regras, Princípios e Políticas Públicas em Ronald Dworkin: A questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. *Revista Direito Mackenzie*, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011. p. 208.

(40) *Idem*.

(41) DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 36.

do governo e quais estão intimamente ligados com a moral política da comunidade.

Não obstante, infere-se que os argumentos de princípios são aqueles que possuem maior força no sentido de fundamentar uma decisão jurídica e garantir a busca pela resposta correta do Direito, mormente, quando se estiver diante dos denominados casos difíceis.

Neste cenário desponta a discussão sobre a Reforma Trabalhista, implementada por meio da Lei n. 13.467/17 que, em seus diversos dispositivos, parece buscar uma relativização dos princípios trabalhistas, notadamente o da proteção e o da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas.

Diante disto, foi proposta a análise da teoria substancialista a fim de fundamentar a necessária utilização dos princípios trabalhistas como normas fundamentais para a aplicação do Direito do Trabalho, inclusive quando da interpretação da nova legislação, concluindo-se que estes não foram excluídos, nem sequer mitigados pela legislação novel, possuindo aplicação ainda imperativa.

Em que pese ter a teoria de Dworkin ideais cuja concretização parece ser de difícil alcance, o que comumente é criticado por seus opositores, parece ser esta a que melhor explica e contribui com a fundamentação daquilo que atualmente concebemos como Estado Democrático de Direito, fornecendo subsídios para manter a aplicação principiológica na área trabalhista e, via de consequência, permitir a perpetuação dos objetivos sociais e humanos desta área jurídica.

7. Referências bibliográficas

- ALEX, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2 ed. São Paulo: Landy, 2005.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte,

Imprensa Universitária da UFMG, n. 88, p. 81-146, dez. 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2014.

DMITRUK, Erika Juliana Dmitruk. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do Direito em Ronald Dworkin. *Revista Jurídica da UniFil*, ano IV, n. 4, p. 144-155, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Constitucionalismo e Democracia*. Tradução: Emílio Peluso Neder Meyer. Publicado originalmente no *European Journal of Philosophy*, n. 3:1, p. 2-11, em 1995.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de Direito e democracia. In: *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão jurídica e autonomia do direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. *Revista Direito Mackenzie*, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. Direito Jurisprudencial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Índice Geral

Doutrina

Reforma trabalhista e o conceito de sistema jurídico. 1. Introdução. 2. Conceito de sistema jurídico. 3. Características do sistema de Direito do Trabalho brasileiro. 4. Análise de alguns pontos da reforma trabalhista (Lei n. 13.467, de 13.7.2017). 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas

17

A reforma processual trabalhista de 2017: um retorno ao estado liberal clássico. 1. Introdução. 2. O caráter instrumental do direito processual, a ideologia típica do direito processual civil e os valores do direito processual do trabalho. 3. A reforma processual trabalhista e a inadequada aproximação com o direito processual civil. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas

34

A “reforma trabalhista” e a desnaturação do Direito do Trabalho. 1. Introdução. 2. Um estigma conveniente. 3. A Reforma Trabalhista e a desnaturação do Direito do Trabalho. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas

51

Termo de quitação anual trabalhista e sua eficácia liberatória. 1. Introdução. 2. A declaração de quitação anual da Lei n. 12.007/2009. 3. A quitação da rescisão contratual do art. 477, CLT e Súmula n. 330, TST. 4. A quitação quinquenal do revogado art. 233, CRFB/88. 5. O termo de quitação anual trabalhista. 5.1. A faculdade da quitação. 5.2. O momento da quitação. 5.3. A fiscalização sindical. 5.4. A eficácia liberatória geral. 5.5. Do fundamento de existência do instituto: a que veio? 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas

66

Aspectos da reforma trabalhista quanto à duração do trabalho — avançando perigosamente para o passado?.....

76

Amianto, meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil do empregador.

1. Introdução. 2. Meio ambiente do trabalho: abordagem propedêutica. 2.1. Meio ambiente do trabalho: apontamentos conceituais. 2.2. Princípios jurídicos orientadores do Direito Ambiental do Trabalho. 3. O trabalho com amianto: mazelas e perspectivas. 3.1. Amianto, câncer profissional e Convenção n. 139 da OIT. 3.2. Aspectos jurídicos em relação ao uso do amianto no Brasil. 3.2.1. O amianto na legislação brasileira. 3.2.2. ADI ajuizada pela ANAMATRA e ANPT. 3.2.3. Julgamento da (in) constitucionalidade do uso do amianto pelo STF. 4. (Des)equilíbrio labor-ambiental e responsabilidade civil do empregador. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas

89

A persistência da cultura escravocrata nas relações de trabalho do Brasil. 1. Introdução. 2. As marcas da escravidão na construção da ética do trabalho no Brasil. 3. Relações de trabalho no Brasil moderno: quem é o trabalhador brasileiro? 3.1. Nível de escolaridade do trabalhador. 3.2. Jornada média dos trabalhadores. 3.3. Rendimento médio dos trabalhadores. 4. Uma questão final: há igualdade nas negociações coletivas e nas relações de trabalho no Brasil?. 5. Referências bibliográficas

107

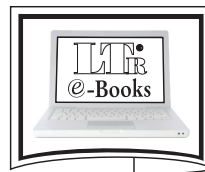
O princípio da vedação do retrocesso e a judiciabilidade de medidas regressivas em matéria de direitos sociais. 1. Introdução. 2. A judiciabilidade dos direitos sociais e das medidas regressivas. 2.1. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 2.2. Corte Constitucional da Colômbia. 2.3. Corte 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.....	119
A (in)viabilidade da utilização de <i>holding</i> como mecanismo de blindagem patrimonial contra créditos trabalhistas. 1. Introdução. 2. <i>Holding</i> . 2.1. Conceito e definição jurídica. 2.2. Objetivo de proteção jurídica patrimonial. 2.3. Espécies. 2.3.1. Pura. 2.3.2. Mista. 3. Personalidade jurídica e suas responsabilidades. 3.1. Tipos societários. 3.1.1. Limitada. 3.1.1.1. Da responsabilidade pela integralização das cotas/quotas. 3.1.1.2. Da responsabilidade pelo nome da sociedade limitada. 3.1.2. Anônima. 3.1.2.1. Da responsabilidade dos acionistas. 3.1.2.2. Da responsabilidade do acionista controlador. 3.1.2.3. Da responsabilidade do administrador e do conselheiro fiscal. 3.1.3. EIRELI. 3.2. Formas de desconconsideração e o pagamento de débitos trabalhistas. 3.2.1. Natureza jurídica da desconconsideração da personalidade e da desconconsideração inversa e seus procedimentos. 3.2.1.1. Classificação das teorias para desconconsideração da personalidade jurídica. 3.2.2. Da (in)aplicabilidade do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho. 3.2.3. Da blindagem patrimonial da <i>holding</i> frente à desconconsideração da personalidade jurídica. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas	143
“Equiparação” entre empregados de cooperativas de crédito e bancos: (re)exame da Orientação Jurisprudencial n. 379 da SDI I do TST. 1. Introdução. 2. Sistema Financeiro Nacional: histórico e estrutura. 3. Trabalhador bancário: conceito e normatização — CLT. 4. Orientação Jurisprudencial n. 379 da SDI I do TST: análise. 5. Conclusões. 6. Referências bibliográficas	177
O trabalho autônomo na reforma trabalhista e a fórmula política da Constituição Federal de 1988. 1. Introdução. 2. A fórmula política inerente à Constituição Federal de 1988 e seu elemento solidarizante. Valor social do trabalho e da livre-iniciativa, proteção do trabalhador, função social da empresa e vínculo de emprego como padrão constitucional para as relações de trabalho. 3. Das condicionantes decorrentes da fórmula política da Constituição Federal de 1988 para a interpretação da legislação ordinária. 4. A interpretação do novel art. 442-B da CLT à luz da fórmula política da Constituição Federal de 1988. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas	188
A reforma trabalhista e o novo regime jurídico do teletrabalho no Brasil. 1. Introdução. 2. Conceito e elementos caracterizadores do teletrabalho. 3. Formalidades contratuais. 4. Alterações do contrato de trabalho. 5. Responsabilidade pelos custos da infraestrutura do trabalho remoto. 6. A duração do trabalho. 7. Meio ambiente do trabalho do teletrabalhador. 8. Considerações finais. 9. Referências bibliográficas	201
O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho após a reforma. 1. Introdução. 2. Instauração do incidente e efeitos processuais. 3. Procedimento e defesa no incidente. 4. A condição do sócio incluído no processo por força do incidente. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.....	210
A representação dos empregados na empresa: um novo instituto do direito coletivo brasileiro. 1. Introdução. 2. Breves notas sobre o núcleo do direito de representação dos trabalhadores no ordenamento português, espanhol, francês e alemão. 3. O conteúdo jurídico da representação dos trabalhadores na	

Constituição Federal de 1988. 4. Exame da representação dos trabalhadores na reforma da CLT. 4.1. Atribuições da comissão dos representantes dos empregados. 4.2. O processo eleitoral. 4.3. Garantias dos representantes dos trabalhadores. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas	219
A prevalência do negociado sobre o legislado e direitos humanos: a suprallegalidade das normas internacionais do trabalho. 1. Introdução. 2. Autorregulação: o eterno retorno ao cânone da liberdade individual. 2 1. Regulação no capitalismo digital: <i>GIG Economy</i> e o mercado de trabalho. 3. O contrato de trabalho no século XXI: neoliberalismo e mercado de trabalho na era digital. 4. As Convenções Internacionais do Trabalho e sua natureza jurídica de tratado de direitos humanos. 5. A aplicação do parágrafo único do art. 444 e do art. 611-A da CLT e a suprallegalidade das normas internacionais do trabalho. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas	230
Reflexões sobre a reforma trabalhista: a (im)possibilidade de mitigação de princípios pela perspectiva da integridade do Direito. 1. Introdução. 2. Dos princípios trabalhistas. 3. Das alterações pela Lei n. 13.467/17. 4. Da integridade do Direito em Ronald Dworkin. 5. Da aplicação de regras e princípios frente à reforma trabalhista. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas	243



LOJA VIRTUAL
www.ltr.com.br



E-BOOKS
www.ltr.com.br

